

SERIE 
Magister
VOLUMEN 216

*Principio
democrático
y la facultad
reglamentaria
del presidente
de la república*

José Chalco Salgado



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Principio democrático y la facultad
reglamentaria del presidente de la república

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 216

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12
www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

José Chalco Salgado

Principio democrático y la facultad reglamentaria del presidente de la república



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

Ecuador

25 años



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2017

**Principio democrático y la facultad reglamentaria
del presidente de la república**

José Chalco Salgado

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 216

Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional
Quito, octubre de 2017

Coordinación editorial:

Quinche Ortiz Crespo

Armado:

Juan A. Manangón

Impresión:

*Ediciones Fausto Reinoso,
Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, ofic. 103, Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:
978-9978-19-810-0

ISBN Corporación Editora Nacional:
978-9978-84-977-4

Derechos de autor:

Inscripción: 052126

Depósito legal: 005976

Título original: *Principio democrático y facultad reglamentaria del Ejecutivo*
Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,
con mención en Derecho Constitucional
Programa de Maestría en Derecho, 2014

Autor: *José Chalco Salgado* (correo e.: josechalcosalgado@gmail.com)

Tutora: *Claudia Storini*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-1491

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

Índice

Introducción / 13

Capítulo I

La estructura del Estado, principio democrático y facultad reglamentaria del Ejecutivo / 17

La estructura del Estado constitucional / **18**

Presidencialismo y Constitución / **25**

El principio democrático en el Estado constitucional / **27**

Participación ciudadana y proceso legislativo / **36**

La facultad reglamentaria del Ejecutivo / **45**

Capítulo II

La facultad reglamentaria del Ejecutivo y su configuración en Ecuador / 63

La facultad reglamentaria del presidente de la república / **65**

El principio de reserva de ley y la potestad reglamentaria / **80**

Desarrollo reglamentario y control constitucional en Ecuador / **89**

Conclusiones / 101

Bibliografía / 111

A mis hermanos, en un abrazo eterno.

A Claudia Storini, por creer en una sociedad renovada, justa y democrática; íntegra académica, amiga y cómplice de esta investigación.

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

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.

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 un desarrollo que culmina o inicia con decretar.¹

Crear que la base democrática radica exclusivamente en el accionar del gobierno de turno es errado, pues, sería castrar a la organización social independiente, autorregulada y convocada, que descansa activa en los estamentos sociales; sin embargo, no es menos cierto que, precisamente estos colectivos, son los que pueden verse afectados en mayor o menor medida, disminuidos o deteriorados por el accionar del poder constituido que carezca de frenos efectivos. Entonces, el papel del aparato estatal se convierte en protagónico para la vigencia de una democracia sustancial en los diferentes países.

Existen gobiernos 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 de tipo horizontal en la sociedad.

La situación democrática de un Estado no se deteriora de un momento a otro por efecto inmediato, sino que, constituye un proceso liderado por una serie sistemática de actos que van soslayando 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 esta tiene reglas claras determinadas 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.²

Por ello, se convierte en una notoria necesidad hablar de la devolución del poder a la población, generando una apertura a que esta pueda permanentemente manifestarse en la construcción de consensos e incluso en el debate de los disensos dentro del Estado.

1. Juan Carlos Monedero, *Curso urgente de política para gente decente* (Bogotá: Planeta, 2014), 105.
2. Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 2012), 74.

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

Es así como se concibe a la democracia tan disímil al autoritarismo, la vigencia de ella presupone 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 Gobierno.

Excluir a la sociedad del quehacer político puede ser un fatídico hecho que conduciría a los gobiernos a ser opresores y tener una voz inequívoca por las decisiones tomadas por un grupo minúsculo que ostenta el 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 de tipo constitucional, democrático, de derechos y el ejercicio progresivo de democracia deben guardar apego absoluto al marco jurídico de la Carta Fundamental que viabilice un verdadero constitucionalismo capaz de imponer límites contundentes al poder.

Con esta atribución reconocida en la *Constitución de la República del Ecuador*,³ art. 147.13, se vislumbran algunos problemas a los que se intentará alcanzar respuestas: primero, en lo referente a si la Constitución permite que el Ejecutivo produzca reglamentos autónomos, orgánico funcionales o de simple ejecución; y en segundo orden, respecto al nivel de afección al principio democrático por el ejercicio de la potestad reglamentaria en Ecuador.

Ahora bien, el desarrollo normativo de un país puede ser percibido como una realidad de fácil análisis y conclusión, empero cuando se pasa a la revisión de los mandatos constitucionales, espíritu y razón democrática que esta guarda, todo cambiará.

Entonces, la pregunta que guiará la presente investigación es: ¿en el ejercicio de la facultad reglamentaria, el Ejecutivo respeta los límites jurídico constitucionales de esta atribución sin afectar al principio democrático? Y es que en efecto, Roberto Gargarella señala una interrogante apropiada al examen del papel que la autoridad constituida cumple en una democracia, y el autor se cuestiona: «¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la po-

3. Ecuador, Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador* (en adelante CRE), *Registro Oficial* (en adelante RO), No. 449 (Quito: 20 de octubre de 2008).

sibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo?». ⁴ En esta investigación a desarrollar se podría lograr una incógnita 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 unilateral sin participación de minorías y mayorías en el debate?

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

Cabe señalar también que el espacio territorial de investigación será 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. Se usarán fuentes de tipo impresas, materiales bibliográficas y textos normativos.

La técnica será documental, por cuanto se necesitará remitirse a disposiciones legales y reglamentarias, de igual manera a la CRE y otros documentos de la región de América Latina; como fuentes de conocimiento jurídico se usará bibliografía; como instrumento, fichas.

Así, al identificar la existencia de problemas en la atribución del Ejecutivo para dictar reglamentos y la nula participación social que la creación de estos 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 esta exista, revitalizándose entonces, las consecuencias jurídicas y democráticas de su ejercicio, finalmente se revisará el rol que viene desempeñando la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) como máximo tribunal de justicia en la materia.

4. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición –CCPT– / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional –CEDEC–, 2012), 27.

CAPÍTULO I

La estructura del Estado, principio democrático y facultad reglamentaria del Ejecutivo

De manera previa al Estado constitucional, los ordenamientos jurídicos contenían importantes construcciones teórico normativas en las que se tenía 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,⁵ 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.⁶ Entonces, la norma de tipo legal era omnipotente en el contexto estatal.⁷

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, que fueron el detonante que marcó este período.⁸

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 que atañe 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 se torna vinculante. Además, la norma legal pierde valor por únicamente encontrarse conforme al proceso de creación legislativa, es decir a su creación formal, pues su validez radicará en el apego y correspondencia con la Constitución. Entonces, en el surgimiento del Estado constitucional la obligatoriedad del respeto a la Constitución es ineludible, así la Carta Fundamental llega a

5. Roberto Blanco Valdés, «La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana», *Working Paper*, No. 117 (1996) (Barcelona: Universidad Santiago de Compostela): 3.
6. Manuel García Pelayo, «El Estado legal y Estado constitucional de derecho en el Tribunal Constitucional Español», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 82 (1991), (Caracas: Universidad Central de Venezuela): 33.
7. Luigi Ferrajoli, «La democracia constitucional», en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada* (Buenos Aires: Eudeba, 2001), 440.
8. García Pelayo, «El Estado legal», 36.

determinar el campo de la ley, atribuciones y límites a la autoridad y estructura del poder.⁹

Es preciso decir que, la Constitución cumple diferentes funciones conforme a su estructura, así, una función material, otra de tipo orgánico, y una de carácter 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 cuanto a los procesos particularizados de participación.

Dentro de la clásica división del poder,¹⁰ el Ejecutivo, constituye la visión del *gran administrador* del aparato estatal, de esta manera, el 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 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 pesos y contra pesos que toman razón de ser.¹¹

El Estado constitucional entrega varios elementos para el análisis del ejercicio del poder, específicamente, conforme a la temática de este trabajo, hemos de identificar aquellos que posibiliten hablar de un Ejecutivo respetuoso de la Constitución y sus atribuciones, de igual forma de un sistema que procure la vigencia de una teoría democrática de la Constitución, capaz de advertir la participación social bajo la lupa activa del principio democrático.

LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Se presentarán los elementos más importantes que marcan la comprensión del Estado constitucional, los mismos que son determinantes a la hora de entender las cualidades que este 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 ha establecido las más representativas para el fin que convoca.

9. Ramiro Ávila Santamaría, «Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia», en Ramiro Ávila Santamaría, coord., *Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 20.
10. En su respectivo momento, se determinará en este estudio que realmente se trata de una división de funciones.
11. 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 este (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.

Constitución es norma suprema

En el Estado constitucional se tiene a la Constitución como una norma de tipo superior, es decir, que prevalece frente a todo el ordenamiento jurídico, al mismo que llega a concebirse 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; ello lleva a decir que, «la ley no puede ser declarada nula cuando puede ser interpretada conforme a la Constitución»,¹² luego, mantiene 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 norma legal es válida por la materia y forma, por consiguiente, que únicamente al comprobarse una antinomia con la Constitución puede una ley ser declarada inválida y posteriormente expulsada del ordenamiento jurídico.

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,¹³ 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*¹⁴ atraviesa ya un sendero de discusiones y debates en relación con los matices que puede esta tener en razón de nuevas visiones e incluso teorías que la critican abiertamente.¹⁵

En consecuencia, también el Estado constitucional promulga el nacimiento del principio de unidad en materia que compone el hecho que la Cons-

12. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1985), 95-8.
13. Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional* (Quito: Edic. Legales, 2012), 49.
14. 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, esta (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: Ed. Universitaria, 1981).
15. Teorías que serán mostradas en esta investigación posteriormente. Marco Albán Zambonino, «El desbordamiento de las fuentes del derecho tributario», en Marco Albán Zambonino, César Montaña Galarza, coord., *Tópicos contemporáneos del derecho tributario* (Quito: Cevallos, 2013).

tutición 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 que se confiere 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.¹⁶

Con la supremacía constitucional se fundan los distintos tipos de control de la Constitución siendo estos 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 Gargarella.¹⁷ Es que no debe haber lugar para la 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, es decir, la dinámica que ostenta la Constitución en un Estado. De esta manera, 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 hacia garantizar la limitación del poder y efectividad de los derechos contemplados a favor de los integrantes de la sociedad.¹⁸

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, colectividad; de manera consecuente, no se puede sos-

16. Pablo Alarcón Peña, «El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales», en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013), 100.

17. Roberto Gargarella, «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional», en Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008), 123.

18. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en Luis Fernando Ávila Lizán, edit., *Política, justicia y Constitución* (Quito: CCPT / CEDEC, 2010), 159.

tener 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, empero con una importante medida de reconocimiento a los derechos de las personas, que es precisamente el efecto y fin de la supremacía normativa.

Legislación a tono constitucional

Hasta aquí se puede colegir que el Estado constitucional, entre sus fines, tiene el de delimitar el campo de acción de la ley restringiendo el espacio de regulación de esta. Así por ejemplo, se extiende de manera significativa el criterio sobre el principio de reserva de ley. Este principio ha sido entendido como la necesidad de establecer al poder público, límites en las materias y derechos individuales que deben ser regulados por un acto legislativo.¹⁹ En el Estado constitucional, se revaloriza el sentido de la reserva legal, consiguientemente es visto como un principio para asegurar 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 el Poder Legislativo existe y que por consecuencia, las materias tratadas en la reserva exclusivamente pueden ser desarrolladas por acto legislativo, consecuentemente, debe ser percibida también como una garantía de participación democrática.²⁰

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 carácter material.²¹

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».²² Por lo que se deberá sentar expresamente que las normas para que gocen de validez deben ser de tipo jurídico, y lo jurídico es esencialmente una serie de circunstancias, particularidades

19. Teodoro Ribera Newmann, «Reserva legal y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980», *Revista de Derecho Público*, 63 (2001): 471-89.

20. Arturo Fernández Vöhringer, «La reserva legal: Una garantía sustantiva que desaparece», *Revista Chilena de Derecho* 28, No. 2 (2001): 288.

21. Se entenderá por validez formal, 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.

22. Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 73.

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 hay que señalar que 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 inevitablemente 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 para resguardar un ejercicio respetuoso, cauto, celoso y correcto del derecho que logre como efecto inmediato, la reclamada y exigida seguridad jurídica también reconocida en el Estado constitucional.

Límites al ejercicio del poder

Otro elemento fundamental del Estado constitucional es la vigencia de 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 constituye expresión del poder político, poder que a su vez goza de peculiaridades propias de su naturaleza, así: 1. de facultades coercitivas representadas en el uso y gestión de la fuerza pública; 2. de determinación para el juzgamiento de actos antijurídicos; 3. de recaudación y establecimiento de tributos; 4. de gestión de recursos; 5. de planificación administrativa y política; 6. de creación normativa.

La historia ha dejado constancia que han existido sucesos ingratos a la conciencia social por el exceso de poder sin frenos o, la concentración de este en una sola persona o grupo de personas, afectando directamente al reconocimiento de los derechos y garantías de los individuos. Desde la teoría de la división de los poderes liderada por Montesquieu,²³ se ha entendido la necesidad de combatir al monopolio del poder por el peligro que representa. Julio César Trujillo incluso llega a cuestionar la vigencia de limitaciones a la libertad propia de un Estado constitucional, manifestando que «la concentración de todo el poder político en

23. Ideólogo de la teoría de la división de los poderes para no acumular exceso de poder en uno solo.

manos de una sola persona o de un solo grupo de personas constituye un *peligro inminente* para la libertad de los ciudadanos»²⁴ (énfasis del autor).

Por ello, para evitar la concentración de poder en manos de quienes manejan el aparato estatal se habla de una separación funcional del mismo. Cabe mencionar que frente a la clásica y conocida teoría de la división de poderes, hay quienes defienden que el poder es uno solo y no se divide por cuando proviene de la población,²⁵ de esta forma, el poder únicamente se separa, gerencia y administra, bajo esta premisa, surge la división de funciones.²⁶

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 teniendo como base el respeto al ser humano y el poder constituido en torno a la Constitución que, como norma fundamental y de obligatorio cumplimiento: limite, frene, fije y focalice los actos del poder.²⁷

Dentro de la serie de límites al poder se encuentran, vinculados inexorablemente, los controles a este que deben existir. En efecto, se generan organismos de control y regulación para la fiscalización del ejercicio del poder que permitan dotarle de efectividad a la delimitación de atribuciones de la autoridad.²⁸

Algunos autores han llegado a señalar, que los límites y controles al ejercicio del poder en el Estado constitucional suponen un principio esencial de este.²⁹ Logrando en tal virtud que exista un orden político clarificado.

Con el establecimiento de estas limitaciones se profundiza precisamente un camino 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.

24. Julio César Trujillo, «El Estado en la Constitución», en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador –UASB-E–/ Corporación Editora Nacional –CEN–, 2004), 92.

25. Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional No. 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».

26. María Martha Cerro, «El principio de división de poderes», 4. <http://www.juridicas.unam.mx/wcecl/ponencias/14/250.pdf>, consulta: 23 de julio de 2014.

27. García de Enterría, «La Constitución como norma», 58-9.

28. *Ibíd.*, 59.

29. *Ibíd.*, 45-7.

Pues, el reconocimiento de derechos y garantías de las personas como freno efectivo al ejercicio del poder es una característica más 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, 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 la Constitución compone.

Ahora bien, en atención al valor que se promulga en favor de la población como un elemento constitutivo del Estado, continuando con las determinaciones de Sieyès³⁰ y el poder constituyente en la voluntad del pueblo, que el pueblo³¹ manda y decide por sí mismo,³² 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, es una característica trascendental en este tipo de Estado.

Bajo la visión y entendimiento mencionado, 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 las personas así como también, el primer responsable de encontrar aquellas formas de protección eficaces e idóneas a estos derechos.³³

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 alcan-

30. Pedro de Vega García, «Mundialización y derecho constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comp., *Estado constitucional y globalización* (México DF: Porrúa, 2001), 199.
31. Constituye una ficción jurídica y política hablar de pueblo. Lo correcto será determinar como población al elemento constitutivo del Estado por cuando este si es la agrupación de individuos. Sin embargo, al tomar ideas del autor originario mantendremos como pueblo.
32. García de Enterría, «La Constitución como norma», 45.
33. Juan E. Méndez, «Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria», en Guillermo O'Donnell, Osvaldo Iazzetta, Jorge Vargas Cullel, comp., *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: Reflexiones sobre la calidad de democracia en América Latina* (Santa Fe: Homo Sapiens, 2003), 283.

zarían 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.

Parafraseando a Viciano, 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.³⁴

Las Constituciones de los distintos Estados tienen como máxima, ordenar la estructura de estos, pero ante todo, no ser un «puro revestimiento formal»³⁵ 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 solo de esta forma el progreso colectivo en atención a los intereses de los individuos.

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 y ejercicio de atribuciones, permiten adentrarse en el entendimiento de las instituciones de un país; en este sentido Salgado señala que el Ejecutivo constituye un importante elemento y motor de los Estados.³⁶ Justificado lo anterior, es imperioso realizar un análisis que acerque a la comprensión del sistema presidencialista y así, la conexión con el Estado constitucional.

El sistema presidencialista tiene su origen en Estados Unidos de Norteamérica cuando sus constituyentes, luego de largas discusiones, con la generación de la teoría de los «checks and balances»³⁷ en el año de 1787, congregados en Filadelfia, dieron luz a este sistema de Gobierno.

Cuando se habla del presidencialismo adoptado en Latinoamérica no se puede sostener a priori que sea una inerte copia del modelo anglosajón, pues al contrario, claramente se reconoce la diversas realidades económicas, sociales y culturales que tradujeron cualidades ajustadas a la forma en que este sistema

34. *Ibíd.*, 15.

