

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Administrativo

**Aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en el régimen
jurídico administrativo dentro del marco del Estado constitucional de
derechos y de justicia**

Raquel Carolina Mayorga Gavilanes

Tutora: Eddy María de la Guerra Zúñiga

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Raquel Carolina Mayorga Gavilanes, autora de la tesis titulada *Aplicabilidad y Vigencia del Principio de Legalidad en el régimen jurídico administrativo dentro del marco del Estado constitucional de derechos y de justicia*, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho, mención Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha: 10 de Julio de 2019.

Firma:

.....

Resumen

La presente investigación académica procura determinar la aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en el no tan recientemente adoptado constitucionalismo contemporáneo en el Ecuador, con las consecuencias que implica el garantismo y la aplicación directa y central de los principios generales de derecho.

Para ello, en el primer capítulo presentaré de forma cronológica la evolución del Estado, el derecho y la administración en doctrina y en el Ecuador; destacaré las circunstancias en las cuales nace el principio de legalidad y cómo a través de este, la Administración Pública se atribuye facultades específicas. Finalmente, relataré como el principio de legalidad ha perdido su posición privilegiada en el Estado moderno y como ha pasado de ser un acto regulador a convertirse en un acto regulado.

En un segundo capítulo, se partirá de la estructura del sistema de fuentes de derecho actual, para luego destacar la supremacía constitucional y el surgimiento del Neoconstitucionalismo en el Ecuador a través de la expedición de la Constitución de 2008, para cerrar estableceré cuales son los medios de control constitucional de la actividad administrativa.

En el tercer capítulo, develaré cuál es el papel actual del principio de legalidad en el Estado constitucional de derechos y justicia; así como, desde el punto de vista de los máximos órganos de justicia ecuatoriana, analizaré su aplicabilidad y vigencia.

Finalmente estableceré las conclusiones generadas como resultado de la investigación jurídica realizada.

Dedicatoria

A mi esposo Mark Ronald LePage, por su amor incomparable y su ternura; a mi madre Rosa Esther Gavilanes, por ser mi referente de mujer digna y honesta, a los dos, por su apoyo y ayuda incondicional en esta etapa de mi vida; y, finalmente a mi hija Isabella Rose LePage, por convertirse en la motivación y el motor de cada uno de mis triunfos actuales y futuros.

“La naturaleza del espíritu es siempre la verdad. ¿Y qué le atribuis por naturaleza?. La modestia. Goethe dice que solamente el pordiosero es modesto, así que es en pordiosero en lo que queréis transformar el espíritu”.

Karl Marx, 1842

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (UASB-SE), por haberme permitido ser parte de sus prestigiosos programas de estudios de postgrado.

A todo el equipo docente y administrativo del Área de Derecho de la UASB-SE, con quienes compartí la Especialización Superior, la Maestría y demás eventos académicos.

De manera especial a la doctora Eddy María De la Guerra Zúñiga, a quien agradezco la dedicada tutoría impartida en el transcurso del desarrollo de la presente Tesis, reconociendo además y felicitando sus altas capacidades y cualidades intelectuales, docentes y humanas.

Al doctor Álvaro Mejía, doctor Christian Masapanta, doctor Ramiro Ávila Santamaría, doctor Marco Morales Tobar, doctor José Suing Nagua, a quienes admiro profundamente por sus posición como personas y profesionales, a quienes además, agradezco por los conocimientos impartidos y felicito por su indemne trayectoria.

A quienes de una u otra forma contribuyeron con su apoyo y recomendaciones académicas en mis estudios en la UASB-SE.

Tabla de contenido

Introducción	13
Capítulo uno: El principio de legalidad.....	15
El Estado, el Derecho y la Administración	15
1.1. El Estado y el Derecho.....	15
1.2. El Derecho y la Administración.....	23
1.3. El Derecho Administrativo en el Ecuador.....	29
1.4. El principio de legalidad en su dimensión tradicional y doctrinal	33
1.5. La presunción de legitimidad de los actos administrativos.....	38
1.6. Las potestades administrativas, la actividad reglada, la reserva de ley y el control de la legalidad	42
1.7. Fenómeno de atenuación del principio de legalidad	50
Capítulo dos: Cómo entender a la Constitución de 2008 en el régimen jurídico administrativo	57
2.1. Teoría Kelseniana y jerarquía de fuentes del Derecho Administrativo.....	57
2.2. Supremacía de la Constitución.....	74
2.3. El Neoconstitucionalismo y el ordenamiento jurídico/ constitucionalización de la legalidad administrativa	78
2.4. La Constitución de la República del Ecuador de 2008 y el Derecho Administrativo 82	
2.5. La actividad administrativa y el control constitucional	87
Capítulo tres: La legalidad como principio constitucional, de la actividad administrativa en la constitución de 2008	91
3.1. La aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en el modelo del Estado constitucional de derechos y justicia.....	91
3.2. El principio de legalidad/ criterios y fallos de los máximos órganos de justicia ecuatoriana	102
3.2.1. Corte Constitucional.....	103
3.2.1.1. Sentencia No. 015-10-SEP-CC, Causa No. 0135-09-EP	103
3.2.1.2. Sentencia No.0001-09-SCN-CC, Causa N.º 0002-08-CN	104
3.2.1.3. Sentencia No. 080-14-SEP-CC, Causa No. 1483-12-EP	105
3.3. Corte Nacional de Justicia.....	106
Conclusiones:	107
Bibliografía:	109

Introducción

La expedición de la Constitución de 2008 en el Ecuador, cambiando el paradigma de un Estado Social de Derecho a un Estado Constitucional de derechos y justicia, pretende una vez más, refundar el Estado ecuatoriano y concebir a la Constitución como el producto de la legitimidad democrática, que disponga de instituciones y organismos que garanticen la efectividad material y no solo formal de los derechos y garantías ciudadanas; así como, dispongan de mecanismos para demandar a las autoridades, por medio de las garantías incluso jurisdiccionales, que cumplan este deber primordial, que es limitar el poder y evitar la arbitrariedad.

Han transcurrido casi 8 años ya, desde la expedición de la Constitución y su garantismo, nos remite a una comprensión totalmente nueva del Estado, desde dos perspectivas: la pluralidad jurídica y la importancia del desarrollo y protección de los derechos reconocidos en la Constitución, por parte de toda autoridad de poder público.

En este marco, la ley, concebida en inicio como la fuente de fuentes del Estado de Derecho, pasa de ser una norma ordenadora a ser una norma ordenada por los principios constitucionales; sin embargo de lo dicho, el principio de legalidad aún constituye garantía de debido proceso y seguridad jurídica en el Estado constitucional, en el que se ve reforzada su aplicabilidad y vigencia al convertirse en el sistema normativo mediante el cual se deben aplicar y desarrollar los derechos.

Capítulo uno: El principio de legalidad

El Estado, el Derecho y la Administración

La evolución y desarrollo del Estado y el Derecho, ante la imperiosa necesidad de delimitar y regular las relaciones sociales, así como buscar el equilibrio entre el poder público y la ciudadanía, determinó de forma indiscutible el surgimiento de la ley, como el límite natural de actuación de todos quienes forman parte de una comunidad, como expresión de la voluntad común y como factor principal del cumplimiento de intereses generales dentro de la sociedad.

En el presente capítulo, describiré como el Estado y su consecuente paso a Estado de Derecho, en rechazo a sistemas de gobierno implantado sobre decisiones arbitrarias, consagrando el nacimiento del principio de legalidad, como columna vertebral del *régimen jurídico administrativo* y como pilar fundamental de los derechos y garantías ciudadanas, relataré además, como el imperio de este principio, se ve atenuado, en búsqueda de un nuevo modelo de Estado que pase de lo formal a lo material.

1.1. El Estado y el Derecho

Históricamente el Estado es el resultado de una milenaria evolución de la convivencia humana, de todas las formas que esta conlleva y cuya ordenación y regulación la realiza el derecho¹. Ahora bien, es importante mencionar, que entendemos por derecho, para Robert Alexy, al hablar de esta conceptualización, de modo imperativo me remite a la relación de tres elementos básicos claves para el tema central de la presente tesis: *la legalidad, la eficacia social y la corrección material*, hecho que de forma inevitable, según el autor, entremezcla las teorías positivistas e iusnaturalistas o iusracionalistas, siendo la primera, aquella que comprende la eficacia social y la legalidad, mientras que la iusnaturalista apunta únicamente a la corrección material².

Para Hans Kelsen, de forma más simple y desde un punto de vista estático, el

¹ Oscar Georg Fischbach, *Teoría General del Estado*, 4ta. ed., (Barcelona: Labor, 1949), 15.

² Cf. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 2da. ed., (Barcelona: Gedisa, 1997), 21.

derecho es el sistema de normas jurídicas a las cuales los hombres prestan o no conformidad, mientras que desde un punto de vista dinámico estas *normas jurídicas* son creación humana, destinadas a regular conductas.³

En definitiva, podemos decir que el derecho, no es más que el conjunto de normas y principios creados por el hombre para regular sus propias conductas, dentro de un territorio determinado políticamente organizado y bajo una premisa de satisfacción de necesidades comunes dentro de un Estado.

En la Antigüedad los griegos denominaban *Ciudad- Estado* o *polis* a la asociación unitaria, perfectamente diferenciada de otras unidades del mismo tipo⁴, constituían su organización política; mientras que para los romanos, tomaba el nombre de *Ciudad- Imperio*, *civitas* o de la *res publica*, que significa *la cosa pública*⁵.

Para los pensadores medievales, era común identificar el término *Estado*, con los términos: reino, imperio o ciudad. Incluso Jean Bodin, utilizó el término *República* para referirse a la comunidad política, es por ello que no sorprende que ambas palabras se entremezclen, para dar paso a un solo significado: *cosa pública: Estado rei publicae*⁶.