35. Antonio Troncoso Reigada, «Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático», en Eduardo Espín y Javier Díaz, coord., *La justicia constitucional en el Estado democrático* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 411.

36. Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 104.

37. 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 este (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.

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 excolonias inglesas, empero, hay que rescatar el fenómeno *caudillista* que impera desde el siglo XIX en los presidencialismos de América Latina.³⁸

Las funciones que el Ejecutivo posee en el presidencialismo son amplias y tendientes a la condensación de una porción significativa de poder en este, rebasando cualquier ensayo en sostener que son de *simple ejecución o administración*; 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; habrá que sumar la reunión de diversas facultades que hacen a un presidente notoriamente fuerte, así: 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 de competencia exclusiva.³⁹

Entonces, claramente queda establecido que en los sistemas presidencialistas de América Latina se percibe un rol protagónico del presidente del Estado; pues, la actividad del 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, condicionada 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? La respuesta a ello menores dudas y mayores certezas nos dará, y es que, la concentración de poder en el presidente, sin más cuestionamientos a realizar, recorta 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 anteriormente, luego, no se puede inobservar la inestabilidad política que acompaña a la falta de madurez en la materia, los caudillismos, dictaduras militares, entre otros,

38. Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 103-6.

39. Luis Fernando Torres, *Presidencialismo constituyente: La ruta del autoritarismo en el Ecuador. Semblanza de la Constitución de Montecristi* (Quito: Cevallos, 2010).

los mismos que suponen factores enriquecedores al debate cuando se vislumbra la realidad de cada país de la región.

Algunos autores han llegado a establecer incluso, que hoy en diferentes Estados se transita hacia un *hiperpresidencialismo constitucional*.⁴⁰ Este tipo de hiperpresidencialismo 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, para este fin se valdrá 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 las competencias del Legislativo en el nombramiento de funcionarios para ser estos últimos dependientes única y exclusivamente del presidente de la república bajo el lente del discurso de un constitucionalismo transformador⁴¹ que finalmente podría estar engendrando un hiperpresidencialismo que comprometa: libertades; frenos, pesos y contra pesos al poder; democracia y, derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, en contexto con los objetivos de esta investigación, se tomarán rasgos marcados respecto al presidencialismo y la vinculación hacia su reconocimiento en la Constitución, estos 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 *pospresidencialista*⁴² 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.

EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Al crearse límites al poder y reconocimiento a la población como mandante frente al poder constituido, se parte de una aceptación implícita del valor

40. Véase Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 109; también puede consultarse a Michael Penfold, «La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano», *Revista de Ciencia Política* 30, No. 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», *Ambiente Jurídico*, 158. http://www.researchgate.net/profile/Andres_Botero2/publications, consulta: 23 de julio de 2014.

41. Viciano Pastor y Martínez, «Los procesos constituyentes», 13.

42. Término también acuñado al sistema hiperpresidencialista de Gobierno.

que los Estados, por intermedio de su Carta Fundamental, entregan a la sociedad y sus procesos de participación en la vida del país, el respeto a los derechos y a las libertades de estos, así efectivamente, a la democracia.

Si partimos del entendimiento que el Estado es una construcción de tipo social, para reconocer 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 vislumbrar al 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 de la cooperación social; la primera *dirigista*,⁴³ 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*,⁴⁴ 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.⁴⁵

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 de un poder que indiscutiblemente radica en la población.

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.

43. Nuria Quintana Paz, «Políticas mediáticas de UCD y PSOE: Entre el dirigismo político y la apertura mediática», *Sphera Pública*, No. 5, Murcia, Universidad Católica San Antonio de Murcia (2005): 151-64. <<http://www.redalyc.org/pdf/297/29700510.pdf>>, consulta: 29 de abril de 2017.

44. Jorge Vergara Estévez, «*Democracia y participación en Jean-Jacques Rousseau*», *Revista de Filosofía*, 68 (2012): 29-52.

45. Gabriel Zanotti, «Ludwig Von Mises y la filosofía cristiana», *Hispanic American Center for Economic Research*, s. f. <<http://www.hacer.org/pdf/Zanotti02.pdf>>, consulta: 29 de abril de 2017.

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

El principio democrático parte del respeto y consideración del pluralismo, así en un ejercicio de racionalidad política, juega un papel destacado en el reconocimiento de los distintos actores que intervienen en las sociedades, aún de aquellos de características pasivas en la dinámica participativa, pero que por ningún concepto deben estar excluidos de la voluntad decisoria del poder. Es decir, supone un principio gobernado por la participación de los miembros de una sociedad en los distintos procesos que interesen a estos dentro de la vida estatal, partiendo del entendimiento de la imposibilidad fáctica de la unanimidad e identidad ideológica.

Se dirá 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,⁴⁶ por el cual, se entiende que existen grupos minúsculos decisorios en los distintos niveles de poder, que liquidan cualquier perspectiva de un Estado democrático restaurador de grados importantes de participación social, entonces, se conformaría un *doble Estado* que condena a coincidir con la presencia de una *teatrocracia*.⁴⁷

Es por ello que existen quienes critican ampliamente al ensanchamiento de las diferentes esferas sociales y económicas, sin que suponga un correlativo incremento efectivo de los espacios políticos de participación social,⁴⁸ todo ello partiendo de la premisa fáctica que la política y sus formas de participación tienen como fin la autoayuda social para el forjamiento de escenarios de progreso y mejora en atención, atendiendo a la cosmovisión del conjunto social.⁴⁹

Entregar la política al Estado, desatendiéndose de la actividad y participación de las decisiones conjuntas con este, es errado y antidemocrático, es algo cercano a la trillada idea del cheque en blanco que se endosa a título de incertidumbre, y en este caso de descuido, a un futuro motivador y de interés compartido. Así, la

46. Bobbio, *El futuro de la democracia*, 36.

47. Palabra establecida por Platón para denigrar a la democracia en sentido que esta simplemente sirve como una creación teatral de guiones y complementos para engañar a la sociedad. En Bobbio, *El futuro de la democracia*, 38.

48. De Vega García, «Mundialización y derecho constitucional», 166.

49. Monedero, *Curso urgente de política*, 16.

democracia está llamada a fortalecer una participación predominante de la sociedad que la haga desbordarse del anacrónico criterio del sufragio; es decir, construir un ambiente en el que la población pueda tomar decisiones pero, además, participe activamente de los procesos de formación de estas, y determine sobre qué materias deben desarrollarse inquietudes de tratamiento, logrando un proceso indiscutible en 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,⁵⁰ 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 razonamientos invalidan el proyecto democrático de la reivindicación social como parte de una participación efectiva e idónea para los Estados.

Hay que ser precisos en sostener 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 la cifra estadística de quienes participan; y es que, con ello es la intención mostrar, el profundo desapego a las voces que sostienen que la sociedad puede ser en un momento dado indiferente a participar en la vida del Estado, pues, de seguro estos juicios valorativos serán por una carencia de efectos motivadores a lograr la movilización social, además por el desconocimiento colectivo de los espacios para la participación, luego, precisamente como manifiesta Méndez⁵¹ es el aparato central el que en mejor posición se encuentra para ajustar fórmulas a favor de las personas conforme a su realidad, y así gerenciar la vigencia de una motivada participación.

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 correspondiente a la realidad social y de Gobierno, coexisten distintos tipos de democracia y no una sola. Las democracias representativas y directas 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. Aún más, si se quiere, al revisar los procesos de integración supranacional de los Estados es fácil entrever una difícil problemática con relación a la legitimidad democrática en el surgimiento de este tipo de órganos internacionales, empero, no es materia de

50. Bobbio, *El futuro de la democracia*, 41.

51. Méndez, «Los derechos fundamentales», 283.

este tratamiento; así como se ve, el análisis no queda agotado en lo dicho arriba, pero debe ser la puerta que convoque a un imperioso debate mayor.

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

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, sectores defendieron fuertemente la vigencia de la libertad natural como único camino a observar y respetar sin que esta, la libertad, pueda estar condicionada por algún tipo de acuerdo o contrato social, pues se creía que al realizarse un pacto se limitaría objetivamente a la naturaleza de las personas titulares de derechos y libertades.

En contraste a esta posición, también existieron teorías adecuadas a manifestar que, con la construcción del pacto se podría crear una verdadera teoría de la libertad, llegando a esta por la *ideal vía* del compromiso recíproco de voluntades a la construcción y respeto de la misma, de tal forma que la voluntad general sea la que condicione los efectos del contrato social. 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 libertades de los sujetos.⁵²

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 interferencia alguna 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.

Por ello, con la creación de la Constitución se vio imperativo que esta tenga el rol de convertir al Estado en un servidor controlado por la sociedad,

52. De Vega García, «Mundialización y derecho constitucional», 198.

para este fin, con la participación y generación de procesos de vigilancia necesarios ejecutados desde la actividad social.

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 de la revalorización de la posición del visionario del poder constituyente, existió un desgastamiento de su teoría, pues él consideraba que la asamblea constituyente debía estar conformada por: notables, sabios y los mejores hombres de la población; consecuentemente, anulaba la perspectiva de una participación horizontal de toda la sociedad, para instaurar entonces un criterio meritocrático tan criticado por quienes proclaman la reivindicación del poder social en las manos colectivas, así en el pluralismo social.

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, pues este no era otra construcción político jurídica que la de habilitar el derecho de las personas para sufragar, pese a que las restricciones a este fueron amplias y limitantes al propio principio que se decía rescatar.⁵³ Además se eliminó el criterio de poder constituyente para que tome vigencia el poder constituido que incluso fue abrigo de reyes.

El principio democrático en el Estado social

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 sobre principio democrático que ya se venía manteniendo en el viejo Estado liberal.

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 hacia que las constituciones no dejaron de ser una construcción servil al poder alejándose cada vez más de ser un reflejo social.

En este modelo de Estado se tradujo al poder constituyente como máxima expresión del principio democrático, dejando 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.

53. *Ibíd.*, 201-3.

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 este,⁵⁴ 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 al poder de turno y sus otras características propias del Estado constitucional; convocan a la observancia de un importe renovado para aumentar el significado y razón de ser de la participación social en las decisiones como parte de la libertad autónoma de cada individuo y el acercamiento a los fines sociales de la agrupación.

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, por otro lado existe un grupo de entusiastas tratadistas que pronostican que el Estado se convertirá en cualquier momento en sociedad civil.⁵⁵ Hacia la otra orilla, quizá con una dosis de importante y necesaria medida, se encuentran los defensores de una sociedad autónoma en la que se desarrollen espacios de vida, relaciones privadas y progreso conforme a la cosmovisión civil, los mismos que deben ser respaldados y garantizados por el poder estatal.

Es así, que el Estado constitucional configura como parte de sus fines, sociedades más justas y respetuosas de los derechos fundamentales; por ello incluye 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 concordando al principio democrático como la fundamental, incluso única, fuente de legitimación del ordenamiento y de las instituciones políticas.⁵⁶

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

54. *Ibíd.*, 196.

55. Julio César Trujillo, «Sociedad civil, Estado y participación», en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: UASB-E / CEN, 2009), 25.

56. Luis López Guerra, «Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 23 (mayo-agosto de 1988): 97.

y saturación política en un Estado;⁵⁷ por ello 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 antelación, 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 este.

Tampoco debe ser la intención de lo que se ha manifestado hablar de una omnocracia, 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.⁵⁸

Hegel sostenía que existen dos tipos de poder; poder efectivo, que se expresa en la voluntad concreta, autónoma y unitaria del Gobierno y el poder posible o total, que se manifiesta abstractamente en la idea de la voluntad general de la población como un talante democrático.⁵⁹

Existiendo de esta forma comunión de 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 voluntad general a ser respetada.

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 la participación ampliada en todo proceso decisorio, en este supuesto en atención a las formas democráticas que se han desarrollado.

El entendimiento de las sociedades plurales y diversas entrega sentido a la democracia y 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, lo 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

57. Bobbio, *El futuro de la democracia*, 33.

58. *Ibíd.*, 35.

59. De Vega García, «Mundialización y derecho constitucional», 194.

de estos datos, siendo entonces el Estado, un *enorme observador*, consiguiendo los controles y participación social deberán ser mayores para frenar al poder, y ante todo, por interés, necesidad y 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;⁶⁰ 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 el cual la opinión, participación y desarrollo social de visión colectiva estén proscritos.

En la actual experiencia de participación latinoamericana se observa que las sociedades han llevado consigo un rol estrictamente dependiente de las relaciones políticas, las que han sido el termómetro y tarima para que se desarrollen de una u otra manera. Lejos ha quedado el funcionamiento de la participación social por cuestiones de índole propia y exclusiva a los fines sociales. Es decir, el marcado contexto de la fuerza política y sus acciones han sido los que han impuesto la forma de concebir la participación de la sociedad dentro de los procesos estatales.

Además, el componente político ha llegado a ser tan relevante, que en la historia de América Latina las dictaduras militares prohibieron la vigencia de partidos políticos y coartaron la participación de organizaciones de trabajadores, mostrando consecuentemente, la sumisión de la participación social al contexto político en el que se desarrollan. También han existido países en los que el descrédito de partidos políticos y organizaciones sindicales fue mayor, logrando un deterioro en su legitimidad para llevarlos a su inmediata desaparición de la vida del Estado.

Luego de lo señalado, podemos ver cómo en América Latina se reforzaron y surgieron organizaciones sociales propias de la sociedad civil, así llamadas por Trujillo, las mismas que han suplantado a los partidos políticos y sindicatos carentes de fortaleza ideológica, bases y formación, subsiguientemente, han captado espacios de poder y ejercicio activo en la defensa de los derechos y las garantías de los individuos.⁶¹ Ahora bien, esta realidad no es única y absoluta, es más, se relativiza con el repaso actual de lo que sucede en Latinoamérica.

En efecto, en algunos Gobiernos de la región que han dado paso a procesos constituyentes y establecimiento de nuevas Constituciones, se ha llegado a estos procesos con el apoyo de organizaciones sociales incluyendo a partidos y movimientos políticos que vigorosamente se encontraban vinculados a obreros, campesinos, trabajadores, y otros. Empero, la experiencia lleva a observar que estos poderes políticos de turno, utilizaron a las organizaciones para la asunción al poder y desde el mismo, han hecho innumerables actos para desvincularse de ellas, extinguir su vida jurídica, perseguir la manifestación social, tipificar de-

60. Bobbio, *El futuro de la democracia*.

61. Trujillo, «Sociedad civil, Estado y participación», 26-30.

litos para atemorizar la protesta social, crear decretos reductores de la participación y colocar a estas organizaciones, en el escenario de opositores al poder político, así, quizá entonces las organizaciones sociales, han pasado a ser vistas nuevamente desde el discurso oficial, simples entelequias, que no representan más que a intereses privados de grupos minúsculos.⁶²

Lo anterior, permite a su vez observar que la sociedad es utilizada como un instrumento idóneo para el sufragio y asentamiento del poder de turno, quizá sería peor, la población vista como objeto de manipulación. Siguiendo las palabras de Napoleón Bonaparte que en 1848 a otros dirigentes de Europa dijo: *no tengas miedo al sufragio universal, bien manipulados los pobres nos votarán a nosotros*, entonces, la dinámica se repite: participación igual a votación como una herencia histórica que cual enfermedad, debe ser desterrada de la praxis política participativa.

De esta manera, usando la metáfora del embudo que es traída por Monedero, sería como creer que en la parte estrecha de un embudo están los elegidos y en el otro extremo toda la sociedad, y que estos, solo en elecciones tienden a juntarse.⁶³

Si algo se busca dejar claro con lo expuesto arriba son algunas premisas trascendentales para el desarrollo de este estudio. Por un lado, el carácter vinculante del principio democrático que hace entender el desarrollo que se genera a lo largo del presente ejercicio investigativo; por otro, el espacio democrático de la participación social que legitima la actuación del poder y que no se agota con una elección; además, el deber del Estado en establecer caminos y aperturas para el correcto desempeño de las fuerzas políticas de participación; y, el alcance que la vida colectiva, vinculada a la política debe procurar, pues se construye en un camino de permanente progreso y desarrollo de las sociedades, entonces, mal se puede creer que quienes ostenten una situación precaria en el grupo social deban alejarse y despreciar de la política, pues, esta será el único instrumento con el que puedan contar para su autoayuda y avance, sin duda, es así.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y PROCESO LEGISLATIVO

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 mayor expresión es con la generación de preceptos normativos, aunque hay

62. Rodrigo Borja Cevallos, citado en Trujillo, «Sociedad civil, Estado y participación», en Andrade, Grijalva y Storini, edit., *La nueva Constitución*, 28.

63. Monedero, *Curso urgente de política*, 25.

que precisar que la órbita de su entender ha rebasado ya este exclusivo percibir jurídico.

Las estructuras políticas, socioeconómicas y culturales que tiene una sociedad serán las cuestiones determinantes para observar el origen del derecho. En esta realidad, hay fuentes de tipo material y formal.⁶⁴ Las primeras, son 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 desarrolla en el grupo social; mientras que, las fuentes formales por su parte, serán el medio de producción normativa, entendiendo como medio, la manifestación de la voluntad individual y colectiva que genera derecho, entregándole entonces, una realidad concreta al mismo.⁶⁵ Cabe mencionarse, las fuentes materiales producen influencia significativa en las formales y no están aisladas las unas de las otras, además, las primeras deben precisamente condicionar el surgimiento de las segundas como espacio de afirmación de la voluntad y participación social.

En las fuentes formales coexisten dos tipos de voluntades que advertir, la individual y la colectiva, ambas son productoras de derecho, distinguir una y otra dan los parámetros suficientes para comprender este trabajo que se centrará en las dos, pues la preponderancia que produce su conexión y permanencia es innegable. La voluntad individual se exterioriza 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 se halla en: leyes creadas por el Legislativo y 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 coagular 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 reales⁶⁶ para el desarrollo de las formales.

El proceso legislativo inclinado hacia una 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.

64. Hernán Salgado Pesantes, *Introducción al derecho* (Quito: Manuales Jurídicos, 2010), 110.

65. Gustavo González Solano, *Lógica jurídica* (San José: Universidad de Costa Rica, 2003), 29-30.

66. Nombre acuñado también a las fuentes materiales.

Se ha heredado la tradición de los sistemas jurídicos de derecho escrito en los cuales la ley es una fuente trascendental. Salgado con precisión determina que lo correcto es hablar de legislación como fuente y no de ley⁶⁷ por cuanto interesará el contenido amplio productor de la ley, es decir la legislación en su entender general, en razón que la ley es solo un efecto del proceso creador que es la legislación, además, hablar de ley limita al entendimiento del producto realizado por el Poder Legislativo, así se hace correcto hablar de todas las normas propias de un ordenamiento jurídico; de este razonamiento se hará eco, pues lo que mayor atención y seguimiento demandará entender será propiamente, la legislación.

Igualmente, a fin de un correcto entendimiento, se ha 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;⁶⁸ sin embargo, se referirá en este apartado exclusivamente a la ley, entonces al proceso de formación normativa llevado en el Poder Legislativo de los distintos Estados.

Los Estados organizados en forma de República han ordenado sus sistemas de tal manera que bajo los criterios de división de poderes, luego el Legislativo es el encomendado a realizar las leyes de un país.

El proceso legislativo de formación de la ley, en el mundo, guarda similitudes respecto de cómo se ha regulado, sin embargo habrán variaciones significativas de acuerdo a la revisión del sistema en qué se evalúa, dependiendo si es presidencial o parlamentario.

En este trabajo se concentrará los esfuerzos para mostrar en los procesos legislativos similares en el presidencialismo por cuanto, como se ha dejado sentado, interesa comprobar la concentración de poder en el Ejecutivo y las atribuciones que ostenta dentro del Estado constitucional y, en su particularidad relacionar estas facultades de Gobierno 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 el Poder Legislativo 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 basado no únicamente en la ley, sino en consideraciones constitucionales, mandatos ejecutivos y desarrollo de la gestión ejecutiva, de alguna ma-

67. Salgado Pesantes, *Introducción al derecho*, 111.

68. *Ibíd.*

nera, el parlamento se ha visto desplazado; empero, es un error de gravedad percibir al Ejecutivo como una concentración de poder que represente a todas las fuerzas políticas e ideológicas de una sociedad, por ello, retoma poderío el alcance del Legislativo como máximo representante real y efectivo, en importante medida, de las aspiraciones, creencias, orientación, realidades y visión política de los sectores y grupos colectivos.

En el proceso de creación de la ley, entendida como la proveniente del Poder Legislativo, se cuenta efectivamente con quienes han sido electos como representantes de la población para la tarea de legisladores, que son sujetos sociales que participan y responden a distintas fuerzas, marcando consecuentemente un territorio de relación de poderes fácticos, pero que, indudablemente manifiestan la vigencia de una participación mayor que la de un único grupo mayoritario o de Gobierno que podría condensarse en el Ejecutivo.⁶⁹

En razón a 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 en cuanto, en su seno coexisten tendencias y representación de todos los sectores de la sociedad, esto es palpable, tanto así, que han logrado que se vea al derecho como un instrumento para el acercamiento a los objetivos sociales, así como su importancia, 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 y beneficio directo de la sociedad.

El proceso que se desarrolla en el Poder Legislativo está gobernado por requisitos formales y procesales independientes, garantistas de la generación de normas en cumplimiento al deber de: divulgación, participación, debate y discusión al interior de la sede política máxima del Estado. 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 norma legal, sino que también sea determinable e interpretable al momento en que se quiera conocer el espíritu motivador del acto legislativo en lo posterior, es decir la *ratio legis*, motivación u observaciones con las que estas surgieron.

Lo mencionado ha servido de fundamento para que en diferentes Estados el procedimiento legislativo se haya investido de formalidad y tránsito riguroso de adecuación legal y constitucional; en efecto será trascendental la vigencia de un método de técnica legislativa, claro, contundente y respetado que garantice

69. Ángeles Galiana Saura, «La actividad legislativa en el Estado social de derecho», en María José Añón Roig, edit., *El vínculo social: Ciudadanía y cosmopolitismo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 452.

que la producción legislativa no responda a criterios o intereses de turno, aún menos al sentimiento de una mayoría legislativa transitoria.

Es entonces que se hace imprescindible sostener que la técnica legislativa es uniforme y con permanencia, porque en caso contrario, si la estrictez de este poder del Estado, se utilizare a juicio de liderazgos de las legislaturas y consecuentemente, sufren modificaciones periódicas no se llegará a establecer un ordenamiento jurídico consecuente, conforme y seguro.

Es correcto decir que el proceso de formación de la ley y así, esta misma, conservan una importante dimensión democrática en razón que el parlamento tiene una conformación plural y en él se despliega un proceso de debate y manifestación de voluntades de los miembros de la sociedad, cumpliendo de esta manera con las fuentes materiales que dan origen a la ley naciente.

La iniciativa legislativa: una revisión comparada en Latinoamérica

La creación legal o legislación, como se ha venido correctamente sosteniendo, en primer término atiende a observar a la iniciativa legislativa, en este tenor atiende a quienes ostentan la posibilidad de presentar proyectos de ley, comúnmente, suele ser el presidente de la república, los congresistas, los restantes poderes del Estado respecto de las materias que abordan y la ciudadanía con apoyo popular.⁷⁰

Es así como se convierte en necesario el análisis de algunos casos propios de la región. Para este fin se revisarán dos dimensiones de valoración y análisis comparativo: pragmática y contextual. La dimensión pragmática de comparación jurídica que verá por el derecho autónomo en la sociedad, interesando únicamente la validez del mismo;⁷¹ la dimensión contextual atenderá a la valoración que permita concebir la eficacia de la norma y su reflejo en la realidad social conforme los fines marcados por el Estado en la realidad concreta.

Para el fin que se persigue en esta sección el primer Estado que se revisará será el de Colombia. Desde la dimensión pragmática se obtiene que la Constitución de Colombia⁷² determina en los art. 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 Estado; y también,

70. Máximo Gámiz Parral, *Legislar, quién y cómo hacerlo* (México DF: Limusa, 2000), 33.

71. Daniel Bonilla Maldonado, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009), 20.

72. Colombia, Asamblea Constituyente. *Constitución de la República, Gaceta Constitucional*, No. 114 (Bogotá 1991).

en las instituciones propias de la estructura estatal como: Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Nacional Electoral, Procurador General, Controlador General, todas ellas, respecto a las materias relativas su función.

En la dimensión contextual, se aprecia que la sentencia c-294/12, dictada por la Corte Constitucional de Colombia (CCC), sostiene que la iniciativa legislativa debe ampliar su comprensión, determinando que los ministros de Estado también gozan de esta facultad por cuanto lo hacen en representación del Gobierno Nacional y en tanto, sería errado requerir requisitos mayores a la presentación de proyectos ley por parte de estos funcionarios, como por ejemplo que estos mismos estén acompañados de la firma del presidente u otros no determinados por la Constitución respecto de la iniciativa de tipo legislativa.⁷³

En la CRE 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 un intento de hacer un ejercicio de valoración en la dimensión contextual en Ecuador se dirá que, la CCE ha manifestado en la sentencia 009-13-SIN-CC que el presidente de la república no solamente debe participar en el proceso de iniciativa legislativa principal sino además conocer y cooperar con 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.⁷⁴

La Constitución de Perú⁷⁵ 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 en esta investigación, la participación de la ciudadanía se revisa que la Ley de Participación y Control Ciudadano de Perú,⁷⁶ 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 Cons-

73. Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-294/12* (Bogotá, 18 de abril de 2012).

74. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia 009-13-SIN-CC* (Quito, 19 de agosto de 2013).

75. Perú, *Constitución de Perú* (Lima, 31 diciembre de 1993).

76. Perú, Congreso Constituyente Democrático, *Ley de Participación y Control Ciudadano de Perú, Ley No. 26300* (Lima 1993).

titudinal del Perú⁷⁷ 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.

En conclusión, se puede rescatar 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, en 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 sí 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 similar, en cuanto a la presentación de proyectos de ley trata, y también con relación a que el Ejecutivo mantiene un rol predominante en la iniciativa; empero, no se puede excluir el que se abren puertas para la participación social, casi como algo inseparable al proceso de creación legislativa.

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 ya; 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; de manera ulterior, retorna al pleno del Poder Legislativo para un segundo debate y aprobación definitiva del proyecto de ley.

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

A fin de mostrar claramente un proceso de creación legal, se expondrá la normativa que rige la materia en el caso ecuatoriano:⁷⁸

Presentado el 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 a la ciudadanía.

La comisión tendrá un plazo máximo de 45 y, no menos de 15 días, para presentar al presidente de la Asamblea Nacional sus informes con las observaciones que se crean necesarias a introducirse, sobre este plazo se podría motivadamente solicitar una prórroga de máximo 20 días para realizar el informe respectivo. Cabe destacar que en el transcurso de estos plazos, se prevé el deber de convocar a discutir el mismo 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 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, estas pasarán nuevamente a la comisión especializada para el concerniente análisis en un plazo no mayor a 45 días prorrogables con solicitud motivada al presidente de la Asamblea quien, definirá la extensión de tiempo y su procedencia; cabe destacar que esta particularidad, podría, en la práctica, estancar la eficiencia en la producción normativa del Poder Legislativo ecuatoriano.

El segundo debate será convocado y el pleno decidirá si su votación para la aprobación del texto final se realiza por: la integridad del proyecto, títulos, capítulos, secciones o, artículos.

Importante es señalar que todas estas etapas de discusión, observaciones, análisis, debate, aprobación o archivo, son traducidas a escrito constituyendo documentos que respaldan y certifican la realización de todo el proceso. 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 jurídicas en la actualidad, pues da luz al derecho positivo; luego es el órgano que edifica una de las fuentes formales más importantes del entender jurídico clásico, es decir aquella de donde parte el conocido génesis del derecho.

78. Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de la Función Legislativa*, RO, No. 642 (Quito, 27 de julio de 2009).

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 como espacios para la manifestación de la población en la formación de la ley. Esto es, desde la iniciativa en la presentación de proyectos; en la intervención en el tratamiento dentro de las comisiones especializadas del Poder Legislativo, o 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, lo que constituye una característica importante hacia la cooperación social. En efecto, ¿de qué participación se puede hablar si no existe el conocimiento previo y debido de los proyectos de ley para tal fin?, como señalaría Saura, la *hipertrofia*⁷⁹ normativa obliga a un fenómeno de información que rebase el tradicional carácter impreso, evitando así confusión legislativa.

Hay que destacar que la participación social y el conocimiento de lo que se discute en el Poder Legislativo, seno de la política y democracia, es trascendental para el entender de un Estado garante del principio democrático y responsabilidad social; así, la sola promulgación de una ley no es suficiente peldaño para cumplir con las demandas sociales y la democracia, sino el hecho de que exista una debida información, conocimiento e intervención de los destinatarios de la legislación en el proceso de creación normativa.

Sin duda que, al decir que la ley guarda un sentido de permanente respecto de su vigencia, también ha de gozar de la observancia a la fuente material, misma que motiva su creación formal.⁸⁰ Es decir, la ley entregará respuestas y alternativas a la sociedad y sus conflictos, a las aspiraciones y dificultades que esta mantiene. 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 que se ha dicho, quienes integran el Poder Legislativo provienen directamente de los distintos estamentos sociales, lo que significa, la convergencia de una 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 reclamada participación.

No es intensión caer en una especie de *jacobinismo*⁸¹ 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 po-

79. Galiana Saura, «La actividad legislativa», 456.

80. Salgado Pesantes, *Introducción al derecho*, 116.

81. García de Enterría, «La Constitución como norma», 164.

der constituido, el que en mayor medida provee luz al principio democrático y reconocimiento de la pluralidad social es el Poder Legislativo.

Esto lleva a decir que, el principio de presunción de constitucionalidad de la ley también será revalorizado en esta investigación pues goza de razón de ser en tanto existe un importante nivel de participación en el proceso de formación legal. Es decir, seguirá teniendo trascendencia y razón de ser la validez formal, pero ante todo, la material por su apego al respeto de la participación social; luego, la ley solo podría ser declarada inconstitucional cuando configure condiciones que la hagan ver como un acto normativo *evidentemente* contrario a la Constitución.⁸²

En la actual ingeniería constitucional la devolución del poder decisorio a la población parece ser restringida; entonces los esfuerzos que deben realizarse desde todos los espacios por: realzar, vitalizar, ponderar y recuperar los espacios de participación social que se han previsto en el Estado, convirtiéndose así, en 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 el Poder Legislativo.

LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO

Un Ejecutivo presente en la creación normativa

Luego de haber generado un acercamiento a la construcción jurídica más importante que tiene un país, como es, la creación legal, se buscará el entendimiento de la facultad reglamentaria con la que cuenta el presidente de la república; atribución, comúnmente asentada en los regímenes presidencialistas que como 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 se lo analizará así, en el contexto de esta investigación, respecto de la afección que esta potestad reglamentaria proveniente del presidente de la república pueda producir hacia la vigencia del principio democrático.

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; mismas que pueden desarrollar una jefatura de Gobierno reforzada e incluso, blindada ante otros poderes.

82. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 143.

El presidente de la república es un permanente colegislador,⁸³ pues a más de otras facultades, 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 el Poder Legislativo; es decir cuenta con una amplia posibilidad para objetar o aprobar la ley producida en el seno legislativo, ello por razones constitucionalmente establecidas: inconformidad con los intereses nacionales o existencia de contradicciones constitucionales. El presidente en el ejercicio de esta facultad sancionadora de la ley, puede inclusive imponer textos alternativos al proyecto aprobado por el Legislativo, luego habrá una dificultosa tarea para las legislaturas en mantener la redacción del texto original que aprobaron.⁸⁴ De igual manera, el presidente de la república puede en estados de emergencia dictar decretos con rango de ley. Si a todas estas potestades normativas del Ejecutivo, se suma el amplio nivel de conocimiento e información que el presidente posee respecto del aparato estatal, la ciudadanía, las particularidades económicas y políticas del país, entonces, se encuentra que se está frente a un jefe de Gobierno y Estado poderoso, con condiciones que lo ubican muy por encima del propio legislador.⁸⁵

Es entonces como se puede entender un cúmulo de atribuciones reforzadas a favor del Ejecutivo en la creación normativa del país; a más de las citadas potestades, se debe resaltar aquellos mandatos por los cuales el Ejecutivo altera y participa en el ordenamiento jurídico con decretos y decisiones políticas de 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 dentro de la compleja estructura de los ordenamientos jurídicos de los Estados.⁸⁶

83. Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis, 2013), 95.

84. La Constitución de Colombia de 1991 establece en los art. 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 art. 137-139. En los tres casos se establece la facultad del presidente para sancionar la ley.

85. Bobbio, *El futuro de la democracia*, 38.

86. Juan Carlos Moncada Zapata, *El reglamento como fuente de derecho en Colombia* (Bogotá: Temis, 2007), 63.

El reglamento del Ejecutivo

Luego de lo mencionado, será primordial entrar al análisis de la potestad reglamentaria con la que cuenta el Ejecutivo, la misma que ha encontrado las mayores justificaciones en discursos a favor de hacer una administración central eficiente, mejorar los procesos de prestación de servicios públicos y conseguir una correcta aplicación de la ley.

Jéze determina que el reglamento es la regla jurídica general y de tipo impersonal creada por el presidente de un Estado que goza de 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 ley.⁸⁷ 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.⁸⁸

García de Enterría define a los reglamentos como toda norma escrita dictada por la administración, sosteniendo que como característica propia de estos, se encuentran los sentidos de ser: «secundarios, subalternos, inferiores y complementarios de la ley»;⁸⁹ sin duda, esta visión, cuando sostiene que son los dictados por la administración, rebaza al ámbito exclusivo del Ejecutivo, pues, analiza la posibilidad de la competencia de otros funcionarios de Gobierno para la generación de los reglamentos.⁹⁰ 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 por vía reglamentaria y en tal virtud, la afección de esta potestad al principio democrático, por cuanto, el ejercicio de esta potestad podría estar alterando la ley y así, la Constitución y democracia de un 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.⁹¹

El nivel jerárquico que los reglamentos ostentan en el ordenamiento jurídico, conforme a la metáfora de la pirámide kelseniana, será inferior a la de otros

87. Hernán Jaramillo Ordóñez, *Manual de derecho administrativo* (Loja: Ed. Universitaria, 1992).

88. José Luis Cea Egaña, «Dominio legal y reglamentario», *Revista Chilena de Derecho*, 11 (mayo-diciembre 1984): 426.

89. Eduardo García de Enterría, *Curso de derecho administrativo*, t. I (Bogotá: Temis, 2008): 155.

90. *Ibíd.* 166-8.

91. Salgado Pesantes, *Introducción al derecho*, 118.

cuerpos normativos. Consecuentemente, los reglamentos se encuentran siempre por debajo de la Constitución, las leyes orgánicas y ordinarias, e incluso las normas seccionales.

Entonces, la potestad reglamentaria por supuesto que da lugar al advenimiento de normatividad que deberá estar enteramente subordinada a la ley, conforme a esta y sin contradecirla. Se sostiene que el reglamento no viene a reemplazar a una ley sino exclusivamente a complementarla para su correcto desempeño. Se verá en lo posterior que esta aseveración respondería a un tipo de reglamento, los de ejecución, mas, existen otros que serán tratados subsiguientemente.