En este punto puedo decir que Estado es la organización o estructura política de las comunidades humanas comprensivas de su territorio, población y poder étático⁷, tal como el *Estado comunidad* de Biscaretti di Ruffia o *Estado nación* de Duverger⁸. Ahora bien, el término *Estado* como tal, nace en la Italia renacentista, siendo utilizado desde entonces para designar a la comunidad política moderna y haciendo alusión directa a la relación entre individuos y la sociedad regulada por normas positivas.

En Derecho Público, esta comunidad no se condiciona por la pertenencia a un territorio, sino por el simple hecho de pertenecer a una *comunidad* o por la relación de protección que esta ejerce sobre los ciudadanos⁹. De aquí, es claro entender como el autor hace la relación Estado - derecho y el ejercicio de sus potestades en relación

³ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1965), 43-4

⁴ Ramón Eduardo Madriñán Rivera, *El Estado Social de Derecho*, I ed., (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997), 23.

⁵ Lidia Aguilar Balderas, *Teoría general del Estado*. ProQuest ebrary. Web. 29 February 2016. (México: Larousse - Grupo Editorial Patria, 2014), 1.

⁶ Cf. *ibíd.*, 1.

⁷ Término con que los juristas refieren a la capacidad regulativa y punitiva del Estado.

⁸ Carlos E. Delpiazzo, *Derecho administrativo uruguayo*. (México: Porrúa, 2005), 4.

⁹ Georg Jellinek, *Teoría General del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 153.

a los derechos subjetivos de los individuos.

Ante la decadencia del Imperio Romano o la conocida *Ciudad – Imperio*, surge el feudalismo, acompañado de la “Carta Magna de la Libertad”, proclamada en Inglaterra en el año 1215, mediante la cual, emergieron las primeras manifestaciones de libertad y aplicación del *derecho*, en favor de las clases dominantes, entre ellas la iglesia y la nobleza; sin embargo una lucha constante por el poder, evadió su aplicación y derivó en la centralización de este en un solo órgano, denominado *Estado estamentario*, cuya estructura se conformaba por los nobles o señores feudales, el clero y la población carente de privilegios, sean estos jurídicos o económicos, denominado también *tercer estado*¹⁰, conformado por los vasallos militares, soldados y esclavos¹¹.

Al término del Estado feudal, emerge el denominado *Estado absolutista*, ante la necesidad de la naturaleza humana por conservar el poder soberano, divinizar lo poderoso, lo sublime, y lo fuerte¹², como mecanismo de concentración de privilegios y poder que antes poseían los señores feudales, gremios y más ciudades en manos del monarca o rey, bajo los siguientes principios: *La voluntad del rey es la ley*, *El rey no se equivoca*, *El rey no puede causar daño*¹³, constituyendo una etapa de pleno voluntarismo, porque la *ley* constituía *voluntad* del monarca¹⁴, entendida esta también, como voluntad divina.

Uno de los principales atributos al Estado absolutista es el de no estar sometido a las leyes *princeps legibus solutus est* (el príncipe está desligado de las leyes) y tampoco ser obligado por sus súbditos a acatarlas. Ante lo cual, el rey con afán íntegro de control, socavando el poder adquirido por los señores feudales y desarrollando mecanismos financieros, se atribuía derechos divinos sobre la tierra, rompiendo la idea del sistema medieval de la iglesia universal¹⁵, en virtud de que, el poder real, se consideraba como un derecho transmitido directamente de Dios o consagrado por él.

La ausencia de derechos subjetivos de los ciudadanos en esta etapa, simplemente garantizaba una nula relación jurídica con este poder absoluto y *divino*,

¹⁰ Edisson Burbano Portilla, *El Estado de Derecho*, Iera. ed., (Quito: Quipus, Ciespal, 2005), 103.

¹¹ Aguilar Balderas, “Teoría general del Estado”, 20.

¹² Jellinek, “Teoría General del Estado”, 587.

¹³ Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez. *Elementos de Derecho Administrativo* (México: Limusa, 2010), 23.

¹⁴ Jorge Zavala Egas, *El Estatuto del Régimen administrativo de la Función Ejecutiva en el ordenamiento jurídico* (Guayaquil: Edilex, 1995), 22.

¹⁵ *Íbid.*, 21.

caracterizado por radicar su soberanía en el monarca, por la irresponsabilidad de su actuación ante la imposibilidad de que este respondiera por daños materiales y por ser considerado indemandable, es decir no existía institución o persona que pueda juzgarlo¹⁶.

En el siglo XVIII el Estado absolutista, sufre un cambio sustancial, el monarca pasa a ser una parte integrante del Estado, esta etapa es conocida como el Estado absolutista *ilustrado*, identificado con la frase: *todo para el pueblo, pero sin el pueblo*¹⁷. A finales de este siglo, aparece la expresión *Estado de Derecho*, como una manifestación jurídica, identificando al principio de legalidad como el centro de referencia de casi toda relación social¹⁸.

La transición y paso a esta nueva forma de Estado se origina primordialmente como consecuencia de la revolución inglesa de 1688, revolución americana de 1776 y revolución francesa de 1789, como resultado de un nuevo pensamiento político, fundado en los postulados de Locke, Montesquieu y Rousseau, concernientes a la separación de poderes y la ley como expresión de voluntad general o interés público¹⁹.

Al efecto, es importante partir del criterio de Eduardo García de Enterría, quien menciona que la ley que presupone Rousseau no es un *iustum* de cualquier imperante; es la decisión del pueblo, sobre todo el pueblo, *la voluntad general*, que ha de pronunciarse únicamente sobre cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales²⁰. Esta búsqueda de un fin de interés público, debe entenderse como más adelante se describirá, como la condición positiva de la legalidad de la acción administrativa propiamente.

La teoría de división de poderes, transformada en ocasiones en división de funciones, nace ante la necesidad de armonizar y equilibrar fuerzas, impidiendo un ejercicio unilateral y abusivo, asignando además independencia a órganos estatales diferentes que a la vez se limitarán entre sí, en contraposición a la conceptualización de Estado que había sido dada originariamente por el derecho natural, en la que la

¹⁶ Delgadillo Gutiérrez, “Elementos de Derecho Administrativo”, 24.

¹⁷ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de derecho administrativo*, 1era. edición, (Guayaquil: Edilex, 2011), 23.

¹⁸ Burbano Portilla, “El Estado de Derecho”, 104.

¹⁹ Delpiazzo, “Derecho Administrativo uruguayo”. 4.

²⁰ Cf. Gabriel Ruan Santos, “Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional”, en Pasquale Pistone y Heeno Taveira Torres, edit., *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional* (Buenos Aires: Ábaco Editores, 2005), 390.

concentración de poder en una sola voluntad, era el ideal²¹.

La ley, como expresión de la voluntad común, de carácter general, abstracto, permanente y obligatorio, en virtud de que regula todos los casos o situaciones, no se agota con su aplicación al menos hasta cuando esta se entienda vigente.

Ante estos postulados, surge el denominado Estado de Derecho, caracterizado por respetar sin condiciones el derecho objetivo vigente y pretendiendo eternizar el *statu quo* vigente, en cuya esfera se respeta de forma preferente los *derechos bien adquiridos*, antes que la existencia política y seguridad propia del Estado²².

El *Estado de Derecho*, surgió de la filosofía política de Kant, quien lo concibió como el Estado de la razón, como una unión de hombres bajo las leyes, una *especie* de Estado de entendimiento, en el que se gobierna a voluntad general racional en búsqueda del bien común²³.

Ante estos postulados, surge el Estado de Derecho, imponiendo respeto a las normas administrativas, como contrapeso ante el inminente poder del monarca, para equilibrar el poder y la libertad humana y con ello el sometimiento del Estado a la ley, pensamiento jurídico presidido por la idea del gobierno de las leyes y no de los hombres, que en muchos casos puede ser interpretado como un ideal político, alejado por tanto de una noción jurídica y en el cual se reconocen expresamente los derechos subjetivos de los ciudadanos.

El Estado y el Derecho son realidades históricas de existencia permanente, el primero presupone per se la existencia del Derecho y este último, a la vez es coetáneo al hombre, en virtud de que siempre se ha desarrollado en sociedad, sometido a normas impuestas por el *líder o jefe*, aún sin importar cuán primitivas sean estas normas. De ahí nace, el hecho de que los hombres que pertenezcan a un conglomerado tengan un factor común que los une, este factor común no es otra cosa que un orden normativo que regula su conducta mutua²⁴.

El término *Estado de Derecho* es una concepción y construcción lingüística alemana, conocido por Welcker como *Estado de la razón* y por Mohl como *Estado del Entendimiento*²⁵.

²¹ Jellinek, "Teoría General del Estado", 451.

²² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial), 186.

²³ Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional ecuatoriano*, I ed. (Bogotá: Legis, 2007), 385.

²⁴ Roberto Ríos Elizondo, *El Acto de Gobierno*, I ed. (México: Porrúa, 1975), 45-8.

²⁵ Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Madrid: Trotta, 2000), 19.

El Estado de Derecho, en su sentido más amplio, significa que los particulares deben obedecer el derecho y regirse por él, este sentido literal, tiene dos aspectos: a) que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo; y, b) que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él. En su sentido restringido, el gobierno debe ser regido por el derecho y sometido a él. El Derecho debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos (concepción formal)²⁶.

Los principios fundamentales del Estado de Derecho, son:

a) Que todo tipo de derecho debe ser autorizados de manera adecuada conforme a los criterios de validez establecidos; b) Que los criterios para determinar la validez del derecho deben estar claros generalmente y que deben incluir criterios para resolver los conflictos entre normas jurídicas válidas; c) Que el derecho de origen estatal relativo a una materia debe ser uniforme dentro de los límites del Estado; que, en la medida de lo posible y de lo apropiado, debe adoptar la forma de reglas generales y definidas aplicables a clases de sujetos, conductas, circunstancias, etc., y que, cuando sea apropiado, debe aplicarse por igual a las autoridades y ciudadanos; d) Que todas las formas de derecho deben ser apropiadamente claras y estar determinadas en su sentido; e) Que el derecho de creación estatal y otras formas normativas apropiadas, deben tener forma escrita y ser promulgadas, publicadas o de otro modo puestas en conocimiento de sus destinatarios; f) Que las normas y sus cambios deben ser generalmente prospectivas y no retroactivas; g) Que las conductas exigidas por el Derecho deben estar dentro de lo que puedan cumplir los destinatarios de las normas²⁷.