Clases de reglamentos

A fin del entendimiento y profundización en materia, es necesario aclarar que la doctrina 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 Gobierno 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 Enterría⁹² los que interesan en la presente investigación; así: autónomos y de ejecución, sin embargo, se incorporará uno más en esta división, los reglamentos orgánico funcionales.

1. Reglamento autónomo

Es aquel emanado por el Ejecutivo y no abarca ni agota el campo de dominio legal; es decir no trata sobre lo previamente abordado por una ley, permitiendo por consiguiente que el jefe de Gobierno los dicte libremente en virtud de su facultad reglamentaria.

Estos reglamentos son dictados por la administración en ejercicio de poderes propios y autónomos que le son entregados por la Constitución del Estado. Igualmente se verá que dichos actos normativos nacen indistintamente bajo la previa existencia o no de ley que abarque la materia por abordar. Quienes defienden la vigencia del reglamento autónomo han llegado a justificar su existencia por cuanto permiten lograr un presidente altamente gobernante del Estado que pueda ejecutar inmediatamente la política pública deseada.

92. *Ibíd.* 193.

Además, 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 convierte 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 fuertemente presidencialistas que inclusive, mantengan características conforme a regímenes que instauren un pospresidencialismo, es decir con cargadas atribuciones y habilitaciones al Ejecutivo;⁹³ pues solo así, en un sistema *pesadamente* presidencialista se podría entender que una Constitución establezca la atribución para crear reglamentos autónomos e individuales, sin que este deba sumir la producción de los mismos a la ley, consecuentemente tomando vigencia sus actos al margen de toda regulación legal.⁹⁴

Moncada Zapata en defensa de la autonomía del reglamento y la no sujeción legal de este, 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 legal.⁹⁵

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 estos 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;⁹⁶ 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.⁹⁷

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 bastará con la competencia establecida en la norma superior del ordenamiento jurídico que permita la existencia de este tipo de reglamentos, comúnmente, atribución localizada en la Constitución de los Estados.

93. Teoría del hiperpresidencialismo que supone la vigencia de un nuevo sistema reforzado en atribuciones para el presidente.

94. 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.

95. Moncada Zapata, *EL reglamento como fuente de derecho*, 60.

96. Francisco Toscano Gil, «Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes», *Revista Jurídica de Casilla y León*, No. 30 (mayo 2013): 6.

97. Moncada Zapata, *EL reglamento como fuente de derecho*, 65.

Así, la ley no es un presupuesto habilitador del reglamento, y la relación reglamento ley será de tipo negativo.⁹⁸ Finalmente, una importante corriente dogmática sostiene que los reglamentos autónomos no pueden irrumpir el campo del dominio legal o reserva de ley.

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 intentado asumir al reglamento desarrollado por el presidente, con las particularidades que suponen los de ejecución, sin embargo de ello, se ha sabido advertir al lector que en la doctrina se clasifican además a los reglamentos autónomos o independientes.

Los reglamentos de ejecución son aquellos que guardan un hermético respeto a la ley preexistente, o al menos ese es su deber ser y naturaleza. Rodríguez determina que este tipo de reglamento desarrolla detalles de la ley sin dictar ninguna disposición nueva,⁹⁹ teniendo como función el reglamento entonces, asegurar la correcta aplicación 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 una ley. Salgado apoya este criterio sosteniendo que son reglamentos útiles para la directa aplicación de las leyes; verbigracia, su deber y espacio de existencia responderá indiscutiblemente a una relación con la ley y la correcta existencia jurídica de esta, en el entendido de su aplicación.¹⁰⁰ Agustín Gordillo eleva un grado mayor manifestando que este tipo de reglamentos no solo que no pueden violar la letra de la ley, sino además no deberán atentar contra el espíritu de la misma;¹⁰¹ luego hablar de espíritu de una norma implica un talante mayor a descubrir y definir.

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 lograr de esta, una efectiva entrada en vigor.

Entonces, estos reglamentos deben ser entendidos como los actos normativos provenientes del Ejecutivo, que contienen una serie de prescripciones con el objetivo de dar cumplimiento a una ley. Luego, tendrán como objetivo orientar fehacientemente a los funcionarios de la administración pública para

98. Toscano Gil, «Actualidad y vigencia de la clasificación», 11.

99. Rodríguez, *Derecho administrativo general*, 470.

100. Salgado Pesantes, *Introducción al derecho*, 118.

101. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, cap. VII (Medellín: Fundación Derecho Administrativo / Biblioteca Jurídica Dike, 1988), 64.

que sepan a qué atenerse y cómo proceder en la aplicación de una norma legal. Empero, el abanico de que justifica las razones y entendimiento de estos reglamentos es mayor, en consecuencia no tendrán un destinatario específico, sino que será la sociedad entera por la naturaleza de sus efectos *erga omnes* y la dinámica misma que busca acompañar para la correcta aplicación de una ley.

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 en la norma legal.¹⁰²

Siguiendo la misma dinámica de lo explicado respecto al reglamento autónomo, es pertinente señalar las características propias al reglamento de ejecución en relación con 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.¹⁰³ Aquí se dirá que el autor comete un error; 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 en tanto el acto de creación reglamentaria carece de participación ciudadana; cabe decir con claridad, no se critica esta vacía participación ciudadana buscando que exista la misma en la creación del reglamento, sino con el fin de mostrar el claramente inferior grado de manifestación social que el reglamento supone frente a una ley y así, la alteración al principio democrático que puede advertirse con el hecho de producir un reglamento contrario a la ley que rebase límites, características y adecuación del mismo.¹⁰⁴

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

El segundo criterio, es respecto de la habilitación o remisión legal para la vigencia de un reglamento de ejecución; a diferencia del anterior reglamento analizado, este, de ejecución, amerita la presencia de una ley previa que entregue potestad regulativa a decir de Toscano;¹⁰⁵ luego, manifiesta el autor que sin la habilitación precedente no se puede desarrollar un reglamento. Sin embargo, es una posición que busca encontrar en la exageración diferencias con el anterior reglamento tratado, por cuanto, el reglamento de ejecución no necesitará de una expresa autorización legal, pues, si su origen y vigencia se reconoce en

102. Tulio Enrique Tascón, *Derecho constitucional colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional* (Bogotá: La Gran Colombia, 1993), 235.

103. Toscano Gil, «Actualidad y vigencia de la clasificación», 6.

104. García de Enterría, *Curso de derecho administrativo I*, 191.

105. *Ibíd.*, 11.

la Constitución de un país no es necesario la determinación de la ley cada vez que se deba reglamentar, luego, el presidente de la república puede generarlos 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*

Un mayoritario tratamiento doctrinario de la facultad reglamentaria del presidente de la república, ha limitado su análisis a la clasificación de dos tipos de reglamentos, estos ya estudiados en los numerales precedentes.

Siguiendo el criterio de Jaramillo Ordóñez, se dirá que existe un tercer tipo de reglamento, los orgánico funcionales, que han sido olvidados, simplemente no reconocidos, o incluso ceñidos vagamente por algunos tratadistas, en la clasificación de los reglamentos autónomos, presentando a los reglamentos orgánico funcionales como los que se tienen entendidos y justificada su no individualización.¹⁰⁶

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 grupo de reglamentaciones realizadas en dirección a terceros a fin de imponer conductas.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸

Cabe entonces aclarar el tema. Los reglamentos orgánico funcionales, son aquellos que tienen como fin regular única y estrictamente a la administración central para que esta pueda cumplir con sus objetivos y nivel de eficiencia en la gobernanza del Estado. García de Enterría, en el tema abordado, señala la existencia de un reglamento enominado *ad extra*, el cual existe en el «uso de una potestad organizadora».¹⁰⁹ Porras Ramírez manifiesta que, son reglamentos orientados a la autorregulación de la organización y funcionamiento inter-

106. Jaramillo Ordóñez, *Manual de derecho*.

107. Moncada Zapata, *El reglamento como fuente de derecho*.

108. Se ha dicho ya en este trabajo, que los reglamentos autónomos son también conocidos como independientes.

109. García de Enterría, *Curso de derecho administrativo I*, 191.

no del órgano que los emana;¹¹⁰ entonces se hace imperativa la necesidad de generar una clasificación propia en cuanto tienen existencia jurídica.

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 en la realidad jurídica y social, de una u otra forma todo acto tiende a esparcir en una suerte de órbita, sus connotaciones a otros sujetos o espacios de la sociedad; empero, volviendo a 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 materia jurídico administrativo.

La potestad pública del Ejecutivo para ordenar y dirigir la administración central viene entregada y, como mencionaría Zavala Egas, dosificada por el poder estatal,¹¹¹ luego, que esta 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 propia, así, 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 mismo Poder Ejecutivo.¹¹²

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 que en mayor medida destaca para su entendimiento.

110. José María Porras Ramírez, «Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial», *Revista de Estudios Políticos*, No. 87 (enero-marzo 1995): 249.

111. Jorge Zavala Egas, *Lecciones de derecho administrativo* (Quito: Edilex, 2011), 252.

112. Arturo Aylwin Azócar, La potestad reglamentaria del presidente de la república, *Revista Chilena de Derecho* 11, No. 2-3 (1984): 453.

1. 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, el Poder Legislativo 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, según lo manifestado con anterioridad en este trabajo, revalorizar a la jurisprudencia en el Estado constitucional, se señalará lo que la CCC ha detallado esta materia sosteniendo, que la potestad reglamentaria puede ejercerse en cualquier tiempo, y no fenece o agota, por su primer uso.¹¹³

Cuando una ley determina 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 al respecto señala que el legislador sí puede determinar un tiempo para realizar el reglamento, imponiendo el deber jurídico al presidente de realizarlo, pese a ello, no se ha llegado a delimitar las consecuencias del incumplimiento al mandato legal.¹¹⁴

Empero, se puede sostener que cuando una ley contiene una disposición imperativa, como la de realizar un reglamento, la violación a este enunciado normativo 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 necesaria analogía para la comprensión de lo que se viene desarrollando; 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 de los Estados han sostenido que el órgano competente para el control de constitucionalidad entregue un plazo a la legislatura para su desarrollo, caso contrario este cumplirá con la redacción de la norma exigida por la Constitución y que no ha sido desarrollada por el Legislativo.¹¹⁵ 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

113. Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-138* (Bogotá, 9 de abril de 1996).

114. *Ibíd.*, *Sentencia C-064* (Bogotá, 6 de febrero de 2002).

115. CRE, art. 436.10. Da origen a la acción de incumplimiento respecto de la omisión legislativa.

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 quiere realizarlo en el tiempo mandado, pues podría sancionar la ley y vetarla?

Al debate planteado se lo abordará con mayor detalle en el siguiente acápite. 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

Se sostiene que la potestad reglamentaria tendría doble fuente creadora, por un lado la ley y por otro, la Constitución.

Rotundamente se sostendrá que únicamente la Constitución es la fuente productora de la potestad reglamentaria y que por tal, el reglamento no requiere de autorización legal para su surgimiento. En este sentido, Ignacio de Otto sustenta que la remisión que hace una ley no puede ser entendida como una autorización para que el reglamento opere, tesis de la que en esta investigación se hará eco.¹¹⁶

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 no cuenta con facultad reglamentaria, luego este simplemente no la tiene, no podría en consecuencia, delegar lo que no posee.

Por lo señalado, cuando la ley determina que debe existir reglamento no es un autorización es estricto sentido, sino una invitación o impulso que hace la ley para que el competente constitucionalmente, es decir el Ejecutivo, reglamente específicas circunstancias que la ley determine.

Mientras existan disposiciones constitucionales que avalen y permitan su vigencia, la ley no autoriza sino que solicita, motiva, o –como señalaría una sentencia de la CCC–, se trataría de una normativa que impulsa a la participación del Ejecutivo en la creación del reglamento.¹¹⁷ Igualmente, es errado sostener que una ley pueda entregar temporalidad al reglamento o instituir un período para que este sea desarrollado.

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

116. Ignacio de Otto, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1993), 238.

117. Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-508* (Bogotá, 3 de julio de 2002).

En consecuencia, hay que puntualizar, el reglamento ejecutivo puede ser realizado con o sin solicitud de una 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 situaciones, una remisión normativa que se debe entender como un reenvío que hace una ley para la existencia de regulación de carácter ulterior, como un invitación hecha para 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 en un criterio integrador del cuerpo normativo legal superior que reenvía, no forma parte indisoluble de este, 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 jerárquica.

3. Límites a la remisión normativa

Como se ha detallado, la remisión normativa es una realidad en distintos Estados; pues, se puede encontrar permanentemente la cláusula legal que reenvía el tratamiento de un asunto al reglamento desarrollado por el 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 remisoría?

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, la misma que es concerniente a que el reglamento debe cumplir con su deber de complementar a la ley, añadiendo un criterio más con la remisión normativa, que el auxilio reglamentario a la ley sea exclusivamente cuando existan aspectos estrictamente específicos y de tipo objetivo que el reglamento deba particularizar, pero, 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.

Sobre la base de los estudios, análisis y criterios recogidos por los autores Ignacio del Otto, Alejandro Nieto y Eduardo García de Enterría, a manera de concreción en este tópico, se sostendrán los requisitos que hacen válida una remisión normativa al reglamento, teniendo el legislador que observarlos y cumplir con ellos, así:

- a) Es inconstitucional que la ley no trate la materia reservada. Es decir, no se puede remitir al reglamento el tratamiento de lo prescrito por la 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, una tarea de complementariedad. Señalamiento que concuerda con el voto salvado de una sentencia de la CCC que manifiesta el principio de «carga mínima especial de intensidad normativa previa».¹¹⁸

Queda claro que el reglamento es el llamando a facilitar el cumplimiento de la voluntad legislativa; importará lograr una correcta aplicación de la ley, lo contrario, es dejar un amplio espacio de discrecionalidad que podría provocar una afección directa al producto legislativo nacional, luego se estaría frente a un Ejecutivo extralimitado en sus atribuciones.¹¹⁹

4. Particularidades específicas de los reglamentos

El reglamento como un acto normativo realizado por el presidente de la república goza de características propias según que las señala Cea Egaña; el autor anota 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.¹²⁰

a) *Sometidos celosamente a la Constitución*. Como todo acto público 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 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 por el tenor legal.

118. *Ibíd.*, voto salvado de magistrados: Cepeda y Tafur.

119. Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano* (Bogotá: ABC, 1952), 130.

120. Cea Egaña, «Dominio legal», 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; en su defecto, el reglamento constituye un acto unilateral desarrollado por el presidente de la república en conformidad con una única visión y sin manifestación plural.

d) *Discrecional*. Además del autor que se analiza para la presente clasificación, García de Enterría manifiesta, que la potestad reglamentaria es una potestad discrecional,¹²¹ 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. Impidiendo así que estos 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.

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, no contradecir a la Constitución, no violentar la ley y, sobre todo, no 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 nula.

El reglamento es un acto normativo que produce efectos generales,¹²² pero que se encuentra en manos de una única persona para su desarrollo: el presidente de la república; este representa el sentir manifiesto y común de un importante número de ciudadanos que por encima del 50% de los electores en unos casos, en otros de la población, lo eligieron como representante y gobernante, pero precisamente aquí es en donde gravita el mayor dilema.

Pues, al presidente representar una fórmula mayoritaria y ser electo por un grupo significativo que mantiene una comunión ideológica, de ideas, preceptos y visión de país, 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 esta, no comulgan sus ideas, criterios, visión de país o ideología; llegando incluso,

121. García de Enterría, *Curso de derecho administrativo I*, 179.

122. Zavala Egas, *Lecciones de derecho*, 328.

este segmento de la población que carece de poder político, a merecer un mayor grado de respeto y reconocimiento para salvaguardar sus derechos, garantías y ejercicio participativo como minorías no representadas.

Entonces, quizá, el máximo espacio de real participación social de mayorías y minorías efectivamente se encuentre en el Poder Legislativo como la mayor sede política y democrática del Estado, órgano que atiende al principio democrático conforme se ha dejado sentado, el mismo que se manifiesta en la producción de la ley, por lo que, la creación del reglamento ejecutivo podría interferir y menoscabar 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.

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 de un país, 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 plurales demandas y exigencias sociales de los grupos minoritarios; situación que en el Poder Legislativo parece no ser tan difícil de verificar ya que 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, que este acto normativo, reglamento, no puede alterar el sentido legal y consecuentemente la expresión de las voluntades de minorías y mayorías existentes en el Poder Legislativo; 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 a la Constitución del Estado.

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, expresión de los distintos sectores de la sociedad para la producción de la ley, el debate, consenso y desacuerdo propio en democracia.

Habiendo dejado tajantemente establecido lo antes dicho, manteniendo una posición contraria a criterios de quienes intentan configurar una omnipresencia del reglamento ejecutivo, señalando que estos vienen a llenar silencios legislativos;¹²³ se fijarán claramente los límites o condiciones de la potestad re-

123. Moncada Zapata, *El reglamento como fuente de derecho*, 65-7.

glamentaria, 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 autores Carré de Malberg, Tascón y Gordillo, así como varias sentencias realizadas por la CCC, órgano que mayormente ha desarrollado en la región, la temática reglamentaria del presidente.¹²⁴

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, en tal razón fuente del derecho que se integra al ordenamiento jurídico¹²⁵ con efectos impersonales; este 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, es pertinente 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.

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 expresión de la pluralidad que debe ser reconocida y tutelada por el aparato estatal. En tal virtud, los regla-

124. Véase: Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado* (Madrid: UNAM-FCE, 1998), 515; Tascón, 235; también puede revisarse, Gordillo, cap. VII, 64; y las siguientes sentencias: Colombia, Corte Constitucional de Colombia, *Sentencias: c-992* (Bogotá, 19 de septiembre de 2001), *c-329* (Bogotá, 22 de marzo de 2000), *c-428* (Bogotá, 4 septiembre de 1997), *c-512* (Bogotá, 9 octubre de 1997), *c-508*, voto salvado (Bogotá, 3 de julio de 2002), *c-675* (Bogotá, 30 de junio de 2005).

125. Zavala Egas, *Lecciones de derecho*, 373.

mentos 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, el Poder Legislativo ha creado la ley atendiendo a la sintonía de mayorías y minorías, mal puede en tal realidad 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 este no desatienda los derechos de los ciudadanos; de tal forma que la Constitución es claramente un escudo protector de la sociedad y una camisa de fuerza del Estado.

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 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.

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 potestades ampliadas que transitan en distintas orbitas de lo económico, político y aparato estatal permitiendo una influencia directa del Ejecutivo en toda la sociedad.¹²⁶

Consecuentemente se configura un Ejecutivo con notorias potestades en la administración del Estado, el mismo 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 CRE, encierra la base fundamental del presente tratamiento, por tanto, deberá guiar y estar presente en el progreso de este capítulo. Mencionada disposición constitucional, 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*» (énfasis del autor).

Como se ve, la Carta Fundamental ecuatoriana 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.

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.¹²⁷

La Carta Fundamental ecuatoriana ha permitido además, la comunión de dos tipos de democracia, como se dijo en el primer capítulo quizá en acer-

126. CRE, 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 este órgano: art. 293, 303, 305, 313, 315.

127. Trujillo, «El Estado en la Constitución», 105.

camiento 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 y variaciones políticas 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 en este trabajo.¹²⁸

Por ahora basta con afirmar que las actuaciones del poder están implícitamente o explícitamente limitadas en la Constitución por el reconocimiento de los principios inherentes al Estado constitucional, democrático, participativo que visibiliza al poder soberano que se encuentra vigente 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;¹²⁹ resulta evidente que todo ello se volvería un deber imposible sin las condiciones mínimas que provengan del poder constituido, pues su reconocimiento fáctico además que jurídico, será de trascendental importancia para alcanzar una democracia de perfil integral.¹³⁰

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 menospreciar la conformación de otras formas permanentes de intervención de la sociedad que deben ser respetadas por los órganos y autoridades que ejercen el poder político de turno.

Ecuador es un Estado cuya Constitución consagra la división de poderes establecidos en los siguientes: Legislativo, Ejecutivo, 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, siguen siendo las de relevancia para la alteración a los derechos de las personas.

128. Gerardo Pisarello, *Un largo termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 17.

129. Silvana Sánchez Pinto, «Participación social en la creación del derecho», en Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Estado, derecho y justicia estudios en honor a Julio César Trujillo* (Quito: UASB-E / CEN, 2013), 140.

130. Jacobo Pérez Escobar, *Derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Temis, 1997), 99.

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.¹³¹

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 esta una herramienta sustancial para la administración del gobernante y la creación normativa dentro del país.

LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Se hace necesario en este apartado, ligar la atención del lector al art. 1 de la CRE en sus partes pertinentes que se han dejado señaladas, así como el reconocimiento que firmemente 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 Ecuador: referéndum y plebiscito;¹³² en igual sentido 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;¹³³ 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 constitucional; aunque finalmente, sea en la Corte Constitucional, conforme la normativa constitucional, en donde recaiga la expectativa por el pronunciamiento que esta deba realizar sobre la devolución del poder en apego a las calificaciones previas que ella realiza;¹³⁴ luego, como sostiene Storini, se trataría de una Corte convertida en un constituyente permanente que fi-

131. CRE, art. 147, 11, 12, 13 y 15, entregan amplias posibilidades al Ejecutivo para actividad legislativa.

132. CRE, reconoce mecanismos de participación, art. 104, 106 y 441.

133. Viciano y Martínez Dalmau, «Aspectos generales», 177.

134. CRE, en lo relativo a mecanismos de participación entrega permanentemente un valor importante a la decisión de la CC respecto de la operancia de uno u otro, art. 104 y 438.

nalmente resuelve los momentos en los cuales operan o no los mecanismos de participación social y devolución del poder a la población.¹³⁵

La atribución constitucional que habilita al reglamento ejecutivo

La CRE, atribuye diferentes competencias al presidente de la república, y estas no se encuentran todas reunidas en la lista prevista por el art. 147. En efecto, muchas de las facultades que puede ejercer el Ejecutivo están repartidas en varias disposiciones constitucionales.

El art. 147 de la CRE entrega una lista de atribuciones propias al presidente, pero deja una amplia facultad a las demás que la ley determine;¹³⁶ 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 CRE dice que el presidente de la república podrá: «Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración».

De la prescripción constitucional traída, se obtienen los elementos necesarios para el estudio; estos serán tratados a continuación.

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 del Poder Ejecutivo. 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, todo el Poder Ejecutivo como género amplio.

Conforme al *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*,¹³⁷ este poder está integrado 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

135. 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), 27-8.

136. CRE, art. 147, parte pertinente: «Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley».

137. Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva* (en adelante ERJAFE), RO, No. 536 (Quito, 18 de marzo de 2002).

o representantes de la Administración Pública Central. Entonces, todos estos órganos que integran este poder, no son los que podrán realizar reglamentos, pues no es una atribución propia del Poder Ejecutivo, 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.

Sin embargo, 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 del Poder Ejecutivo son varios y distintos, no es menos cierto que sus actos están 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 art. 147.5 sostiene: «Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control» (énfasis del autor).

Es así, que pese a que los funcionarios integrantes del Poder Ejecutivo realizan sus actuaciones alineadas con las directrices 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 el Poder Ejecutivo como un todo. 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.¹³⁸

2. Tipos de reglamentos reconocidos y participación social

El art. 147.13 de la CRE establece que el Ejecutivo podrá crear los reglamentos: «necesarios para la aplicación de las leyes»,¹³⁹ sin transgredir a estas, 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 CRE da luz a la existencia de reglamentos de ejecución así como, de tipo orgánico funcional.

138. Moncada Zapata, *El reglamento como fuente de derecho*, 70.

139. CRE, art. 147.13.

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 con antelación.

a) *Los reglamentos de ejecución.* Al establecer los parámetros de vigencia de un reglamento de ejecución habrá que referirse, en primer lugar, a que es necesario 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 transitó 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. Estos dos momentos desafortunadamente, han sido confundidos por juristas e incluso por el legislador al redactar el vigente *Código Civil* ecuatoriano.¹⁴⁰ Pues, son dos tiempos jurídicos diferentes que tienen importancia por su 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 este la potestad de sancionar finalmente la ley y, se concentrará en él la decisión conclusiva.¹⁴¹ 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 propia la norma, salvo la existencia de cláusulas que posterguen su entrada en vigor.

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

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 solo así reglamentar a esta, pues, como medida aún mayor a ello, se desprende la manifestación expresa de la CRE en que el reglamento no podrá *contravenir ni alterar a la ley*; entonces, parecería que la CRE ha hecho

140. Ecuador, Congreso Nacional, *Código Civil, RO*, No. 46 (Quito, 24 de junio de 2005) art. 5.

141. 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, este, 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 CRE, este órgano, ordenará la correspondiente promulgación.

eco de lo destacado por algunos autores, en el sentido que el reglamento no debería siquiera alterar el espíritu de la ley.¹⁴²

Es decir, al establecer la Constitución que el presidente puede aprobar los reglamentos, en primer lugar, «necesarios para la aplicación de las leyes»,¹⁴³ avala el nacimiento de un tipo de reglamento 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 señalado acerca de que el reglamento es una facultad concreta del Ejecutivo y que como tal no puede ser autorizada o habilitada por la ley, sino que nace de la Constitución y así, el presidente tiene potestad para realizarlos o no, bajo parámetros de discrecionalidad para su creación.

También, el reglamento será el resultado de un acto normativo de manifestación exclusiva que crea derecho, y que como tal, no constituye expresión 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 gobernante de turno.

Además, cuando en segundo momento, la norma citada determina que no podrán «contravenirlas ni alterarlas»,¹⁴⁴ el nivel de intensidad es mayor 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 CRE. Por ello, en razón al espíritu constitucional que edifica una inclinación hacia el principio democrático, mal se podía entregar mayores atribuciones al Ejecutivo en la creación de los reglamentos; verbigracia, se han establecido reglamentos, estrictamente, de ejecución legal y no autónomos; todo ello a fin de respetar la legitimidad de la ley y no trascender a otro espacio de regulación en el que exista nula participación de los diversos grupos sociales e ideológicos del Estado; luego, con al crearse la norma legal en el Poder Legislativo se garantiza una participación social carente en el proceso de creación regla-

142. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, cap. VII, 64.

143. CRE, art. 147.13.

144. *Ibíd.*

mentaria. 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,¹⁴⁵ respecto de la formación de los actos normativos, 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»¹⁴⁶ (énfasis del autor); quedando entonces demostrada la ausencia de participación en la producción de los reglamentos provenientes del presidente de la república; igualmente la discrecionalidad para la convocatoria a la colectividad o grupos interesados a fin de contar con una participación social en la producción reglamentaria, convirtiéndose así, en un asunto no obligatorio, no necesario, no condicionante del accionar del presidente.

b) *Los reglamentos orgánico funcionales*. La segunda parte, o inmediato reconocimiento que el art. 147.13 de la CRE hace, es referente a los reglamentos orgánico funcionales, sosteniendo que «así como los que convengan a la buena marcha de la administración».

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

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 estos en la redacción del art. 147.13 es contrario a una interpretación constitucional integrativa de la norma fundamental,¹⁴⁷ conduciría consecuentemente a invisibilizar la teoría democrática garante de la participación democrática de la sociedad en los procesos decisorios del poder constituido, teoría que claramente toma fuerza con la CRE.

La potestad reglamentaria del Ejecutivo queda expresamente detallada en la primera parte de la regulación constitucional del art. 147.13 cuando dice,

145. El ERJAFE, 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 CRE vigente no existe la categoría de estatuto conforme el art. 425 por lo que ameritaría un ajuste necesario de este cuerpo normativo que regula al Poder Ejecutivo 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.

146. ERJAFE.

147. Pérez Escobar, *Derecho constitucional*, 83.

que esta 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 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 tocante a los reglamentos orgánico funcionales, disposición que sumada a la interpretación integral de la CRE imposibilita admitir la existencia de reglamentos autónomos; pues cuando la norma en cuestión¹⁴⁸ 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 del Poder Ejecutivo.

Se trataría entonces de cuerpos normativos dirigidos a la administración misma, para la consecución de los fines determinados por el administrador; en efecto, la buena marcha de la administración supone el establecimiento de un margen trascendental respecto a lo que es la gestión central para adentro, con connotaciones jurídicas direccionadas inequívocamente hacia el Poder Ejecutivo en el que puede ejercer autoridad directa el presidente de la república.

Entonces, la CRE 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.¹⁴⁹ Es así una facultad del Ejecutivo que nace de una competencia regulativa intrínseca al ámbito administrativo para: vitalizar, segmentar, normar y determinar lineamientos suficientes en el correcto desempeño y funcionamiento del poder que dirige el presidente, todo ello en correspondencia con los art. 141, 147.2, 147.3 y 147.6 de la CRE que avallan a un jefe de Gobierno llamado a dirigir y vigilar a la administración central.¹⁵⁰

El art. 80 del ERJAFE¹⁵¹ 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*¹⁵² (énfasis del autor).

148. CRE, art. 147.13.

149. Porras Ramírez, «Fundamento, naturaleza, extensión», 249.

150. Los artículos constitucionales referidos han sido ya analizados con antelación respecto de las atribuciones del presidente ecuatoriano.

151. ERJAFE.

152. ERJAFE, art. 80.

Lo que hace el ERJAFE,¹⁵³ es establecer la vigencia de reglamentos ejecutivos y orgánico funcionales de estricta competencia del presidente, estos últimos incluso podrán ser determinados para un sector específico o grupo detallado de individuos, que en lo tratado, serían los funcionarios del Poder Ejecutivo.

Además, hay actos normativos que serán desarrollados por órganos competentes de la administración, los que serán acuerdos o resoluciones provenientes de distintos órganos administrativos conforme al art. 425 de la CRE,¹⁵⁴ de forma consecuente, en estos últimos, podría encasillarse a las distintas manifestaciones unilaterales con efectos generales desarrollados por las secretarías de Gobierno y otros órganos que integran el Poder Ejecutivo ampliado.¹⁵⁵

Así, con este reconocimiento se registran las variadas formas jurídicas que el Poder Ejecutivo realiza para el ejercicio de sus potestades propias, las mismas que pueden ser ejecutadas por actos normativos del presidente y de los órganos competentes del propio poder que administra, conforme menciona Zavala Egas.¹⁵⁶

El problema de los actos normativos que no desarrolla el presidente de la república en el Poder Ejecutivo

En este acápite se trata sobre los diferentes actos normativos realizados por los órganos adscritos al Poder Ejecutivo. Estos órganos gozan de competencia para desarrollar regulaciones de tipo general o concreto, pronunciamientos respecto a materias determinadas o respuestas a solicitudes; es decir, concernientes a instrumentos jurídicos destinados a gozar de eficacia.¹⁵⁷

Ahora bien, cuando se ha planteado la existencia de un problema, ha sido para observar las dificultades que pueden plantearse cuando los ministerios e instituciones del Estado ejecutan actos normativos que permanentemente intentan rebasar su naturaleza y reglamentar a una ley, hecho que implica una vulneración al marco constitucional del Ecuador, donde como se ha dicho,

153. *Ibíd.*

154. CRE, 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».

155. ERJAFE, art. 2.

156. Zavala Egas, *Lecciones de derecho*, 328.

157. *Ibíd.*

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 libre autonomía de la voluntad del funcionario.

Existe una serie de intentos reglamentarios, por llamarlos así, efectuados por los ministros 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 art. 425 de la CRE.¹⁵⁸ Además, conforme menciona García de Enterría, la potestad reglamentaria la tienen órganos concretos y determinados específicamente;¹⁵⁹ en el caso ecuatoriano la Constitución así lo hace, al señalar que el presidente de la república es quien cuenta con esta atribución. Entonces, correctamente estos actos normativos desarrollados por los ministerios podrán ser: acuerdos o resoluciones, que tienen una graduación normativa propia e inferior, pero que no constituyen producto del ejercicio de una potestad reglamentaria.

Los ministros de Estado y demás funcionarios 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, regula, manda, e incluso *reglamenta* una situación determinada, si se quiere utilizar términos genéricos; pero en el estudio jurídico responsable de una producción normativa, y en garantía de un Estado constitucional y democrático como el del 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, 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 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 legiti-

158. CRE, art. 425.

159. García de Enterría, *Curso de derecho administrativo I*, 165.

me, 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 estatal.¹⁶⁰

No es abundar decir que, los actos realizados por las autoridades administrativas del Poder Ejecutivo 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 referente 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.¹⁶¹

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

Aunque este ejemplo pudiese sonar como algo de difícil producción, es real. La mala praxis proveniente de órganos no convocados ni facultados para reglamentar es constante. Al presente estudio se introducirá, en su parte pertinente, el Acuerdo Ministerial MRL 2011-00051, expedido por el Ministro de Relaciones Laborales (en adelante MRL), 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

160. Salgado Pesantes, *Introducción al derecho*, 60.

161. Rodríguez, *Derecho administrativo general*, 476.

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 ley¹⁶² (mayúsculas en texto original; énfasis 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*,¹⁶³ en el art. 123, pide al MRL 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*» (énfasis 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 del Poder Ejecutivo 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 legislativa que luego comprometerá los efectos de cada acto.

Lo que se viene sosteniendo lo confirma un fallo de la Corte Nacional de Justicia,¹⁶⁴ mismo que menciona que la facultad reglamentaria no puede ser ejercida por los ministros de Estado en razón de que estos carecen de capacidad jurídica propia; determina además, que no se puede delegar la facultad reglamentaria bajo el principio *delegata potestas non delegatur*, y la esencia de la división de poderes.

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 reco-

162. Ecuador, Ministerio de Relaciones Laborales, Acuerdo Ministerial No. MRL 2011-00051, *RO*, No. 392 (Quito, 24 de febrero de 2011).

163. Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Servicio Público* (en adelante *LOSP*), art. 123, *RO*, No. 294 (Quito, 6 de octubre de 2010).

164. Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo (en adelante *CNJ-SCA*), *Resolución 164-2010* (Quito, 25 de mayo de 2010).

nocimiento 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 toda legitimidad democrática.¹⁶⁵

Ahora bien, pese a lo manifestado, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador se aparta en un posterior momento 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».¹⁶⁶ Consecuentemente, se habilita de alguna manera, aunque en la resolución citada¹⁶⁷ no es absolutamente clara, la posibilidad de que los ministros puedan reglamentar en 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 poderes, respeto al ordenamiento jurídico, a la jerarquía normativa y al principio democrático.

La construcción metafórica de 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 que ostentan los reglamentos frente a la ley y la propia Constitución; inclusive, en la última parte se ha fijado con claridad 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 actualmente un ordenamiento jurídico que 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 Constituyente¹⁶⁸ se cesó en funciones a los miembros de la Comi-

165. 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.

166. CNJ-SCA, *Resolución 301-2014, juicio 604-2012* (Quito, 22 de abril de 2014).

167. *Ibíd.*

168. Ecuador, Asamblea Constituyente, *Mandato Constituyente No. 1*, art. 7 (Montecristi, 29 de noviembre de 2007).

sión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional que venían realizado un trabajo importante en la sistematización del ordenamiento jurídico del Estado.

Se torna necesario hablar entonces, de la construcción doctrinaria y trasladada a los sistemas jurídicos de la pirámide de Kelsen. En Ecuador las normas tienen diferentes niveles o gradas normativas como determina Hernán Salgado;¹⁶⁹ seguidamente estas gradas normativas, las normas, se encuentran graduadas o jerarquizadas en distintos peldaños, así, esta realidad supone que una norma ostenta 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 en otro peldaño superior.