El Estado de Derecho se caracteriza principalmente por configurar un ordenamiento jurídico, en el cual, nacen los principios que a la vez desarrollan los derechos ciudadanos y de forma concomitante establecen mecanismos idóneos denominados garantías para la defensa de estos derechos ante la Administración Pública, otra de sus características fundamentales es la de consagrar por primera vez un sistema de responsabilidades de la Administración como medio de control de sus actuaciones²⁸, en virtud de que, se limitan a un orden preestablecido de normas, mismas que obligan y someten a todos, mientras no sean derogadas o modificadas, ante tal aseveración aparece como principio general del derecho, la seguridad jurídica, que reconoce implícitamente el derecho de los particulares a reaccionar ante su inobservancia²⁹.

En este punto, es importante también destacar lo que para Luigi Ferrajoli,

²⁶ Joseph Raz, "Estado de Derecho", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, edit., *Estado de Derecho*, (México: Siglo XXI Editores, 2002), 17.

²⁷ Robert Summers, "Estado de Derecho", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, edit., *Estado de Derecho*, (México: Siglo XXI Editores, 2002), 39.

²⁸ Ramón Martín Mateo y Juan José Díez Sánchez, *Manual de Derecho Administrativo* (Navarra: Aranzadi, 2006), 33

²⁹ *Ibid.*, 33.

dentro de su teoría jurídica garantista, comprende como Estado de Derecho, en este sentido y con afán de sentar las bases para el desarrollo y entendimiento del siguiente capítulo, en el cual describiremos la evolución de un Estado legal a un Estado constitucional, ante lo cual, mencionaré que para el jurista italiano, el Estado de Derecho en sentido sustancial, es sinónimo de ordenamiento jurídico, en el que los poderes públicos son conferidos por la ley, no solo en lo relativo a las formas sino también a los contenidos y ejercitados a través de los procedimientos previamente establecidos, mientras que en sentido restringido, el Estado de Derecho corresponde a aquellos ordenamientos jurídicos a los que todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, se vinculan a principios sustanciales consagrados en la Constitución³⁰.

Para Ferrajoli, el Estado de Derecho ha sufrido transformaciones profundas pasando de una formación que obedecía a la jurisprudencia y doctrina, donde no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes provenientes del imperio, la iglesia, los príncipes, municipios, corporaciones, a un Estado legislativo, que afirma al principio de legalidad, como criterio exclusivo del derecho *válido* y como única fuente de legitimación; para finalmente definirse como un Estado que propende la vinculación directa entre la aplicación del derecho y la materialización de las reglas y principios constitucionales, que implican además la facultad de las Cortes Constitucionales para declarar la invalidez de leyes u otra norma contraria a los preceptos constitucionales³¹.

La doctrina clásica, reconoce además dos clases de Estados de Derecho: *Estado de Derecho liberal* y *Estado social de Derecho o Estado de desarrollo*. En el primero, se fundamentó en tres condiciones básicas: la diferencia entre Estado y sociedad civil, el equilibrio de los poderes públicos y la defensa de la propiedad privada³². El hombre por naturaleza es bueno y capaz de perfeccionamiento, toda persona es un individuo *libre, digno e igual ante la ley*³³. Este sistema se caracteriza por ser íntegramente burgués o individualista, basado en las nociones de libertad, igualdad y fraternidad, propugnadas por la Revolución Francesa, cuyo fin primordial se erige en torno al respeto de los principios de derecho natural y economía liberal. La autoridad superior es la ley. El rey solo puede exigir obediencia en nombre de la

³⁰ Cf. Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2003), 13.

³¹ *Ibid.*, 13-19.

³² Juan Cruz Allin Aranguren, *Derecho Administrativo y Globalización* (Madrid: Civitas, 2004), 37.

³³ Madriñán Rivera, "El Estado Social de Derecho", 28.

ley³⁴.

El Estado está limitado en su actividad, no podía ni debía modificar el orden social natural, pero si tenía la obligación de garantizar la coexistencia de las libertades individuales, sin disponer, restringir ni inmiscuirse en el libre juego y concurrencia del mercado, iniciativa económica, economía competitiva y el respeto a la ley de la oferta y la demanda, *laissez faire, laissez passer*³⁵. La sociedad se torna individualista y el Estado se torna abstencionista en el trabajo y la economía, aunque siempre con fuerte intervencionismo en pro de la propiedad, al ser considerado un derecho inviolable y sagrado, cuestiones de orden público y militar, con fuertes represiones en contra de huelgas, protestas y algaradas³⁶.

De las características planteadas, es fácil deducir una incontrolable pasividad del sistema, ante la creciente desigualdad material entre la burguesía y la clase proletaria. Sin embargo, no fue, sino hasta el término de la Primera Guerra Mundial³⁷, cuando las clases obreras obtienen concesiones sociopolíticas importantes, marcando con ello el inicio de la decadencia de este modelo de Estado, ante la inconformidad de una enorme desigualdad social, económica y política creada ante la imposición de un sistema liberal de mercado.

En el Ecuador, las reformas liberales se impusieron bajo condiciones internacionales de expansión del capitalismo, con ello, se pretendía modernizar el Estado, a través de la construcción de las vías de comunicación, la expedición de un nuevo Código de Comercio y otras leyes de carácter económico, surgieron organizaciones de productores, comerciante y obreros, se develaron nuevos hábitos de consumo, se fundaron escuelas privadas no religiosas; sin embargo, por otro lado, se limitó los mecanismos de control sobre los terrateniente por su cercana relación con la burguesía comercial y bancaria³⁸.

El liberalismo en el Ecuador, abarcó el período de 1895-1913, espacio en el que se impulsó la presencia del poder ejecutivo, instancia que asumió atribuciones que les habían sido hasta entonces propias de la iglesia y los órganos descentralizados, hecho que implicó en la ampliación y transformación de la

³⁴ Vicente Escuin Palop, *Elemento de Derecho Público*, 4ta. ed., (Madrid: Tecnos, 2005), 88.

³⁵ Elías Díaz, "Estado de Derecho", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, edit., *Estado de Derecho*, (México: Siglo XXI Editores, 2002), 76-8.

³⁶ *Ibid.*, 78-80.

³⁷ Madriñán Rivera, "El Estado Social de Derecho", 34.

³⁸ Enrique Ayala Mora, *Historia de la Revolución Liberal Ecuatoriana* (Quito: Corporación Editora Nacional, 1994), 204-210

burocracia nacional, se crearon nuevas dependencias y se suprimieron otras³⁹.

Como mecanismo alternativo, al Estado liberal, se impone el Estado social de Derecho o Estado de desarrollo, como consecuencia de cambios sociales profundos y ante la incapacidad del Estado liberal para dilucidar sobre las necesidades ciudadanas, entre sus presupuestos fundamentales está la sujeción al Derecho y la aplicación de una economía social⁴⁰, se caracteriza por pretender establecer condiciones sociales y económicas más justas, reconociendo además, igualdad, derechos y libertades, para los tradicionalmente menos favorecidos, derechos y libertades que habían sido proclamados y postergados tantas veces en los regímenes liberales, todo con el fin de garantizar el bienestar y la justicia social.

El Estado de desarrollo buscaba corregir el individualismo, el Estado pasaba de ser abstencionista a intervencionista, sobre todo en materia económica. La sociedad era industrial, postindustrial, tecnológica y de servicios, de consumo, corporativa⁴¹, la Administración Pública fue dotada de mayores competencias y medios jurídicos para conquistar un nuevo orden socioeconómico en el marco de nuevos principios de orden social⁴².

En el Ecuador, la Constitución de 1929, es la primera en reconocer derechos económicos y sociales; hecho que se ve consolidado en las Cartas posteriores de 1945 y 1979; para más tarde, posicionarlos en la Constitución Política de 1998, con el reconocimiento de los derechos fundamentales, los derechos colectivos y las garantías constitucionales⁴³, sin embargo, esta Constitución se alejó completamente de la ejecución material de sus postulados, convirtiéndolos en meros enunciados formales, ante el imperante control y abuso de las clases políticas y oligárquicas privilegiadas.

1.2. El Derecho y la Administración

Si el Estado de Derecho como se ha dejado explicado, representa un orden jurídico total, entonces se entiende que la Administración debe manifestarse

³⁹ *Ibid.*, 244-250.

⁴⁰ Burbano Portilla, "El Estado de Derecho", 70.

⁴¹ Díaz, "Estado de Derecho", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez, edit., *Estado de Derecho*, 82.

⁴² Alli Aranguren, "Derecho Administrativo y Globalización", 166-7.

⁴³ Burbano Portilla, "El Estado de Derecho", 72.

permanentemente en forma jurídica⁴⁴, más aún, cuando esta *administración* se gestiona sobre bienes ajenos⁴⁵.

El Derecho Administrativo, está integrado por un conjunto de normas de Derecho público interno, que regula la organización y actuación de la Administración Pública⁴⁶ y como objeto de una especial rama de la Ciencia del Derecho, esta se considera una creación del Estado moderno⁴⁷, un producto histórico, resultado de la posición de la Administración dentro de un sistema político y dentro de la sociedad⁴⁸. Esta nueva rama jurídica, se desarrolla a través de la historia, con características específicas, para cada época:

Época de la Monarquía.- Existían Tribunales especializados en problemas de agua, bosques, economía, etc.; sin embargo toda actividad emanada por estos organismos estaba supeditada al principio de soberanía del monarca, en definitiva, su objetivo principal era salvaguardar los intereses particulares del rey y no de la comunidad. Se crean además, escuetas reglas de organización y actuación de las autoridades públicas, cuyo cumplimiento estaba lejos de ser obligatorio o vinculante para las autoridades⁴⁹.