Lo mencionado está relacionado con la validez material; 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 superior.

Con la metáfora de la pirámide de Kelsen se puede además sostener que, esta 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 este.¹⁷⁰

La metáfora de la pirámide jurídica que ha sido desarrollada por varios sistemas jurídicos también guarda vigencia 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:¹⁷¹

1. Constitución de la República;
2. Tratados y convenios internacionales;
3. Leyes orgánicas;
4. Leyes ordinarias;
5. Normas regionales y ordenanzas distritales;

169. Salgado Pesantes, *Introducción al derecho*, 58.

170. Teoría que busca la inexistencia de lagunas y antinomias en el derecho.

171. CRE.

6. Decretos y reglamentos;
7. Ordenanzas;
8. Acuerdos y resoluciones

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 al Ejecutivo por la CRE.

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 reservado para la ley, que acorde a lo que se demuestra en el orden jerárquico de las normas establecido por la CRE, 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: 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, por el advenimiento de un sistema neoconstitucionalista, se debería calificar de fuentes de tipo no formal a las provenientes del poder estatal.¹⁷²

La base de esta argumentación se asienta y fortalece en especificar que, en el Estado ecuatoriano existen actos normativos y jurídicos que no están detallados en el art. 425 de la CRE, estos son: mandatos constituyentes; el bloque de constitucionalidad; precedentes jurisprudenciales de la CCE y los de la Cor-

172. Albán Zambonino, «El desbordamiento de las fuentes», 18.

te Nacional de Justicia; la facultad de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de dictar su derecho propio;¹⁷³ decisiones de la justicia indígena¹⁷⁴ y, finalmente, las sentencias modulativas realizadas por la CCE.

Entonces bajo estas directrices analíticas se puede sostener que el sistema de fuentes de derecho en 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.¹⁷⁵

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 pirámide conforma entendimiento y actuación correcta de los distintos operadores jurídicos y administrativos del Estado, incluso, nutre a la seguridad jurídica conceptualizada en la CRE como: la aplicación correcta de normas jurídicas,¹⁷⁶ 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 CCE 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.¹⁷⁷

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 disminuida 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

173. CRE, art. 57.10.

174. *Ibíd.*, art. 171.

175. Albán Zambonino, «El desbordamiento de las fuentes», 23.

176. CRE, art. 82.

177. Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador, *Resolución 001-08-SI-CC* (Quito, 2 de diciembre de 2008).

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 únicamente garantiza la operatividad y coherencia normativa, sino el respeto y tutela al principio democrático de la 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 se centrará 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 cuando se produzca un conflicto entre normas, será la CCE la que tenga la última palabra para determinar la correcta aplicación de ellas.

EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Durante el desarrollo de esta investigación se ha venido sosteniendo, claramente, que el reglamento no puede alterar a la ley, así como tampoco atentar contra el dominio o reserva legal; encontrándose precisamente en estas afirmaciones las razones que justifican la examinación de la presente temática a tratar.

Hacia la definición de la reserva de ley

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 deba ser su origen regulatorio.

En el desarrollo jurídico, el mayor cuestionamiento que siempre ha existido es contestar a la siguiente interrogante: ¿quién o quiénes son los funcionarios u órganos competentes para limitar, ampliar o simplemente tratar materias de derechos, deberes y garantías de las personas? La respuesta trajo consigo la búsqueda por terminar con monopolios de poder que hayan desatendido la republicana división de poderes.

Así, se optó por la creación de instituciones y principios de tipo político jurídico que hasta la actualidad tienen vigencia y discusión. Por ello, el órgano

que integre el mayor espacio de participación y representación de los estamentos sociales será el más competente para tratar materias sensibles como derechos y obligaciones. Luego, el Poder Legislativo es el que impone legitimidad y constituye la sede político democrática permanente, activa y real, que puede abordar estas materias.¹⁷⁸

En el Poder Legislativo existe un proceso de formación de la ley que por su naturaleza convoca en su interior al análisis, cuestionamiento, debate y participación que permite que emane certeza y legitimidad demandada por los ciudadanos que ostentan una posición de desventaja frente al extenso poder constituido.

Cuando inicialmente en este trabajo se tradujeron las necesidades de imponer al poder político 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, la reserva de ley se ha de circunscribir al contexto constitucional y visión de un Estado, en donde primen las limitaciones hacia los poderes de turno como un escudo de la sociedad, o mejor dicho, como un 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,¹⁷⁹ reconocimiento que de manera posterior también lo haga la *Convención Americana de Derechos Humanos*.¹⁸⁰

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.¹⁸¹

La reserva legal es una garantía normativa hacia el respeto de los derechos fundamentales del ser humano; ha sido establecida por el constituyente con el fin de proteger a las personas en abstracto, de cualquier tipo de intervención indebida de los gobernantes; pues entonces, con la vigencia de la reserva legal el poder político tendrá que adecuar sus acciones al marco constitucional, y en este particular a lo determinado respecto de la configuración de derechos, libertades y restricciones que exclusivamente pueden ser abordadas por el legislador de un Estado. Consecuentemente, la ley regulará materias que han sido reservadas al contexto de su producción en la sede del Poder Legislativo.¹⁸²

178. Fernnandois Vöhringer, «La reserva legal», 294.

179. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (20 de junio de 1789).

180. Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, «Pacto San José», San José (22 de noviembre de 1969).

181. Luis Villacorta Mancebo, *Reserva de ley y Constitución* (Madrid: Dykinson, 1994).

182. Manuel Rebollo Puig, «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno», *Revista de Administración Pública*, No. 125 (mayo agosto 1991): 146.

Justificación a la existencia de reserva legal

La razón que justifica la existencia de una reserva legal es la vigencia de una acentuada división de poderes entre 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, estas 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.¹⁸³

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 estas serán respecto de intereses colectivos nacionales o sectoriales sin suponer apego a beneficios de carácter particular.

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 este debe abarcar y su máxima regulación permitida es preciso contar con la observancia de la reserva de ley de un sistema jurídico.¹⁸⁴

La reserva legal propone además justificaciones de tipo democrático y garantista. En primer lugar, se establece la particularidad de bordear principios básicos como la división de poderes y participación social; además, la razón de asegurar que la ley ha surgido para garantizar el bien común de las sociedades que pretenden avalar los derechos y libertades de los individuos; asimismo, 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. Ratiificando esta última parte, Rubio Llorente presenta su estudio en el sentido que la protección de la libertad únicamente puede ser realizada por los legisladores en el acatamiento de un riguroso procedimiento público y contradictorio.¹⁸⁵

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

Apoyando la tesis que se manifiesta, José Victorino Lastarria establece que el presidente de un Estado no puede ejercer otra autoridad que la que le

183. *Ibíd.*, 125.

184. Eduardo Melero Alonso, «El concepto de reglamento en nuestra Constitución desde una comprensión paradigmática del derecho», *Cuadernos Constitucional de la Daté dra Fadrique Furió Ceriol*, No. 38-39 (2002): 195.

185. Fernnandois Vöhringer, «La reserva legal», 294.

competente como administrador del país y ejecutor de las leyes, permitiendo la debida aplicación de estas.¹⁸⁶

Clases de reserva legal

El entendimiento de la reserva de ley debe basarse indiscutiblemente en un análisis que se realizará en torno a su intensidad y formas, que de ello determina para la comprensión en el ordenamiento jurídico. En este sentido, Alejandro Nieto propone una categorización sobre la reserva de legal, la que servirá como fundamento en la siguiente parte.¹⁸⁷

1. *Reserva de ley por el rango.* Se trata de las reservas de tipo orgánico y ordinario, ambas provenientes de las iniciativas legislativas ya abordadas en el capítulo I, estas leyes tienen procesos de participación, debate, discusión y formación propios. La ley orgánica tiene una votación especial que debe configurarse en el seno del Poder Legislativo, requiere mayoría absoluta para la aprobación de una ley; esta votación se adecua a la intención que tiene el constituyente en que para la aprobación de ciertas temáticas sensibles debe existir participación de mayorías y minorías en la aprobación, entonces la mayoría absoluta garantizaría ello con la necesidad de alcanzar a una votación especial que amerita la concurrencia de la mayor cantidad de parlamentarios, asegurando entonces, una participación plural y horizontal.

2. *Reserva de ley por su naturaleza.* Se refiere a la clasificación que existe entre reserva material y formal.

La reserva material es aquella que versa sobre factores de tipo social, económico, cultural, religioso y político que atañen a una sociedad concreta. Es también conocida con el nombre de fuente primaria, 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 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 realiza.

186. José Victorino Lastarria Santander, *Estudios políticos y constitucionales*, vol. I (Santiago: Imprenta y Encuadernación Barcelona, 1949): 298.

187. Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid: Tecnos, 2012), 218.

García Pino establece que, la diferenciación se ha de explicar básicamente entre aquellas reservas de materia de derechos constitucionales, y otras sobre normas organizativas.¹⁸⁸

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 que al respecto se tenga.

Así, las fórmulas lingüísticas usadas en la Constitución establecerán importantes consecuencias 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 las disposiciones que constitucionalmente se haga.

La reserva de ley de tipo absoluto es también llamada por el autor Enrique Petar Rajevic Mosler, como una reserva extensiva; en ella 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 recogidas en esta, dejando, por consiguiente, al reglamento creado por el Ejecutivo, únicamente un sitio de ejecución a la ley, el mismo que no supone incorporar regulaciones o restricciones nuevas frente a las que la ley ya ha desarrollado.¹⁸⁹

El autor Rajevic Mosler¹⁹⁰ critica 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*»¹⁹¹ (énfasis 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 este, estaría excluido de la potestad para regular particularidades que la Constitución estableció y 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 el campo abierto para que pueda ser por 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 reglamento sea el único instrumen-

188. *Ibíd.*

189. Enrique Petar Rajevic Mosler, «Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada», *Revista Chilena de Derecho* 23, No. 1 (1996): 33.

190. *Ibíd.*

191. *Ibíd.*

to jurídico productor de efectos jurídicos 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.¹⁹²

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.¹⁹³

La reserva legal como una garantía individual

Se ha mostrado al lector en el capítulo anterior, la multiplicidad de razones que fortalecen la comprensión del Poder Legislativo como un espacio de discusión ideológica, sectorial, de minorías y mayorías, de participación social que desarrolla legitimación y matices democráticos para 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, en la que sus miembros están integrados 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 más relevantes derechos humanos que se constituye en sustento para el ejercicio de otros; así, su vigencia y efectivo goce, entre otros factores, dependerá ineludiblemente del 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 en lo posterior, manifestaciones unilaterales provenientes de la autoridad de turno.

Por ello, la garantía individual que la reserva legal propone es asegurar a los individuos que, respetando la Carta Fundamental –reserva de ley configurada y consecuente respeto de la organización estatal–, únicamente la ley es la competente para limitar la libertad de las personas y no por vía de un acto administrativo o normativo de voluntad individual se lo pueda hacer, entendiéndose 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.

192. Fernandois Vohringer, «La reserva legal», 294.

193. Jorge Reyes Riveros, «El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de controlador de dicha normativa», *Revista Chilena de Derecho* 20, No. 1 (1993): 60-91.

Para clarificar lo mencionado Fernandois¹⁹⁴ cita en su obra a Bascañán 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 en su accionar, 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.

Reserva legal en la Constitución de Ecuador

Lo anterior nos entrega un panorama claro para ingresar en el tratamiento del caso ecuatoriano.

El primer parámetro para hablar de reserva legal en Ecuador se ubica en el art. 132 de la CRE que expresamente señala: «se requerirá de ley en los siguientes casos»,¹⁹⁵ manifiesta así 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.
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.

194. Fernandois Vöhringer, «La reserva legal», 294.

195. CRE, art. 132.

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 (énfasis del autor).

Además, el art. 133 de la CRE, 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 (énfasis del autor).

Con esta normativa presentada se deja establecida una reserva legal taxativa, que bajo el principio de restricción, específica 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 una carga discursiva de tarimas.

También se puede observar que la CRE 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, idiomas ancestrales;¹⁹⁶ regulación del matrimonio o unión de hecho;¹⁹⁷ reservas de información;¹⁹⁸ contenidos de los medios de comunicación;¹⁹⁹ participación social;²⁰⁰ derecho de asilo y refugio;²⁰¹ participación política;²⁰² defensa del consumidor;²⁰³ consulta previa;²⁰⁴ participación y territorio no militar en

196. *Ibíd.*, art. 2.

197. *Ibíd.*, art. 8.4.

198. *Ibíd.*, art. 18.2.

199. *Ibíd.*, art. 19.

200. *Ibíd.*, art. 23.

201. *Ibíd.*, art. 41.

202. *Ibíd.*, art. 48.4.

203. *Ibíd.*, art. 52.

204. *Ibíd.*, art. 57.7.

pueblos indígenas;²⁰⁵ circunscripciones territoriales de pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios;²⁰⁶ restricciones a la libertad;²⁰⁷ obligaciones de los ecuatorianos;²⁰⁸ garantías jurisdiccionales;²⁰⁹ organización de partidos políticos;²¹⁰ incapacidad para gobernar del presidente de la república;²¹¹ indultos, rebaja y conmutación de penas por parte del Ejecutivo;²¹² definición de niveles jerárquicos superiores de la administración central;²¹³ atribuciones de los Ministros de Estado;²¹⁴ Fuerzas Armadas;²¹⁵ mecanismos de cooperación entre justicia ordinaria e indígena;²¹⁶ órgano rector en materia de recursos humanos en el sector público;²¹⁷ buen vivir;²¹⁸ fondo nacional de tierras;²¹⁹ economía popular y solidaria;²²⁰ concesión de garantías de deuda;²²¹ manejo de recursos públicos;²²² política monetaria²²³ sistema financiero;²²⁴ control a empresas públicas;²²⁵ sectores estratégicos;²²⁶ propiedad intelectual;²²⁷ expropiación;²²⁸ materia laboral;²²⁹ competitividad;²³⁰ educación superior;²³¹ y, patrimonio.²³² Además, existe también en la misma Constitución exigencia de ley en las disposiciones transitorias de esta.²³³

Es entonces, como se deja demostrado, que en Ecuador se hace un reconocimiento importante a la reserva legal, limitando consecuentemente el cam-

205. *Ibíd.*, art. 57.16 y 57.20.

206. *Ibíd.*, art. 60.

207. *Ibíd.*, art. 66.17, 66.18, 66.19, 66.21, 66.22.

208. *Ibíd.*, art. 83.

209. *Ibíd.*, art. 91, 92.

210. *Ibíd.*, art. 109.

211. *Ibíd.*, art. 145.4.

212. *Ibíd.*, art. 147.18.

213. *Ibíd.*, art. 153.

214. *Ibíd.*, art. 154.

215. *Ibíd.*, art. 160-162.

216. *Ibíd.*, art. 171.

217. *Ibíd.*, art. 229.

218. *Ibíd.*, art. 277.

219. *Ibíd.*, art. 282.

220. *Ibíd.*, art. 283.

221. *Ibíd.*, art. 290.8.

222. *Ibíd.*, art. 299.

223. *Ibíd.*, art. 303.

224. *Ibíd.*, art. 308.

225. *Ibíd.*, art. 315.

226. *Ibíd.*, art. 316.

227. *Ibíd.*, art. 322.

228. *Ibíd.*, art. 323.

229. *Ibíd.*, art. 326.

230. *Ibíd.*, art. 336.

231. *Ibíd.*, art. 354.

232. *Ibíd.*, art. 379.

233. *Ibíd.*, véase disposiciones transitorias.

po 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, la cual tiene sustancia en la relación que se ha expresado ya, defensa al: principio democrático, Estado constitucional, teoría democrática incorporada en la 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, 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 afectar a la CRE.

DESARROLLO REGLAMENTARIO Y CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

Como se ha mencionado en diferentes momentos, 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 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 CCE ha mantenido respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente, 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 Ecuador. Hay que decir también que, los textos normativos a presentarse en este estudio son normas vigentes a la fecha, a fin de hacer de la investigación, un estudio actualizado y lejano a lo anacrónico, sin que suponga en tanto, un cuestionamiento o direccionamiento hacia un Gobierno específico, mas, no deja de ser paralelamente un interesante momento de examen hacia la praxis político jurídica del actual Gobierno 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*, bajo el discurso, de una revolución.

Se mostrarán apartados pertinentes de cuerpos legales y reglamentarios que serán contundentes para los fines deseados en este examen a realizar.

Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización

La *Ley de Naturalización* vigente en Ecuador.²³⁴ En la parte pertinente, el mencionado cuerpo normativo señala 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 (énfasis del autor).

El presidente de la república, en el año 2012, expide el *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización*, sorprendentemente agregando, que es un reglamento «para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes».²³⁵

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.

234. Ecuador, *Ley de Naturalización de Ecuador, Decreto Supremo No. 276, RO*, No. 66 (Quito, 14 de abril de 1976).

235. Ecuador, Presidencia de la República, *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes* (en adelante RE-LNOCN-SR), *RO*, No. 648 (Quito, 27 de febrero de 2012).

2. Residir en el país durante al menos 2 años y de forma ininterrumpida.
3. Probar una conducta intachable (énfasis del autor).

La *Ley de Naturalización* que es una norma antigua de 1976, fue promulgada en época de la dictadura militar que gobernó Ecuador. El Ejecutivo de aquel entonces, expidió el respectivo reglamento de aplicación a esta ley.²³⁶ Este reglamento, para la aplicación de la ley²³⁷ 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, mismo que ha sido presentado al lector y dice ser: para el otorgamiento de carta de naturalización por servicios de tipo relevante.²³⁸

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 emanado por el presidente 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 Ecuador.