Época de la Revolución francesa.- La Revolución francesa “desencanta el poder, lo reduce a un mecanismo humano, común, ordinario, racional, lo hace descender a la ciudad”⁵⁰. Es decir, la ley pasa de ser el resultado de la arbitrariedad, considerada en su momento como decisión divina, delegada en manos de la nobleza, a ser un proceso en el cual la soberanía le corresponde al pueblo y que honrando esa naturaleza, está en el deber de articular la libertad entre los ciudadanos y buscar el cumplimiento de sus fines comunes.

A la par del triunfo de la Revolución, crece la desconfianza a los parlamentos, que se habían constituido en obstáculos a la política y decisiones del rey. Además, con la teoría de división de poderes, se prohibió a los jueces resolver actos que se derivaren de la administración, principio que fuera elevado a categoría constitucional

⁴⁴ Bartolomé Fiorini, *Qué es el Contencioso* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965), 38.

⁴⁵ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, 21ª. ed., (Madrid: Trivium, 2002), 26.

⁴⁶ Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 13va. ed., (Madrid: Tecnos, 1999), 64.

⁴⁷ Frosthooft en Juan Cruz Alli Aranguren, *Derecho Administrativo y Globalización* (Madrid: Civitas, 2004), 30.

⁴⁸ Enrique Linde Paniagua, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 4ta. ed., (Madrid: Colex, 2012), 48.

⁴⁹ Entrena Cuesta, “Curso de Derecho Administrativo”, 51.

⁵⁰ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos* (Madrid: Civitas, 2001), 102.

en el año de 1791. Sin embargo, se torna un grave problema, que la administración no tenga quien juzgue su conducta, lo cual podría devenir en inminentes arbitrariedades, ante lo cual, en la Constitución de 1799, se creó el Consejo de Estado, como simulación de lo que fuese el Consejo del rey⁵¹. Para Rafael Entrena Cuesta, el Estado de Derecho y la división de poderes, constituyen el presupuesto jurídico- político para la existencia del Derecho Administrativo⁵².

Evolución posterior. - Una vez creado el Consejo de Estado, en casos de conflictos de índole administrativa, se creaba el fenómeno denominado *justicia retenida*, entendida esta como el mecanismo mediante el cual, los organismos asesores estudiaban el caso y proponían soluciones; sin embargo el jefe del ejecutivo, era quien *retenía* la decisión final. Ante ello, en los años de 1872, 1873 (*fallo Blanco*) y 1889 (*fallo Cadot*), se reconoce y se ratifica al Consejo de Estado, el carácter jurisdiccional, como una especie de justicia delegada⁵³.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), traspasó la soberanía del monarca a la *nación*, transformando así, la condición del individuo de *objeto del poder a sujeto de derecho*, estableciéndose y delimitándose con ello, las relaciones generadas entre la administración y los administrados, constituyó base fundamental en la construcción de la noción del derecho público, cuyo objeto entonces, era limitar y controlar el poder del Estado y evitar la arbitrariedad de sus agentes⁵⁴.

Para Agustín Gordillo, el Derecho Administrativo, nace para plantear un conflicto permanente entre *Estado e individuo, orden y libertad*⁵⁵, para otros y alineándose a este criterio, surgió ante la necesidad de conciliar el poder público con las garantías de los particulares⁵⁶, como mecanismo efectivo para detener la arbitrariedad y consolidar los derechos fundamentales.

El Derecho Administrativo es el conjunto de técnicas e instituciones jurídicas que direccionan a la Administración Pública, cuando se vincula directamente con los

⁵¹ Libardo Rodríguez R., *Derecho Administrativo general y colombiano*, 18va. Edición (Bogotá: Temis, 2013), 20-8.

⁵² Entrena Cuesta, “Curso de Derecho Administrativo”, 51.

⁵³ Rodríguez R., “Derecho Administrativo general y colombiano”, 28-31.

⁵⁴ Allin Aranguren, “Derecho Administrativo y Globalización”, 38.

⁵⁵ Cf. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 5ta. ed., (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000), III-1.

⁵⁶ Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa, “Compendio de Derecho Administrativo”, 15.

ciudadanos⁵⁷. *La Administración Pública*, por otro lado se define como la actividad del Estado, encaminada a la realización de sus fines, o al cumplimiento de intereses públicos⁵⁸.

En definitiva, el Derecho Administrativo, no es más que, el ordenamiento jurídico, que limita la actuación del poder público y regula su interrelación con los administrados.

Para el autor uruguayo Carlos Delpiazzo, la Administración puede definirse desde dos puntos de vista el subjetivo y objetivo. El primero la concibe como la *organización* o conjunto de órganos públicos, mientras el segundo como una *actividad*, encaminada al cumplimiento de un objetivo común⁵⁹, este interés general se vincula directamente con el elemento teleológico o finalista del Estado, que incluye al mismo tiempo una acepción política y otra jurídica. Para Georges Vedel, el interés general o público, no es más que un *arbitraje* entre los diversos intereses particulares, determinable de forma cualitativa y cuantitativa⁶⁰.

El interés público, para unos no es más que la suma de intereses particulares, compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos y que es asignado a toda una comunidad como consecuencia de la elección de una mayoría⁶¹, para otros, este sería un asunto exclusivo de la administración en general, negando que este interés tenga relación con los individuos o grupos humanos que componen una nación⁶². Argumento final, que a mi discernimiento carece totalmente de lógica política y jurídica, por la relación y evolución directa entre los individuos, la Administración, el Derecho y el Estado.

Para desvanecer el argumento expuesto en el párrafo anterior, Alli Aranguren, más allá de un *interés público o general*, habla de un *interés colectivo*, que a diferencia del primero, según dice, este último, involucra también la participación social en la determinación y gestión de la función administrativa⁶³.

Ante esta necesidad de satisfacer el *interés colectivo*, la Administración se obliga a someterse al Derecho, mediante la aplicación directa de una ley de carácter

⁵⁷ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, t. I, 2^a. ed., (Madrid: Iustel, 2006), 57.

⁵⁸ Allin Aranguren, “Derecho Administrativo y Globalización”, 51.

⁵⁹ Cf. Delpiazzo, “Derecho Administrativo uruguayo”, 7.

⁶⁰ Georges Vedel. *Derecho Administrativo*, 6ta. Edición (Madrid: Aguilar, 1980), 257

⁶¹ Carlos Balbín, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, I reimpresión (Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2008), 199.

⁶² *Ibid.*, 257.

⁶³ Alli Aranguren, “Derecho Administrativo y Globalización”, 165

general, pretendiendo equilibrar las prerrogativas públicas y la plena eficacia de las garantías de los individuos⁶⁴.

El sistema de régimen administrativo, constituye un Derecho especial, que da origen a normas jurídicas particulares y diferentes a las aplicadas en el derecho privado, reviste de privilegios a la administración, tales como la ejecutividad de los actos emitidos por esta, la revisión de sus actuaciones se realiza ante Tribunales especializados⁶⁵. El *Droit administratif*⁶⁶ o llamado también régimen de derecho administrativo, se concibe como una noción francesa, en esta categoría, los *actos privados o de gestión* se distinguen entre *actos de poder, autoridad o de mando*. Estos últimos eran propiamente la manifestación del poder público, concretados en actos de mando o autoridad, para los cuales se crean instancias judiciales propias, así como un conjunto de normas jurídicas particulares⁶⁷.

Mientras que, el sistema sin régimen administrativo o *Rule of Law*⁶⁸, para Jairo Ramos Acevedo, se caracteriza por la descentralización de la actividad administrativa, carece de prerrogativas, poderes o potestades, se prohíben las facultades discrecionales, en vista de que la administración se somete a las mismas leyes que los particulares y por ende sus actuaciones se someten a tribunales ordinarios, se caracteriza por considerar que la Constitución es expresión de derechos más no fuentes⁶⁹.

Jairo Ramos Acevedo, en la misma línea de Henrik López Sterup, sostiene que, el Rule of Law, se aleja de lo que representaría un Estado de Derecho, así como del régimen administrativo. Esta posición ideológica de origen inglés (1688), iniciada ante el cuestionamiento del régimen imperante, personifica la transición entre el conocido Estado Policía y Estado de Derecho. La administración se somete al derecho civil o privado y a los tribunales ordinarios, se analizaba la administración

⁶⁴ Delpiazzo, “Derecho Administrativo uruguayo”, 7-8.

⁶⁵ Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa, “Compendio de Derecho Administrativo”, 14-5.

⁶⁶ A pesar de nacer como una doctrina francesa, el mayor y más influyente desarrollo doctrinario, tuvo lugar en Alemania de la mano de los autores Carl Friedrich Von Gerber con *Über Öffentliche Rechte /Acerca de Derecho Público* (1852), Paúl Laband con *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches/ El derecho constitucional del Reich alemán* (1876), Otto Mayer con *Deutsches Verwaltungsrecht/ Derecho administrativo alemán* (1886); George Jellinek con *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte/Sistema de los derechos públicos subjetivos* (1892) y *Allgemeinzustand Theorie/Teoría General del Estado* (1910), quienes dejaron sentadas las bases para la construcción de un derecho administrativo autónomo del Derecho Público general.

⁶⁷ Jairo Ramos Acevedo, *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano* (Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003), 32.

⁶⁸ *Ibid.*, 31.

⁶⁹ Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa, “Compendio de Derecho Administrativo”, 14-5.

pública desde perspectivas no jurídicas; en virtud de que conforme el pensamiento de entonces los principios y las reglas que valen para la industria valen para el Estado⁷⁰.