Así, es este un caso de violación reglamentaria a la ley, pues, el presidente de la república, excede los límites que el reglamento debe cumplir para su correcta validez y no afección al ordenamiento jurídico y principio democrático en Ecuador.

A razón de ello, 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 consiguien-

236. Ecuador, *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización de Ecuador, RO*, No. 276 (Quito, 14 de abril de 1976).

237. *Ibíd.*

238. RE-LNOCNSR.

temente condiciones propias distantes a las que la ley determinó, la intención autónoma regulativa se hace presente.

Luego, en el primer caso, un reglamento que ha rebasado sus límites regulativos hace que la antijuridicidad que contraviene a la ley y Constitución del Ecuador opere, por cuanto no se ha respetado los límites reglamentarios para la correcta aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas. 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 Ecuador.

Reglamento Ejecutivo a la Ley de Educación Intercultural

La *Ley Orgánica de Educación Intercultural* vigente,²³⁹ respecto del traslado, entendido 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;
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 (énfasis del autor).

239. Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Educación Intercultural*, RO, No. 417 (Quito, 31 de marzo de 2011).

Haciendo uso de la potestad reglamentaria, el presidente de la república crea el *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural*,²⁴⁰ 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.

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 (énfasis 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 habilitando 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*» (énfasis 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 único hecho pueda el docente integrar una vacante.

Entonces, el reglamento proveniente del Ejecutivo especifica una condición mayor 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 méritos y oposición, 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

240. Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, Decreto Ejecutivo*, No. 1241, publicado en el *Suplemento del RO*, No. 754 (Quito, 26 de julio de 2012). Con reformas, *RO*, No. 286, *Segundo Suplemento* (Quito, 10 de julio de 2014).

reglamento, específicamente establece 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, la excepción es para aquellos docentes que se encuentren en «*traslado por bienestar social*»²⁴¹ (énfasis del autor), verbigracia se refiere a la norma analizada exclusivamente al traslado.²⁴²

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.

Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Educación Superior

La *Ley Orgánica de Educación Superior*,²⁴³ en el art. 83, califica cuándo se debe considerar que un estudiante del sistema de educación superior se encuentra en calidad de regular, señala: «*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*» (énfasis del autor).

El reglamento a la ley, aprobado por el Presidente de la República,²⁴⁴ respecto de la misma definición, en el art. 5 manifiesta: «*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*» (énfasis 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 ley²⁴⁵ 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 60% de todas las materias o créditos de su respectiva malla curricular según el nivel académico que curse el estudiante.

241. *Ibíd.*, art. 299.

242. *Ibíd.*

243. Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Educación Superior* (en adelante LOES), RO, No. 298 (Quito, 12 de octubre de 2010).

244. Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior*, RO, No. 526 (Quito, 2 septiembre de 2011).

245. LOES.

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,²⁴⁶ 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.²⁴⁷

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

Reglamento Ejecutivo a la Ley Orgánica de Comunicación

La *Ley Orgánica de Comunicación* promulgada por la función legislativa,²⁴⁸ establece en el art. 5 que se debe 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 (énfasis del autor).

El reglamento ejecutivo en su art. 3 determina:²⁴⁹

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 (énfasis del autor).

246. CRE, Disposición Transitoria Primera, determina las leyes que deberán crear el órgano legislativo de Ecuador, en el plazo de máximo 360 días.

247. CRE.

248. Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Comunicación*, RO, No. 22 (Quito, 25 de junio de 2013).

249. Ecuador, Presidente de la República, *Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación*, RO, No. 170 (Quito, 27 de enero de 2014).

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 señala cuáles son los medios de comunicación y que en ningún acápite 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*.

Control constitucional al ejercicio reglamentario del Ejecutivo

Ecuador, como 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.²⁵⁰

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

Ahora bien, el control al 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 CCE. Para este fin se podrá incluso pasar revisión de aquellos críticos fuertes en lo que respecta a la composición y origen que la Corte tiene.²⁵¹

Esta investigación partirá del entender que existe una posición superada al respecto y concentrar los esfuerzos investigativos y analíticos en las atribuciones constitucionales de la CCE y su actuación respecto a la facultad reglamentaria.

El art. 436 de la CRE señala, que entre las atribuciones de la CCE 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*

250. 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 Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 64.

251. Roberto Gargarella, «Soluciones intermedias para el problema del control de las leyes», en *La justicia frente al Gobierno* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 129-36.

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 (énfasis del autor).

Es de esta manera como se configura a la CCE como el órgano convocado a velar y proteger la efectividad y respeto a la CRE.

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 los Poderes Legislativo y Ejecutivo específicamente detalladas en la carta constitucional; obstaculiza el pleno respeto a la división de poderes; 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 CRE.

Así, el control al ejercicio de la potestad reglamentaria, basado en lo señalado y con sustento en las atribuciones que la CCE mantiene, es 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.²⁵²

Sin embargo, dejará descontento y con pocas esperanzas el revisar la actuación que la CCE viene realizando. En el caso signado con el No. 0042-11-IN, respecto de una demanda sobre la inconstitucional del decreto reglamentario del Ejecutivo a la LOSEP, este órgano de justicia constitucional muestra claras razones para comprender que no existe una tarea responsable por velar la vigencia y respeto a la Constitución.²⁵³

Sobre este particular, el art. 8 del *Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público*,²⁵⁴ establece la compra por parte del Estado central de las renuncias obligatorias de los servidores públicos, precepto que no se encuentra detallado en la ley superior y que además, viola sin mayor análisis, la CRE e instrumentos internacionales existentes sobre 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 tiene el Estado constitucional y democrático existente desde el administrador central, hablan de *un*

252. García de Enterría, *La Constitución como norma*, 187-8.

253. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0042-11-IN, con sentencia No. 003-13-SIN-CC (sentencia acumulativa), (Quito, 4 de abril de 2013).

254. Ecuador, Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo, No. 813, promulga el *Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público*, el 7 de julio de 2011, RO, No. 489 (Quito, 12 de julio de 2011).

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.²⁵⁵

Siguiendo en materia, la CCE hace caso omiso a la pretensión de los peticionarios que se fundamentó en el respecto a la Constitución, la jerarquía normativa, la no violación del reglamento a la Constitución y consecuentemente a la LOSEP creada por el legislador.²⁵⁶

En efecto, la CCE determina por sentencia que 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 CCE señala, esta jamás admitió 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 CCE además hace una vaga justificación concentrada en demostrar 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, la jerarquía normativa, la división de poderes, las atribuciones del presidente de la república y, principio democrático reconocido por la Constitución. Mal hace la CCE en ignorar su deber de vigilante del poder constituido.

El análisis podría ser aún más apasionante y concretarse en un examen respecto del papel que la CCE juega como un órgano contramayoritario guardián de los derechos de las minorías; sin embargo claro está que, pese a no ser aquella la temática de esta investigación, no se puede desatender el nulo control, o control a favor del Gobierno que la CCE mostraría con la actuación mostrada; así, se podrá señalar un elemento más, la politización de la justicia constitucional que conlleva a una exagerada concentración de poder en torno al presidente ecuatoriano.

No se puede hacer ilusiones persuasivas al sostener que una Constitución supone un documento desarrollador de milagros y transformaciones en un Estado; es un importante elemento, pero no cuenta con vida propia y efectividad sin operadores convencidos del sistema y la necesidad de su vigencia.²⁵⁷ Pues, la práctica y acciones realizadas por quienes están convocados a la protección de la normatividad, espíritu y tutela constitucional serán el termómetro mismo de la efectividad de la Constitución en el país. Así, tanto la medición del respeto constitucional, y la adecuación de los actos de autoridad pública a ella, aún más,

255. Ecuador, CCE, Caso No. 0042-11-IN.

256. Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica del Servicio Público*, RO, No. 294 (Quito, 6 de octubre de 2010).

257. Juan A. García Amado, «Prólogo», en Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica* (Guayaquil: Edilex, 2010), 26.

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; consecuentemente, el apego a la Carta Fundamental y no debilitamiento de la democracia, son 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 todo el poder que este dirige. Ahora bien, las distintas resoluciones de la Corte Nacional de Justicia que se han mostrado, indican criterios disconformes dentro del órgano; uno de ellos²⁵⁸ 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 los poderes del Estado, la observancia al principio democrático y la razón de ser del Estado constitucional como guardián de la norma suprema.²⁵⁹

Así, en Ecuador únicamente existen reglamentos de ejecución y orgánico funcionales. Mal se puede pretender sostener que la Constitución habilita la creación ejecutiva de reglamentos autónomos. Es preciso anotar que, la participación social constituye base fundamental en el modelo de Estado democrático ecuatoriano y en consecuencia, todas aquellas formas de devolución del poder a la población que deberán ser observadas de manera continua por el poder constituido.

Bajo esta clara realidad, el reglamento carece de una connotación democrática en cuanto excluye a la participación colectiva en su formación; entonces está vacío de atención a las fuentes materiales que producen derecho, convirtiéndose luego en un acto normativo de producción unilateral, volitiva y discrecional²⁶⁰ que mal puede desatender el valor de la ley superior que proviene de la participación ciudadana y respeto al principio democrático configurado por la Carta Fundamental.

Hay que ser precisos en sostener que con el análisis revisado no se busca una posición conducente a que el reglamento debe contar con participación, hay que definir claramente que la comparación frente a la ley es en cuanto se busca demostrar las características democráticas de esta última y así, que cualquier reglamento que invada el tenor legal vulnera el principio democrático en

258. Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Resolución 301-2014*, juicio 604-2012 (Quito, 22 de abril de 2014).

259. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Resolución, RO*, No. 451 (Quito, 22 de octubre de 2009).

260. García de Enterría, *Curso de derecho administrativo I*, 179.

Ecuador. Conforme se ha demostrado, la praxis del Ejecutivo advierte una alteración periódica a la ley y Constitución en el ejercicio de esta potestad.

Además, pese a la naturaleza del órgano y su deber garantista del respeto a la norma suprema, la CCE desatiende su deber determinado por claras atribuciones que la Constitución le entrega, luego mantiene un papel de nula actividad respecto del conflicto detallado. Pues, como se ha advertido con el caso concreto revisado, la Corte de Justicia Constitucional ha manifestado que el conflicto que a lo largo de esta investigación se ha revisado, es de aquellos que no interesan en el marco constitucional, sosteniendo además que no contiene relevancia constitucional.

Entonces, claramente el sistema jurídico ecuatoriano establece la necesidad de cerrar el círculo constitucional con la actuación del poder constituido respecto a los derechos de la persona y principio democrático; la inobservancia a los contenidos constitucionales debilita el entendimiento de la diversidad del Estado, la democracia y visión participativa; finalmente claramente se altera a la división de poderes y deber constitucional que tiene la CCE en la materia, de cuidar que exista alteraciones a la Carta Fundamental del país.

Conclusiones

La potestad reglamentaria en Ecuador debe atender a la autorización constitucional de dos tipos de reglamentos: De ejecución y orgánico funcionales

La CRE reconoce dos tipos de reglamentos conforme el art. 147.13, estos son: de ejecución y orgánico funcionales. Los primeros, de ejecución, tienen como fin auxiliar a la ley para su correcta vigencia, sin alterarla ni contravenirla, así estos reglamentos dan origen al entendimiento de un respeto al espíritu de la ley, siendo en tal virtud subalternos y conformes a ella; tienen además un sentido de complemento hacia la producción que haga el legislador mas no, como un intento por completar a la ley. Los segundos, orgánico funcionales, son aquellos que buscan regular el horizonte de la administración central hacia adentro, es decir marcar las pautas en el manejo del Poder Ejecutivo 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 actuaciones de sus funcionarios.

Consiguientemente, la potestad ejecutiva de dictar reglamentos tiene que suponer el entendimiento de que no se puede ir más allá del tenor legal con esta configuración normativa, es decir, el reglamento debe respetar a la ley y su contenido; pues lo contrario supondría una vulneración a la CRE que determina las atribuciones específicas con las que cuenta el Ejecutivo y que bajo norma expresa se detallan en el art. 147.13.

El presidente de la república es el exclusivo 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, ante todo, se determinan límites concretos 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 po-

testad reglamentaria a otros funcionarios del Poder Ejecutivo, 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, luego cualquier interpretación extensiva de ella contra norma expresa, es un error. Ahora bien, no solo por la connotación objetiva de la naturaleza constitucional se habla 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 concretamente las funciones de los poderes del Estado.

El ejercicio de la facultad reglamentaria altera el principio democrático en el Estado ecuatoriano

La CRE reconoce como parte fundamental de la configuración que esta 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 ha 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 las leyes «sin contravenirlas ni alterarlas».²⁶¹

Se ha dicho que la potestad reglamentaria debe ser cauta en la atención a la norma legal, el principio de la reserva de ley, estructura constitucional y división de poderes. Pues, la creación legal proveniente del Legislativo, se legitima y fundamenta en la pluralidad 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 incidir negativamente en la democracia y construcción republicana de un Estado por cuanto se desatiende la devolución del poder a la población que sí se configura en la sede y accionar de la Asamblea Nacional.

Como se ha manifestado, el presidente de la república es electo por 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

261. CRE, art. 147.13.

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 el Poder Legislativo la realidad es opuesta, 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 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 solo entonces al principio democrático materia del análisis de este trabajo.

Luego, hablar que la Asamblea Nacional, como órgano plural y representativo, sea la 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 será primordial tutelar el aporte que el presidente de la república haga con la creación de los reglamentos ejecutivos, mismos 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, proveniente de un órgano plural y representativo, pueda provocar.

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, la misma que para la correcta producción de efectos jurídicos tendrá que ser válida material y formalmente. Además, la ley ocupa una posición en la jerarquía normativa importante 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 grado de participación social en la generación del acto normativo escalonado; 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.

Es real, el poder tiene que regresar al pueblo como una constante; así se puede generar colateralmente 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 no tiene que ser visto como el mero 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 soberano, por cuanto conforme las estadísticas demuestran, la votación facultativa logra una carencia de participación; y es que, no se puede obligar a hacer política y ser activo partícipe de los procesos de un Estado; la tarea del poder político tiene que ser conducente a procurar la intervención social, a ser motivador y abrir caminos suficientes para iniciar procesos democrático participativos.

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 realidades. 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.

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 este; 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 concisa al establecer la instauración de una teoría democrática.

El ejercicio reglamentario en 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 el Poder Legislativo, 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, lo que denota su relevancia constitucional. Pues, no únicamente 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 CRE que serían 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 este acto normativo debe observar son celosas del respecto a la seguridad jurídica, reserva de ley, principio democrático y jerarquía normativa.

Entonces, 1. Los reglamentos no pueden introducir normas nuevas o reglas que supongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos; 2. Los reglamentos no tienen un rol de intérpretes de la ley; 3. Los reglamentos no establecerán 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 exclusivamente en cuanto haya una ley para reglamentar; 8. El reglamento es derecho objetivo, consiguientemente 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 9. Un reglamento no puede tratar materias que han sido reservadas para el legislador.

Si el desarrollador de los reglamentos desatiende estos límites origina un problema de tipo jurídico, y además democrático, por cuanto se está alterando a la ley que es un instrumento normativo producido en la sede de la democracia con atención a las distintas fuentes materiales que se hacen eco gracias a la participación social y plural representación 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 guardián de los derechos y libertades de los individuos en abstracto, así como de la división de poderes. A lo dicho se debe sumar además, la nula colaboración social en la elaboración del acto normativo unilateral del reglamento.

La CCE 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 reciente²⁶² que sostiene que el conflicto existente por el ejercicio extralimitado de 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 empleado a velar por este asunto.

Lo señalado en la parte superior muestra una Corte Constitucional que hace caso omiso de todas las afecciones constitucionales que se producirían con un reglamento que rebase sus límites y atención a las características de este; no se puede desatender que supondría un quebrantamiento directo a la Constitución y principio democrático garantizado y contenido en la propia Carta Fundamental.

Adicionalmente a lo que se ha sustentado, es la CCE quien está llamada a cumplir su máximo deber: velar por 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 que el constituyente ha otorgado a la CCE indican claramente la capacidad de este ente para incluso, actuar de oficio conforme en protección de la Constitución conforme el art. 436 de la norma suprema.

En efecto, la Corte Constitucional tiene un deber trascendental hacia 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 entonces se estaría atendiendo a los valores, principios y reglas establecidos en el contexto constitucional ecuatoriano. En consecuencia, se amerita una actuación activa y conforme de la CCE a fin de marcar una nueva hoja de ruta que proteja efectivamente a los individuos del país, pero ante todo a quienes no son gobernantes y en esta realidad, son susceptibles de injerencias y arbitrariedad del poder.

Defender y revalorizar al principio democrático

Hay que recuperar la participación social en los Estados, 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 una suerte de 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,

262. CCE, Caso No. 0042-11-IN, con *Sentencia No. 003-13-SIN-CC* (sentencia acumulativa) (Quito, 4 de abril de 2013).

percibiendo claro, que la Constitución sea 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 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; en tal virtud, la afición 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 en el Estado.

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 a la democracia. La libertad únicamente se logra y conserva mientras el poder constituido sea regulado efectivamente; luego no se puede caer en el juego antidemocrático del cambio de palabras, pues estas pueden fácilmente cambiar, pero los conceptos permanecen y son sujeto de atención y reivindicación, lo que en gran trecho deja atrás al espectáculo que se pueda armar en nombre de la democracia.

Hay que dotar mayores criterios valorativos a la sede legislativa por la naturaleza de su conformación y el debate que así se procura en ella. Así, se podrá entender que las leyes tienen origen directo de la actividad discursiva y procuración del 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 este 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 será el elemento categórico que permita afianzar el tipo de Estado existente.

Finalmente, el conflicto de la potestad reglamentaria del Ejecutivo 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 del 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 que creen tener una potestad de tipo reglamentario.