Refiriéndose a la vinculación gradual de la Administración Pública al derecho, Domingo Juan Sesín, realiza la siguiente consideración:

Vinculación negativa de la administración a la ley y el ordenamiento jurídico.- Emerge el principio de competencia, derivado de la ley y no de la omnipotente voluntad del monarca, los súbditos se convirtieron en ciudadanos y por lo tanto en sujetos de derechos. Conforme esta vinculación, la administración pública disponía de un gran margen de libertad para obrar, este obrar, estaba sujeto de valoración de los mismos funcionarios⁷¹. En la vinculación negativa, la administración no requiere que una ley le atribuya directamente una potestad para actuar, sin embargo la ley crea sus limitaciones. Esta vinculación o principio de vinculación negativa, rige sobre todo en la vida privada, donde al particular le está permitido hacer todo aquello que la ley no prohíba⁷². *Permissum videtur in omne quod non prohibitum, o quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur*, todo lo que no está prohibido por la norma está permitido⁷³.

Vinculación positiva de la administración a la ley y ordenamiento jurídico.- Para Merkl, citado por Domingo Juan Sesín, toda actividad que sea concebida dentro del ámbito administrativo, si no está previamente legitimada por un orden normativo, no podrá ser considerada como función estatal⁷⁴. La administración sólo puede ejercer la facultad que la ley autorice, esta facultad debe estar previamente diseñada⁷⁵. *Quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur* lo que no está permitido está prohibido⁷⁶.

La vinculación positiva de la administración a la legalidad, sin necesidad de partir de dogmas kelsenianos, es universalmente aceptado, como una vinculación general de la administración al ordenamiento jurídico⁷⁷.

⁷⁰ Cf. Ramos Acevedo, "Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano", 31.

⁷¹ Domingo Juan Sesín, *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*. 2da. Edición (Buenos Aires: Ediciones Lexis Nexis, Depalma, 2004), 21-2.

⁷² Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo sancionador, 2ta. Edición* (Bogotá: Legis Editores S.A., 2009), 193.

⁷³ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, I. 2 ed. (Madrid: 2009), 54.

⁷⁴ Sesín, "Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica", 22-3.

⁷⁵ Ossa Arbeláez, "Derecho Administrativo Sancionador", 193.

⁷⁶ Santamaría Pastor, "Principios de Derecho Administrativo General I", 54.

⁷⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. I era. Edición con notas de Agustín Gordillo (Buenos Aires: Thomson, 2006), 447.

El Derecho Administrativo, en los siglos XIX y parte del siglo XX, sufrió un proceso de desestructuración orgánica, motivada por factores como: la globalización, la pérdida de poder del Estado y su descentralización funcional y territorial, este, ha evolucionado de la noción de un poder público, actividad de poder, de gestión, etc, a un Derecho Administrativo definido por la noción de servicio público, cuyo fin esencial es la satisfacción de un interés general⁷⁸.

Ya en el siglo XX e inicios del siglo XXI, la Administración atraviesa una crisis de transformación, debe adaptar sus sistemas normativos, competenciales y orgánicos a los profundos cambios socio-económicos, a las nuevas tendencias ideológicas jurídicas y políticas, a una economía global, a una nueva organización internacional, a procesos descentralizadores, a las innovaciones tecnológicas, a la sociedad de la información, a la mayor sensibilidad de derechos humanos y a nuevos valores sociales⁷⁹.

1.3. El Derecho Administrativo en el Ecuador

El Derecho en términos generales, se erigió como una ciencia social, encargada de reglamentar o prescribir, para de este modo establecer parámetros y límites a la conducta humana; así como solucionar los conflictos sociales tanto en ámbito público como privado; surge conjuntamente con el acto administrativo, a partir de la Revolución Francesa, en la cual se reafirmaron los principios de división de poderes, el principio de legalidad y el derecho a impugnar, su naturaleza era netamente procesal y su finalidad, constituyó un evidente esfuerzo de conciliación entre la administración y los derechos de los particulares⁸⁰; así como, defender a la administración de los embates efectuados por los parlamentos de la época⁸¹.

Los primeros antecedentes en torno a la Administración Pública en el Ecuador aparecen en la llamada *Constitución quiteña* de 15 de febrero de 1812, que a más de determinar aspectos básicos de representación nacional, hace una clara división de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, en ejercicio de la *voluntad soberana*, posterior con la anexión del ahora territorio ecuatoriano a la República de Colombia

⁷⁸ Rodríguez R., “Derecho Administrativo general y colombiano”, 33-4.

⁷⁹ Alli Aranguren, “Derecho Administrativo y Globalización”, 377-380.

⁸⁰ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Loja: Universidad Particular de Loja, 1997), 386.

⁸¹ Gustavo Penagos, *Bases Jurídico Políticas del Derecho Administrativo*. 2da. Edición (Bogotá: Doctrina y Ley, 2009), 6-7.

en 1822, como *Departamento del Sur*, se acogieron como propias tanto la Constitución de Cúcuta como las demás leyes colombianas, especialmente la ley colombiana de 1825 sobre la administración de la República en sus diferentes ramos de justicia, hacienda, economía de guerra y gobierno político y económico de los departamentos y provincias, aplicadas incluso después del establecimiento del Ecuador como República en 1830⁸².

La Ley de Hacienda, fue si no la primera, una de las primeras leyes que sirvieron de marco para facilitar la administración financiera en el Ecuador, tanto entre los años de 1821 a 1829 cuando el país aún constituía parte de la Grancolombia, como al inicio de nuestra vida republicana en 1830, sin duda la edición de mayor interés es la promulgada y sancionada por el presidente García Moreno el 21 de octubre de 1863, luego de su aprobación por las cámaras legislativa y que estuviera vigente hasta el año de 1927, es decir por un período de 64 años. La ley de hacienda de 1928, resta poder de los gobernadores de las provincias como jefes de la administración de la hacienda provincial, mientras las juntas de hacienda y el Tribunal de Cuentas, son eliminados definitivamente. Se ordena la creación de la Contraloría General del Estado⁸³. Norma que finalmente sería derogada con la emisión de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No.337 de 16 de mayo de 1977.

La Constitución de 1830 contempla dentro del poder ejecutivo para asistir al Jefe de Estado un *Ministerio de Estado*, encargado del gobierno interior y justicia, exterior, hacienda, guerra y marina; así mismo, surge el denominado Consejo de Estado, cuyo fin último era brindar asesoría al Presidente de la República en las diversas ramas de la Administración Pública⁸⁴. Las Constituciones de 1843 y 1861, por primera vez considera la administración interior, caracterizada por dividir al territorio ecuatoriano en provincias, cantones y parroquias, mantiene a las gobernaciones y tenencias parroquiales, como *Agentes inmediatos* del Poder Ejecutivo; además, se menciona a los denominados *corregidores*, como aquellos

⁸²Efraín Pérez Camacho, *Manual de Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y publicaciones, 2009), 6.

⁸³Ecuador, Derogada Ley Orgánica de Administración Financiera y de Control en Registro Oficial. Suplemento No. 337 de 16 de mayo de 1977, 14.

⁸⁴ Ecuador. Constitución Política de Grancolombia en Diario de la Convención Nacional de 01 de enero de 1830, art. 95.

encargados de administrar uno o más cantones y los tenientes políticos para la administración de las parroquias⁸⁵.

Las Constituciones de 1851, 1852 y 1861, son las primeras en considerar garantías personales en favor de los ciudadanos, tales como: la libre movilidad, la prohibición de no ser juzgado por una ley posterior a la comisión del delito o ser distraído de sus jueces naturales, entre otras⁸⁶.

En la Constitución de 1897, se menciona por primera vez que las funciones correspondientes a cada uno de los Ministros de Estado, constará en la Ley de Régimen Administrativo interno⁸⁷. El Consejo de Estado o Consejo de Gobierno, como herencia española, sobrevive en el Estado ecuatoriano hasta comienzos del siglo XX, la reforma constitucional de 1906 le atribuía por primera vez, facultades de decisión sobre cuestiones contenciosas administrativas⁸⁸.

...El Ecuador de 1928 era un país con una vida administrativa de estrechas fronteras. Sin hacer mención de la organización administrativa de la Función Legislativa, el Presidente de la República tenía la calidad de jefe de la administración pública, es decir, de la gestión financiera y de servicio; contaba para ello con seis secretarios de Estado en las siguientes carteras: de lo interior; de relaciones exteriores; de instrucción pública; de previsión social y trabajo, agricultura, asistencia pública, oriente, etc.; de hacienda; y de guerra, marina y aviación. No existía la Secretaría General de la Administración y el desarrollo mismo de cada uno de los ministerios de Estado y de los distintos repartos administrativos era reducido, lo que se desprende del hecho, por ejemplo, de que la Presidencia de la República contaba solo con 26 empleados en total, o de que el Ministerio de Relaciones Exteriores era atendido solo por 110 empleados, incluido el Ministro...⁸⁹.

Con la Constitución de 1945, se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, a cuyo organismo se le transfiere la competencia para ejercer la jurisdicción contencioso administrativa⁹⁰, sin embargo con la reforma constitucional de 1946, estas facultades se devuelven al Consejo de Estado.

⁸⁵ Ecuador. Constitución Política de 1843 en Diario de la Convención Nacional de 01 de abril de 1843, art. 79.

⁸⁶ Ecuador. Constitución Política de 1852 en Diario de la Convención Nacional de 06 de septiembre de 1852, art. 106.

⁸⁷ Ecuador. Constitución Política de 1897 en Registro Oficial, Suplemento No. 272 de 14 de enero de 1897, art. 142.

⁸⁸ Ecuador. Constitución Política de 1897 en Registro Oficial, Suplemento No. 262 de 24 de diciembre de 1906, numeral 9, art. 98.

⁸⁹ Ecuador, Derogada Ley Orgánica de Administración Financiera y de Control en Registro Oficial. Suplemento No. 337 de 16 de mayo de 1977, 10

⁹⁰ Ecuador. Constitución Política de 1945 en Registro Oficial, Suplemento No. 228 de 06 de marzo de 1945, numeral 8, art. 160.