Entonces será necesario 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 estos, sino además a las contribuciones doctrinales que se han entregado respecto de la materia. Tam-

bién, el principio democrático no puede ser desatendido, pues es la base más importante del desarrollo social y estructural del Estado, todavía más cuando es expresamente reconocido por el desarrollo constitucional del Ecuador. La CCE tiene que vigilar con responsabilidad, y en apego a su tarea encomendada el ejercicio realizado por el poder político y, particularmente, el análisis de la producción de los reglamentos que rebasan las atribuciones constitucionales entregadas al Ejecutivo; entonces la tarea del órgano de justicia constitucional es tutelar el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria que se realiza en el país.

Se dice que la economía triunfa cuando vence a la escasez, de igual forma, la política triunfará solo cuando se venza al conflicto o al problema. Mientras tanto, es oportuno, es un deber y es de 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 estudio, luego solo así se logrará una sociedad participe activa 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 responsablemente cruzar las esferas analíticas y propiamente académicas para pasar al campo de la 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 este trabajo que constituye una búsqueda por entregar respuestas y alternativas a la sociedad sea, únicamente, el inicio de la actividad responsable y coherente por una colectividad que exige y reclama la intervención de quienes entienden el valor democrático y la responsabilidad que el poder político guarda con la ciudadanía.

Los espacios de intervención estatal cada vez son mayores; la configuración de fuertes atribuciones en torno al Ejecutivo han permitido que este se cuele en distintos espacios no meramente políticos de gobernanza, sino además en la libertad y autodeterminación de la persona; pues claramente se atestigua un sistema presidencialista que ha concentrado facultades en torno al personalismo de la presidencia debilitando al órgano legislador y judicial; luego se avanza e incluso ubica al sistema ecuatoriano en un hiperpresidencialismo peligroso hacia el reconocimiento de la diversidad y de aquellas minorías que no gobiernan.

Es entonces, con mayores razones que se genera la certeza en cautelar y revalorizar el principio democrático. Que esta investigación sea el insumo para fundar más argumentos hacia la imperiosa necesidad de frenar al material y, formalmente, al poder político de turno, pero ante todo a reconocer la necesidad de participación horizontal en la sociedad como un reconocimiento a que

es la única vía para el desarrollo personal y colectivo. La política y la participación social constituyen el único instrumento para salir de la precariedad, del abuso, el silencio procurado por los gobernantes y las migajas que en cada tarima se puede entregar. Sí, como se ha dicho, la tarea rebasa la esfera académica para colocarse en la obligatoriedad social de defender al Estado constitucional, al principio democrático y la teoría democrática que encarna la CRE.

La acción tiene que ser ahora: es nuestro deber en donde no debe importar la incomodidad que se puede causar a quienes han lucrado de un sistema estático actual y sin dinamismo en pro de la democracia; de un sistema que cada vez se ha configurado más en torno a un proyecto político único, a un caudillismo, a un único líder para la diversidad social ecuatoriana. Que este error no sea silencio, sino las razones para democratizar al sistema.

Bibliografía

- Alarcón Peña, Pablo. «El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales». En Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 99-110. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional –CEDEC–, 2013.
- Albán Zambonino, Marco. «El desbordamiento de las fuentes del derecho tributario». En Marco Albán Zambonino y César Montaña Galarza, coord., *Tópicos contemporáneos del derecho tributario*, 17-56. Quito: Cevallos, 2013.
- Araya B., Alejandra. «Compare la abstención chilena y lo que pasa en A. Latina». *América economía*, 29 de octubre de 2012. <<http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/compare-la-tendencia-de-la-abstencion-chilena-y-lo-que-pasa-en-la-region>>. Consulta: 1 de abril de 2017.
- Ávila Santamaría, Ramiro. «Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia». En Ramiro Ávila Santamaría, coord., *Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Aylwin Azócar, Arturo. «La potestad reglamentaria del presidente de la república». *Revista Chilena de Derecho* 11, No. 2-3 (1984): 449-53.
- Blanco Valdés, Roberto. «La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana». *Working Paper*, No. 117 (1996) (Barcelona: Universidad Santiago de Compostela): 1-28.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Bonilla Maldonado, Daniel, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2009.
- Botero Bernal, Andrés. «Una presidencia sin Ejecutivo y sin Estado: La concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad». *Ambiente Jurídico*, 158. <http://www.researchgate.net/profile/Andres_Botero2/publications>. Consulta: 1 de abril de 2017.
- 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 Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, 63-80. México DF: 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». *Revista Chilena de Derecho* 11 (mayo-diciembre) (1984): 417-31.
- Cerro, María Martha. «El principio de división de poderes». <<http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/14/250.pdf>>. Consulta: 23 de julio de 2014.
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1993.
- De Paula Pérez, Francisco. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: ABC, 1952.
- De Vega García, Pedro. «Mundialización y derecho constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual». En Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, comp., *Estado constitucional y globalización*, 165-219 México DF: Porrúa, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. «La democracia constitucional». En Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada*, 431-48. 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». *Revista Chilena de Derecho* 28, No. 2 (2001): 287-98.
- Galiana Saura, Ángeles. «La actividad legislativa en el Estado social de derecho». En María José Añón Roig, edit., *El vínculo social: Ciudadanía y cosmopolitismo*. 449-62. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Gámiz Parral, Máximo. *Legislar, quién y cómo hacerlo*. México DF: Limusa, 2000.
- García Amado, Juan A. «Prólogo». En Jorge Zavala Egas. *Derecho constitucional, neo-constitucionalismo y argumentación jurídica*, 17-32. Guayaquil: Edilex, 2010.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
- . *Curso de derecho administrativo*. t. I y II. Bogotá: Temis, 2008.
- . *Democracia, ley e inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 2011.
- García Pelayo, Manuel. «El Estado legal y Estado constitucional de derecho en el Tribunal Constitucional Español». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 82 (1991) (Caracas: Universidad Central de Venezuela): 32-45.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012.
- . «La dificultosa tarea de la interpretación constitucional». En Roberto Gargarella, coord., *Teoría y crítica del derecho constitucional*, 123-48. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- . «Soluciones intermedias para el problema del control de las leyes». En *La justicia frente al Gobierno*, 129-36. Quito: CCPT, 2012.
- González Solano, Gustavo. *Lógica jurídica*. San José: Universidad de Costa Rica, 2003.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Medellín: Fundación Derecho Administrativo / Biblioteca Jurídica Dike, 1988.
- Jaramillo Ordóñez, Hernán. *Manual de derecho administrativo*. Loja: Ed. Universitaria, 1992.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1981.

- Lastarria Santander, José Victorino. *Estudios políticos y constitucionales*, vol. I. Santiago: Imprenta y Encuadernación Barcelona, 1949.
- López Guerra, Luis. «Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: Constitución española». *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 23 (mayo-agosto de 1988): 71-97.
- Melero Alonso, Eduardo. «El concepto de reglamento en nuestra Constitución desde una comprensión paradigmática del derecho». *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 38-39 (2002): 189-206.
- Méndez, Juan E. «Los derechos fundamentales como límite al principio democrático de la voluntad mayoritaria». En Guillermo O'Donnell, Osvaldo Iazzetta, Jorge Vargas Cullel, comp. *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: Reflexiones sobre la calidad de democracia en América Latina*, 281-8. Santa Fe: Homo Sapiens, 2003.
- Moncada Zapata, Juan Carlos. *El reglamento como fuente de derecho en Colombia*. Bogotá: Temis, 2007.
- Monedero, Juan Carlos. *Curso urgente de política para gente decente*. Bogotá: Planeta, 2014.
- Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.
- Penfold, Michael. «La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano». *Revista de Ciencia Política* 30, No. 1 (2010): 21-40. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32414670003>>. Consulta: 1 de abril de 2017.
- Pérez Escobar, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis, 1997.
- Pisarello, Gerardo. *Un largo temidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Porras Ramírez, José María. «Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial». *Revista de Estudios Políticos*, No. 87 (enero-marzo) (1995): 239-58.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- Quintana Paz, Nuria. «Políticas mediáticas de UCD y PSOE: Entre el dirigismo político y la apertura mediática». *Sphera Pública*, No. 5 (2005) (Murcia: Universidad Católica San Antonio de Murcia). <<http://www.redalyc.org/pdf/297/29700510.pdf>>. Consulta: 1 de abril de 2017.
- Rajevic Mosler, Enrique Petar. «Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada». *Revista Chilena de Derecho* 23, No. 1 (1996): 23-97.
- Rebollo Puig, Manuel. «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno». *Revista de Administración Pública*, No. 125 (mayo-agosto) (1991): 7-173.
- Reyes Riveros, Jorge. «El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de controlador de dicha normativa». *Revista Chilena de Derecho* 20, No. 1 (1993): 69-91.
- Ribera Newmann, Teodoro. «Reserva legal y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980». *Revista de Derecho Público* 63 (2001): 471-89.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis, 2013.
- Salgado Pesantes Hernán. *Introducción al derecho*. Quito: Manuales Jurídicos, 2010.
- . *Lecciones de derecho constitucional*. Quito: Edic. Legales, 2012.

- Sánchez Pinto, Silvana. «Participación social en la creación del derecho». En Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Estado, derecho y justicia: Estudios en honor a Julio César Trujillo*. 139-53. Quito: UASB-E / CEN, 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 Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. 287-312. Quito: UASB-E / CEN, 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: Cevallos, 2010.
- Toscano Gil, Francisco. «Actualidad y vigencia de la clasificación de los reglamentos en ejecutivos e independientes». *Revista Jurídica de Casilla y León*, No. 30 (mayo) (2013): 122-245.
- Troncoso Reigada, Antonio. «Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático». En Eduardo Espín y Javier Díaz, coord. *La justicia constitucional en el Estado democrático*, 399-454. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Trujillo, Julio César. «El Estado en la Constitución». En Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo, y Roberto Viciano, edit., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, 89-111. Quito: UASB-E / CEN, 2004.
- . «Sociedad civil, Estado y participación». En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 21-44. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- Vergara Estévez, Jorge. «Democracia y participación en Jean-Jacques Rousseau». *Revista de Filosofía* 68 (2012): 29-52.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano». En Luis Fernando Ávila Lizán, edit., *Política, justicia y Constitución*, 157-86. Quito: CCPT / CEDEC, 2010.
- . «Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional». *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 7-29.
- Villacorta Mancebo, Luis. *Reserva de ley y Constitución*. Madrid: Dykinson, 1994.
- Zanotti, Gabriel. «Ludwig Von Mises y la filosofía cristiana». Washington: *Hispanic American Center for Economic Research*, s. f. <http://www.hacer.org/pdf/Zanotti_02.pdf>. Consulta: 1 de abril de 2017.
- Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de derecho administrativo*. Quito: Edilex 2011.

Referencias normativas

- Colombia. Asamblea Constituyente. *Constitución de la República, Gaceta Constitucional*, No. 114. Bogotá, 1991.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. *Constitución de la República, Registro Oficial (RO)*, No. 449, 20 de octubre de 2008.

- Ecuador. Asamblea Constituyente. *Mandato Constituyente No. 1*. Montecristi, 29 de noviembre de 2007.
- Ecuador. Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Comunicación, RO*, No. 22. Quito, 25 de junio de 2013.
- Ecuador. Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Educación Intercultural, RO*, No. 417. Quito, 31 de marzo de 2011.
- Ecuador. Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Educación Superior, RO*, No. 298. Quito, 12 de octubre de 2010.
- Ecuador. Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Función Legislativa, RO*, No. 642. Quito, 27 de julio de 2009.
- Ecuador. Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Servicio Público, RO*, No. 294. Quito, 6 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), RO*, No. 536. Quito, 18 de marzo de 2002.
- Ecuador. Congreso Nacional. *Código Civil, RO*, No. 46. Quito, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Ley de Naturalización de Ecuador, Decreto Supremo No. 276, RO*, No. 66. Quito, 14 de abril de 1976.
- Ecuador. Ministerio de Relaciones Laborales. *Acuerdo Ministerial*, No. MRL 2011-00051, *RO*, No. 392. Quito, 24 de febrero de 2011.
- Ecuador. Presidente de la República. *Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación, RO*, No. 170. Quito, 27 de enero de 2014.
- Ecuador. Presidencia de la República. *Decreto Ejecutivo*, No. 813, 7 de julio de 2011, *Suplemento del Registro Oficial (ROS)*, No. 489. Quito, 12 de julio de 2011.
- Ecuador. Presidente de la República. *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, Decreto Ejecutivo*, No. 1241, *ROS* No. 754. Quito, 26 de julio de 2012. Con reformas, *RO*, No. 286, *Segundo Suplemento*. Quito, 10 de julio de 2014.
- Ecuador. Presidente de la República. *Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior, RO*, No. 526. Quito, 2 de septiembre de 2011.
- Ecuador. Presidencia de la República. *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización para el otorgamiento de cartas de naturalización por servicios relevantes, RO*, No. 648. Quito, 27 de febrero de 2012.
- Ecuador. *Reglamento Ejecutivo a la Ley de Naturalización de Ecuador, RO*, No. 66. Quito, 14 de abril de 1976.
- 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, el 22 de noviembre de 1969.
- Perú. *Constitución de Perú*. Lima, 31 diciembre de 1993.
- Perú, Congreso Constituyente Democrático, *Ley de Participación y Control Ciudadano de Perú, Ley No. 26300* (Lima: 1993).

Sentencias y resoluciones de tribunales de justicia constitucional y ordinaria

- Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional No. 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. 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. Sentencia C-508. Voto salvado de magistrados: Cepeda y Tafur, Bogotá, 3 de julio de 2002.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. *Resolución 001-08-SI-CC*. Quito, 2 de diciembre de 2008.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. *Resolución, RO*, No. 451, 22 de octubre de 2009.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 009-13-SIN-CC. Quito, 19 de agosto de 2013.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 0042-11-IN, con sentencia No. 003-13-SIN-CC, sentencia acumulativa. Quito, 4 de abril de 2013.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Resolución 164-2010 en causa 0309-2008-NA*. Quito, 25 de mayo de 2010.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Resolución 301-2014, 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.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

Últimos títulos de la Serie Magíster

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 202** Mónica Ruiz, MEDIOS Y POLÍTICA EN PERÚ: El caso del diario *El Comercio* en las elecciones de 2011
- 203** Leidy Carolina Dorado Bravo, LA AMNISTÍA COMO ALTERNATIVA JURÍDICA AL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO
- 204** María del Carmen Ramírez Soasti, LA PLAZA GRANDE DE QUITO: Fotografía y memoria
- 205** Raúl Moscoso, «CIUDADANOS UNIVERSALES» EN EL COMITÉ DEL PUEBLO
- 206** Gabriela Espinoza, ¿GALANTERÍA O ACOSO SEXUAL CALLEJERO?: Un análisis jurídico con perspectiva de género
- 207** María José Ramírez, LOS TRIBUTOS HETERODOXOS Y SU APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA
- 208** Lorena Campo, MEMORIAS EN MOVIMIENTO: Testimonios corporales sobre el diagnóstico del «trastorno bipolar»
- 209** Gustavo Andrade, LAS COMUNAS ANCESTRALES DE QUITO: Retos y desafíos en la planificación urbanística
- 210** María Elena Rodríguez, ¿QUÉ CONOCEMOS DEL DERECHO A LA SALUD?: Propuesta de marco conceptual en perspectiva crítica para Venezuela
- 211** Boris Hernández, SUMARIO ADMINISTRATIVO Y DEBIDO PROCESO
- 212** Verónica Juna, COMO MEJORAR EL ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EN QUITO
- 213** Israel Celi, NEOCONSTITUCIONALISMO EN ECUADOR: ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?
- 214** Diana Ferro, «NEOARTESANÍA» QUITEÑA: UNA PROPUESTA SUSTENTABLE. Identidad cultural e innovación frente al mito del crecimiento
- 215** Santiago Estrella, MIRADAS A LA IDENTIDAD NACIONAL EN EL FILME *QUÉ TAN LEJOS*
- 216** José Chalco Salgado, PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El principio democrático, en la actualidad, tiene que ser el elemento más importante y a rescatar en la configuración de un Estado constitucional y democrático. Así se revaloriza el papel de la participación social y la edificación de gobiernos respetuosos de la diversidad política. No se puede entender la nula sintonía entre el poder político y las minorías que no gobiernan, pues desatender a esta realidad sería fraguar un poder que fácilmente puede alterar y menoscabar los derechos y libertades de la población y, entonces, estaría cercano un gobierno autoritario.

La creación de reglamentos por parte del presidente de la república constituye un acto normativo unilateral propio de la visión ideológica, económica, política y de país que el gobernante de respaldo mayoritario mantiene; es decir, en la formación de la voluntad del Ejecutivo para la creación del reglamento no existe una intervención de las distintas esferas sociales del país, pues estos cuerpos normativos únicamente se producen desde el círculo más íntimo del presidente. Así, los reglamentos no pueden condicionar o alterar los efectos jurídicos de la ley que proviene del Poder Legislativo que, en principio, mostraría ser un órgano plural de conformación diversa en el que se asientan todas las tendencias políticas y las estructuras sociales del Estado. Este libro analiza el problema presentado y entrega soluciones para el respeto al principio democrático por parte del Poder Ejecutivo.



José Chalco Salgado (Cuenca, 1989) es Abogado de los Tribunales de Justicia de la República (2013) por la Universidad del Azuay, Cuenca; Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (2014), y candidato doctoral en Derecho (2015-2020) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. Su investigación se centra en el presidencialismo, tema sobre el que ha presentado ponencias y artículos. Es profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Estatal de Cuenca y de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay. Es editorialista del diario El Mercurio de Cuenca. Es autor del libro La facultad reglamentaria del Ejecutivo: Atribuciones, intensidad, problemas del ejercicio y control (2015).

ISBN: 978-9978-84-977-4



9789978849774