En 1954, se crea el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en Quito y con jurisdicción en todo el territorio nacional⁹¹, como un ente autónomo de la justicia ordinaria y ante la necesidad de evitar que los jueces comunes se inmiscuyeran en los asuntos propios de la administración, en asuntos propios del *poder*, en razón de que, el Derecho Administrativo constituye el *ius commune* de la Administración Pública, es decir es un sistema jurídico autónomo, paralelo al Derecho privado⁹².

La Carta Constitucional de 1967, es la que define la competencia de los Tribunales Contenciosos Administrativos en materia contencioso administrativas y contencioso tributarias⁹³, para el efecto se expidió la denominada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, cuya vigencia se remontaría hasta la expedición del Código Orgánico General de Procesos, promulgado mediante Registro Oficial, Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015, es decir por casi cincuenta años. Para 1979, el Tribunal Contencioso Administrativo, por primera vez forma parte de los denominados, órganos de la función jurisdiccional⁹⁴.

En el transcurso del año 1992 y 1993, en el Ecuador se crean los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, además se genera un significativo desarrollo normativo en materia administrativa, se expide el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, mediante Decreto Ejecutivo No. 1634 de 31 de marzo de 1992; así como la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

La Constitución de 1998, pese a plasmar un cambio referencial respecto a los derechos y garantías constitucionales, aún existe vago desarrollo y limitación de los derechos ciudadanos cuando se trata de impugnar las decisiones del poder público, al disponerse que los actos administrativos emanados de cualquier autoridad de las funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley⁹⁵,

⁹¹ Efraín Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*. Tomo I (Quito: Corporación de Estudios y publicaciones, 2009), 31-49.

⁹² Entrena Cuesta, “Curso de Derecho Administrativo”, 66.

⁹³ Ecuador. Constitución Política de 1967 en Registro Oficial, Suplemento No. 133 de 25 de mayo de 1967, art. 213.

⁹⁴ Ecuador. Constitución Política de 1979 en Registro Oficial, Suplemento No. 800 de 27 de marzo de 1979, art. 98.

⁹⁵ Ecuador, Constitución Política de 1998 en Registro Oficial, Suplemento No. 001 de 01 de agosto de 1998, art. 196.

es decir previa a la impugnación en vía judicial, se debería agotar la instancia administrativa.

Para cambiar el paradigma, la Constitución de 2008, surge en un plano enteramente garantista, cuyo fin último, a diferencia de la precedente historia constitucional ecuatoriana, es el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionales, en este marco, plantea la personalidad jurídica de la Administración Pública en el Ecuador, desde los siguientes aspectos:

1. Las autoridades del poder público podrán ejercer únicamente las competencias que la Constitución y la ley les otorgue⁹⁶.
2. La administración, constituye un servicio público, bajo los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación⁹⁷.
3. Cualquier acto emitido por autoridad pública, podrá ser impugnado tanto en vía administrativa como judicial⁹⁸.

La norma constitucional es clara al determinar la sujeción de las potestades de la Administración Pública a la Constitución y a la ley; así como, en establecer los mecanismos de control de legalidad sobre los actos que esta emita.

1.4. El principio de legalidad en su dimensión tradicional y doctrinal

El Estado de Derecho, consagró a la *ley*, como el criterio de objetividad, como la representación indiscutible de la voluntad general, exenta de todo control, como producto de la legitimación que la nación otorgaba a la Asamblea Legislativa, misma que se atribuía inclusive poderes jerárquicos superiores a los de un rey. Este fenómeno se acentuaría con el surgimiento de reglas fundamentales, tales como: a) el monopolio del órgano legislativo para dictar normas generales y obligatorias, b) la interdicción de la justicia ordinaria para juzgar la actuación administrativa; y c) el fenómeno de concentración de poderes normativos, al verificar la inexistencia de reglas compatibles que determinen de forma idónea la prevalencia de unas fuentes

⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IV, “Participación y organización del poder”, cap. séptimo, “Administración Pública”, art. 226 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización). En adelante se cita como CRE.

⁹⁷ *Íbid.*, art. 227.

⁹⁸ *Íbid.*, art 173.

sobre otras.

En este marco histórico se originó el principio de legalidad como dogma jurídico central del nuevo modelo de Estado,⁹⁹ principio que para muchos doctrinarios, es sinónimo directo de *ley*, mientras que para otros, su concepto como tal, tiene implícito el conjunto de reglas de derecho (bloque de legalidad).

El surgimiento de este principio, se combina necesariamente con los sistemas democráticos, como un medio de proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad del poder. Al efecto, es importante describir a la arbitrariedad como el ejercicio del poder al margen de la ley, caracterizado por el voluntarismo y sin razón¹⁰⁰. Entre otras legislaciones, la argentina, chilena y española reconocen el principio también conocido como de razonabilidad, de prohibición o interdicción de la arbitrariedad, como principio autónomo en relación a la legalidad, más, sin embargo a la vez vinculados directamente por la relación derivada de sus orígenes y de su aplicación al configurar de forma conjunta otro precepto básico del derecho, como es la seguridad jurídica.

La sumisión a la ley, se deriva de forma directa de la expresión de la voluntad popular, por cuanto la Administración no aparece como un poder aristocrático, sino como un poder democrático al servicio de la sociedad civil¹⁰¹, cuyo fin en esencia sería el cumplimiento de objetivos afines y coherentes a los lineamientos otorgados por representantes de esta misma sociedad.

Tal y como defendería *Rousseau* en su obra el *Contrato Social*, al mencionar que la soberanía, entendida esta como la *voluntad general* es la única que puede dirigir las fuerzas del Estado hacia la consecución del bien común, esta soberanía reside en el pueblo y se manifiesta a través de leyes que a la vez constituyen la necesidad general; al efecto y para que tenga una connotación general, debe partir del precepto de que es aplicable para todos¹⁰².

En este sentido, el principio de legalidad, nace y se erige como una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y a la vez la columna vertebral del Derecho Administrativo, no implica únicamente la sujeción irrestricta de la actuación

⁹⁹ Juan Carlos Cassagne. *El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, 115-6.

¹⁰⁰ Altamirano, "La Discrecionalidad administrativa y la motivación del acto administrativo de determinación tributaria", 169.

¹⁰¹ Enrique Rojas Franco. *Derecho Administrativo y derecho procesal administrativo* (Guayaquil: Edilex, 2007), 51-3.

¹⁰² Jean Jacques Rousseau, *Rousseau*, trad. por Consuelo Bergés (Madrid: Gredos, 2011), 819.

administrativa a las prescripciones del Legislativo, sino además, el respeto a la producción de normas administrativas en el orden preestablecido, como parte del orden jerárquico de fuentes y la sumisión de los actos emitidos por autoridad administrativa competente a las disposiciones de índole general emitidas por esa misma autoridad.¹⁰³

El principio de legalidad suponía la reducción del derecho y de la actuación de la administración al ordenamiento jurídico vigente y la exclusión o por lo menos la sumisión a la ley de todas las demás fuentes de derecho¹⁰⁴, la expresión de voluntad popular que representa per se, el principio básico el elemento constitutivo fundamental de su nacimiento y evolución a lo largo de su historia¹⁰⁵.

La interpretación jurídica, dentro de este contexto, partía de la estructura de un silogismo deductivo, en donde la premisa mayor era la ley, la premisa menor el hecho y la conclusión o consecuencias se contenía también en la norma legal¹⁰⁶. La ley era el centro de todo sistema jurídico y ni siquiera se percibía la posibilidad de que la Constitución tuviera regla oponible a la libre configuración legal¹⁰⁷; la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político, social e ideal, definido y homogéneo; la ley era el *código*¹⁰⁸.

En definitiva, el principio de legalidad, desde sus inicios ha sido sin dudar, el eje del actuar de la Administración Pública, bajo la determinación clara de dos principales condiciones a desarrollarse en el próximo capítulo: a) delimitación de su aplicación (reserva de ley) o lo que para Parejo Alfonso y Roberto Dromi¹⁰⁹, sería la determinación de normas aplicables al caso concreto; y, b) posición jerárquica en relación a las demás normas.

Ante tales aseveraciones es inequívoco pensar que la actuación administrativa se enmarca dentro de la habilitación que la ley le otorgue. Así lo decía Georges Vedel, en su obra *Derecho Administrativo*, al mencionar que, la legalidad es la cualidad de lo que es conforme a la ley y que expresa la conformidad al Derecho y es sinónimo de regularidad jurídica¹¹⁰, lo que para nuestro sistema representaría la tan

¹⁰³ Garrido Falla, "Tratado de Derecho Administrativo", 198-9.

¹⁰⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, 2ª. ed. (Madrid: Trotta, 1995), 24.

¹⁰⁵ Entrena Cuesta, "Curso de Derecho Administrativo", 141.

¹⁰⁶ Rodolfo Vigo, *Interpretación jurídica* (Buenos Aires: Culzoni, 1999), 16.

¹⁰⁷ Muñoz Machado, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", 409.

¹⁰⁸ Iván Vila Casado, "Fundamentos del derecho constitucional ecuatoriano", 397.

¹⁰⁹ Cf. Luciano Parejo Alfonso y Roberto Dromi, *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, (Madrid: Marcial Pons, 2001), 308-9.

¹¹⁰ Cf. Georges Vedel. *Derecho Administrativo*, 6ta. Edición (Madrid: Aguilar, 1980), 219.

ansiada seguridad jurídica.

Andrés Serra Rojas, destaca al principio de legalidad como la piedra angular del Estado de derecho, que abarca todos los aspectos de la acción de los órganos públicos¹¹¹. Así mismo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, mencionan que la técnica de ejecución de la legalidad en la administración, se considera como una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas¹¹².

Para el autor español, Juan Alfonso Santamaría Pastor, el principio de legalidad es una manifestación singular de la regla básica de obligatoriedad general de las normas jurídicas¹¹³, en virtud de que, la *ley* se concibe en ejercicio de la soberanía popular, sometiendo toda actuación a un ordenamiento preestablecido, en el cual, se limitan y condicionan las libertades ciudadanas.

El principio de legalidad y la ley en sí, opera en la forma de cobertura legal de toda actuación administrativa, empodera, habilita y le otorga facultades de querer y obrar a la administración, definiendo cuidadosamente sus límites y confiriéndole poderes jurídicos, facultades de querer y obrar, conocidas en doctrina también como potestades, entendidas estas, como aquellas que no se generan como resultado de relación jurídica alguna, sino directamente del ordenamiento, es decir como simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a los efectos derivados del ejercicio de dicha potestad, creando una *situación pasiva de inercia (Giannini)*¹¹⁴. La legalidad define y concede estas potestades a la administración, cuyo actuar es el ejercicio directo de las mismas, incluyendo exigencias y limitaciones.

Para otros autores más extremos, como el colombiano Henrik López Sterup, el concepto de legalidad no es preciso, en virtud de que, este únicamente se vería desarrollado a plenitud al describir el principio *nullum crime sine lege scripta* en materia penal-sancionatoria¹¹⁵. Al respecto es importante, criticar la posición de López, en virtud de que el principio de legalidad, sobre todo en el caso ecuatoriano, tiene reconocimiento constitucional y como lo veremos más adelante, legalidad no es sinónimo de reserva legal.

¹¹¹ Cf. Andrés Serra Rojas. *Derecho Administrativo*. 2do. Curso. 1ra. Edición (México: 2013), 724.

¹¹² Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. 16 Edición (Madrid: Aranzadi, 2013), 480.

¹¹³ Cf. Santamaría Pastor, "Principios de Derecho Administrativo General I", 54.

¹¹⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. 16 va. Edición (Madrid: Aranzadi, 2013), 442-450.

¹¹⁵ Cf. Helena Alviar García Coordinadora. *Manual de Derecho Administrativo*. Henrik López Sterup. *Principio de Legalidad, Discrecionalidad y Confianza legítima* (Bogotá: Temis, 2009), 37.

A pesar de las aproximaciones al concepto de legalidad, Santofimio menciona, que es importante identificar a la legalidad, desde dos aspectos fundamentales, el formal y el teleológico. La legalidad formal o simple legalidad, se caracteriza por inhibir a la administración a manifestar su voluntad en contraposición al ordenamiento jurídico, sin la expresa autorización normativa, mientras la teleológica, identificada en el estudio de la finalidad de la institucionalización estatal o de las razones de su existencia, es decir, ante el cumplimiento de intereses generales¹¹⁶.

Para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, amparados en el planteamiento originario del principio de legalidad, la administración no podía actuar por su propia autoridad, sino amparándose en una ley, para luego pasar a un proceso de ejecución, el problema según mencionan, surgía al momento de concretar dicho proceso, para lo cual se forjó el concepto del *acto administrativo*, instrumento que poseía particular vinculación con la ley, distinta a la que tiene esta con una sentencia judicial, en virtud de que, los Tribunales de Justicia tienen como objeto exclusivo la ejecución de la Constitución, ley, etc; mientras que el fin último de la Administración es servir a los intereses generales, dentro de los límites de legalidad; esto, tomando en consideración que el poder normativo de esta Administración, ya no solo se presenta por medio de reglamentos tal y como se manifestaba desde la época monárquica, sino que es creadora de fuentes de normas autónomas¹¹⁷.

Analizando este criterio, puedo destacar el afán de los autores españoles por definir al acto administrativo ya sea este, de carácter particular o general, como el mecanismo por medio del cual, la administración se expresa y perfecciona su ejercicio en relación directa con los particulares.

El principio de legalidad no se circunscribe únicamente a la ley formal, como se ha dicho, se hace extensivo además a todo el ordenamiento jurídico, a este fenómeno se lo conoce como bloque de legalidad, también conocido como *principio de juridicidad* por Merkl¹¹⁸.

El bloque de legalidad, es el conjunto de principios de derecho, normas jurídicas, sustantivas, procedimentales y reglamentarias, a las cuales, *secum legen*,

¹¹⁶ Cf. Jaime Orlando Santofimio. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ta. ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 42-3.

¹¹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. 16 va. Edición (Madrid: Aranzadi, 2013), 440-450.

¹¹⁸ Jairo Enrique Solano Sierra, *Práctica administrativa*. 8va. Edición (Bogotá: Doctrina y Ley, 2008), 7.

debe someterse la Administración Pública¹¹⁹. En este punto, es importante resaltar el criterio de Merkl cuando define al principio de juridicidad, no como un precepto novedoso que vendría a reemplazar de forma fulminante al principio de legalidad, sino por el contrario, implica la irradiación de la legalidad en todo el ordenamiento jurídico.

Para Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al hablar del bloque de legalidad, el dilema se centraría en precisar en qué sentido el ordenamiento jurídico opera para determinar la posición jurídica de la actuación administrativa o a su vez, distinguir la vinculación entre la administración y el ordenamiento jurídico vigente.¹²⁰

Al respecto el Consejo de Estado colombiano, ha considerado que la manifestación de la voluntad de la administración, es donde se evidencia la operancia del bloque de legalidad, en la medida en que sus órganos y sus funcionarios den cumplimiento estricto a lo preceptuado en la normativa superior, así como, se encuentre investido de la facultad para hacerlo, fundamento que sirve de pilar fundamental no únicamente de la Administración Pública, sino también de todos los poderes y órganos autónomos de un Estado. En este contexto la legalidad asumiría dos esferas delimitadas en el ámbito de la Ley y en el de los principios, valores e interpretación jurisprudencial.

En el derecho colombiano, no resulta difícil sostener la existencia de un bloque de legalidad que contenga jerárquicamente normas de naturaleza constitucional, legal y administrativa, acompañado además de valores y principios, todos ellos de obligatorio cumplimiento por la autoridad competente, hecho que permite verificar la existencia de un sistema de derecho que sobrepasa la simple y llana legalidad, es decir el bloque de legalidad no implica positivismo estricto, sino por el contrario, una flexibilidad implícita¹²¹.

1.5. La presunción de legitimidad de los actos administrativos

El fundamento de esta presunción, se basa en la celeridad y seguridad jurídica que debe prevalecer en la actividad administrativa, en virtud de que, su legitimidad

¹¹⁹ *Íbid.*, 7.

¹²⁰ Cf. García de Enterría y Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 443.

¹²¹ Santofimio, “Tratado de Derecho Administrativo”, 41-5.

no necesita ser declarada previamente por órgano jurisdiccional alguno, esta cualidad toma el nombre de autotutela administrativa. Esta presunción es además *iuris tantum*, en tanto se puede comprobar en contrario, es decir que contravino el ordenamiento jurídico, sea en instancia administrativa o judicial¹²². La presunción de legitimidad es también conocida como presunción de regularidad del acto o presunción de justicia, sin perjuicio de lo dicho el vocablo *legitimidad*, no debería comprenderse como sinónimo de perfección según José Roberto Dromi¹²³.

La presunción de legitimidad comprende dos presupuestos fundamentales la legalidad y la presunción de validez de un acto administrativo, por un lado la legalidad justifica y avala la emisión de actos administrativos¹²⁴, es decir se presumen sujetos a normas legales expresas, por otro lado, la presunción de *validez*, emerge como consecuencia de la aplicación de una ley vigente, es decir en función del principio de legalidad.

Un acto administrativo *perfecto*, cumple con los requisitos y elementos constitutivos y esenciales¹²⁵ de validez *iuris tantum* o fuerza ejecutoria y eficacia u obligatoriedad, acto cognitivo, carente de vicio alguno. Sin embargo, para Sagayés Laso, este acto sería *perfecto*, pero susceptible de impugnación administrativa, menciona que, una vez resuelta esta impugnación el acto más que *perfecto*, adquiere la denominación de acto administrativo *definitivo*¹²⁶.

Para Ramón Parada, la presunción de validez cubre efectivamente los actos definitivos, pero no cubre todas las actuaciones realizadas por la administración dentro del procedimiento previo a la emisión de estos¹²⁷. En este sentido, es importante destacar que, los actos interlocutorios de la administración pública, por sí solos y atendiendo su naturaleza preparatoria, no constituyen fuerza vinculante para el administrado, ante lo cual, es lógico entender que la presunción de validez se limita únicamente al acto administrativo *definitivo*.

Las motivaciones que justifican la presunción de legitimidad de los actos administrativos son de dos tipos: a) Motivaciones de carácter formal, que incluyen las garantías subjetivas y objetivas; y, b) Motivaciones de orden sustancial, es decir,

¹²² Carlos Ariel Sánchez Torres, *Teoría General del Acto administrativo*. 1era. Edición (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995), 5.

¹²³ José R. Dromi, *Instituciones del Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1973), 203-4.

¹²⁴ *Ibid.*, 203.

¹²⁵ Ramón Parada, *Derecho Administrativo I*. 19va. Edición (Madrid: Marcial Pons, 2012), 137.

¹²⁶ Cf. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I., 8va. ed., (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 485-6.

¹²⁷ Cf. Parada, "Derecho Administrativo I", 138.

solamente la ley es a fuente de la presunción de legitimidad y consiste en presumir que el acto administrativo se sujeta de forma estricta al ordenamiento jurídico¹²⁸.

Para Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes, los actos irregulares son eficaces mientras el órgano competente no declare la disconformidad con el orden jurídico y los anule. Por lo tanto, defienden que lo importante no sería determinar *prima facie* la validez o invalidez del acto administrativo, considerando que los fines del Estado y la administración en sí, son calificadores y determinantes de la validez y eficacia del mismo, sino la presunción de legalidad de la cual se encuentra investido, en virtud de que, un acto es *válido* no por su legalidad, sino cuando su conservación se garantiza por el Derecho, entendida esta conservación como la vocación o pretensión de vigencia y eternidad. La *conservación* de actos jurídicos sean regulares e irregulares, se fundamentan en alcanzar un fin que el derecho considere digno de protección y que exista un interés directo sea este estatal, social o particular¹²⁹.

La validez, como presupuesto indispensable para que el Derecho garantice la conservación de un acto, debe entenderse en referencia no al acto en sí mismo, sino a que si los fines que con su mantenimiento en el orden jurídico se pretenden conseguir, gozan o no de tutela jurídica¹³⁰. En este marco la conservación debería entenderse como un medio a través del cual, actos administrativos aun cuando sean contrarios a Derecho, considerados ilegales, puedan ser merecedores de tutela, con el objeto de salvaguardar los intereses de la administración, tornándose legítimo por encima de su legalidad formal, logrando con ello que el acto sea eficaz, es decir se ejecute válidamente¹³¹.

La eficacia hace referencia directa a la producción temporal de efectos, ligada independientemente a los actos de notificación, publicación o aprobación posterior del acto administrativo, en fin, eficacia se entiende en primer lugar, como la producción de los efectos propios de cada uno defendiendo derechos y creando obligaciones de forma unilateral¹³². Así también lo entiende, José Luis Benavides, al manifestar que, la *presunción* se deriva de la capacidad que tiene el acto administrativo para ser ejecutorio y ejecutivo. Ejecutorio, en razón de la denominada

¹²⁸ Dromi, "Instituciones del Derecho Administrativo", 205.

¹²⁹ Cf. Jean Tron Petit y Gabriel Ortiz, *La Nulidad de los Actos administrativos*, I ed. (México: Porrúa, 2005), 263-5.

¹³⁰ Margarita Beladiez, en Jean Tron Petit y Gabriel Ortiz, *La Nulidad de los Actos administrativos*, I ed. (México: Porrúa, 2005), 264-5

¹³¹ Tron Petit y Gabriel Ortiz, "La Nulidad de los Actos administrativos" 263-5.

¹³² Parada, "Derecho Administrativo I", 139.

autotutela administrativa, es decir la potestad de la administración para declarar unilateralmente el cumplimiento de sus efectos; mientras tanto la ejecutividad del acto implica la transformación efectiva del ordenamiento jurídico y consecuentemente la obligación de los destinatarios a acatar sus efectos¹³³.

Para Beladiez Rojo, el problema de la relación entre el derecho a impugnar y el interés de *conservación* de la administración sobre los actos emitidos, invocan la satisfacción de dos intereses difícilmente conciliables y su solución según menciona, sería entender que los fines independientemente de cada uno no tiene un poder o vinculación absoluta, que es indispensable armonizar los dos intereses en conflicto, arbitrando un sistema que viabilice el ejercicio de ambos a través del tiempo¹³⁴.

En definitiva y de lo expuesto se deviene que la presunción de legitimidad, se basa en la idea de que, los órganos administrativos son en realidad instrumentos desinteresados que solo persiguen la satisfacción de una necesidad colectiva, dentro del orden jurídico.

Para Manuel María Diez, la doctrina distingue la presunción simple- *praesumptio facti, hominis iudicis* y presunción legal- *praesumptio juris*, esta última puede ser relativa (*juris tantum*) y absoluta (*juris et jure*)¹³⁵.

La presunción simple, resulta de una apreciación, se basa en que, la legitimidad del acto administrativo puede resultar indirectamente de indicios, se deriva del comportamiento continuo o de cierta actividad de la administración, que puede entenderse como una manifestación de voluntad, así tenemos por ejemplo al silencio administrativo. La presunción simple puede utilizarse como medio de prueba de la legitimidad o ilegitimidad de un acto administrativo. La presunción legal relativa, se refiere directamente a aquellos actos administrativos que no son ejecutorios por su propia naturaleza, tales como: las certificaciones, autorizaciones y aprobaciones, pero sin embargo se derivan de la expresión de la voluntad de la Administración Pública, así como, se derivan de la ley, de la norma general y abstracta. Finalmente la presunción legal absoluta, no da opción para probar vicios en los actos, en instancia administrativa, en virtud de considerarse actos *definitivos*, es decir, cuando el órgano que lo dictó ha agotado con ello su competencia para

¹³³ Cf. José Luis Benavides, en Carlos Molia y Libardo Rodríguez, *Alcance de la presunción de legalidad de los actos administrativos en El Derecho Público en Iberoamérica*, t. I, Iera. ed., (Medellín: Temis Editores, 2010), 529-533.

¹³⁴ Cf. Margarita Beladiez, en Jean Tron Petit y Gabriel Ortiz, *La Nulidad de los Actos administrativos*, I ed. (México: Porrúa, 2005), 264-5.

¹³⁵ Cf. Manuel María Diez, *El Acto Administrativo*. 2da. Ed. (Buenos Aires: Tipográfica, 1961), 280.

revisarlo nuevamente¹³⁶.

En el Derecho argentino, la presunción de legitimidad, se erige básicamente sobre cinco presupuestos: 1. La separación de poderes; 2. En la fe pública que merece tener el poder público; 3. En que el acto administrativo definitivo, además de perfecto haya agotado el procedimiento administrativo; 4. Que el acto administrativo no esté afectado por alguna nulidad sea esta absoluta o relativa; 5. La impugnación en el ámbito jurisdiccional debe promoverse a petición de parte y no de oficio, para de este modo no afectar el principio de separación de poderes¹³⁷.

La presunción de legitimidad, habilita que la actuación administrativa tenga efectos inmediatos, por lo tanto, corresponderá al individuo afectado desvirtuar dicha legitimidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa. La presunción subsiste mientras el órgano jurisdiccional no se pronuncie al respecto¹³⁸.

1.6. Las potestades administrativas, la actividad reglada, la reserva de ley y el control de la legalidad

El principio de legalidad atribuye de forma directa facultades a la Administración, así como, determina el ámbito y alcance de su aplicación y ejercicio, sin embargo, este ejercicio a la vez se encuentra supeditado a la revisión y control tanto en instancia administrativa como en instancia judicial, inclusive en el medio jurídico ecuatoriano, hoy por hoy, está sujeto a revisión constitucional.

Los poderes adquiridos por la Administración Pública, permite la creación de relaciones jurídicas, de las cuales emergen derechos y obligaciones vinculados con los ciudadanos¹³⁹, estas potestades, pueden tener el carácter de reglado o de mera aplicación legal (legalidad) y discrecionales, que a decir de la doctrina española son complementarios en cumplimiento de su fin, puesto que, esta última se entendería como una expresión de libertad absoluta de determinación, radicada en el centro mismo de la personalidad jurídica de la administración. En definitiva, la administración no únicamente podría hacer aquello que la ley autorice

¹³⁶ *Íbid.*, 280-293.

¹³⁷ José Canasí. *Derecho Administrativo*. Vol. II. Parte Especial (Buenos Aires: Depalma, 1974), 292-5.

¹³⁸ Orlando García Herreros, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2da. ed., (Santa Fé de Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1997), 159.

¹³⁹

expresamente, sino todo aquello que la ley no prohíba, es decir actuaría en el espacio libre de ley *gesetzesfrei Raum*¹⁴⁰, entendido este como el margen de maniobra que posee el órgano administrativo para adoptar una decisión.

Para Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, las potestades administrativas se consideran como el mecanismo técnico, mediante el cual se expresa el principio de legalidad, en virtud de ser consideradas como un poder jurídico, habilitaciones, apoderamientos, que la ley reconoce a la administración para la satisfacción de intereses generales. Los mismos autores establecen como características esenciales de las potestades: a) su reconocimiento en el ordenamiento jurídico o por el ministerio de la ley, b) unilateralidad, c) su ejercicio se entenderá vigente, mientras el ordenamiento jurídico que las reconoce como tales, también lo esté, d) los ciudadanos se encuentran en una posición de sujeción general ante el ejercicio de tales potestades; y, e) produce efectos jurídicos individuales¹⁴¹.

Las potestades administrativas se clasifican según su incidencia sobre los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, en virtud de que el ejercicio de una potestad administrativa, puede conllevar a la producción de efectos favorables, desfavorables o indiferentes en relación a los derechos de los ciudadanos; y, según el grado de vinculación de la administración, por el cual, las potestades pueden tener el carácter de regladas y discrecionales, es decir en la primera, la administración deberá acatar explícitamente lo dispuesto por la ley, pudiendo ser esta vinculación positiva o negativa; mientras en la segunda, goza de un margen amplio de apreciación para actuar conforme su albedrío¹⁴².

La legislación ecuatoriana recoge en la Constitución de 2008, sin denominarlo como tal, la esencia del principio de legalidad, al mencionar que las instituciones del Estado, sus organismos; así como, los servidores/as públicos y demás personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán las competencias que les sean concedidas por la Constitución y la ley¹⁴³. Es claro determinar que, el principio de legalidad no solo es reconocido una vez más, por la norma constitucional, sino que, además lo refuerza, dentro de un Estado con tintes iusnaturalistas, que es garante y custodio del cumplimiento de los derechos constitucionales; hecho que para muchos pensadores modernos resultaría incompatible, sin embargo, para la autora del presente trabajo de investigación, el hecho

¹⁴⁰ García de Enterría y Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 445-450.

¹⁴¹ Cf. Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 2da. Edición (Madrid: Tecnos, 2005), 46.

¹⁴² *Ibid.*, 47.

¹⁴³ CRE, art. 226

lejos de ser incompatible, devendría en el desarrollo y evolución natural del derecho, en el cual, sus principios fundamentales, entre ellos el de legalidad, deben acoplarse a la realidad jurídica actual.

La Corte Constitucional ecuatoriana, se ha pronunciado al respecto, indicando:

Que el principio de legalidad garantiza al ciudadano no ser víctima de una actuación estatal ilegal o arbitraria ya sea porque no se enmarque en los postulados de la ley nacional o se encuentre en contradicción con las normas constitucionales o de tratados y convenios internacionales de derechos humanos. El Principio de legalidad emerge cuando todas las acciones que emanan del poder público, se encuentran en completa armonía con las reglas de derecho...¹⁴⁴.

Es claro determinar que, el máximo órgano de control y cierre constitucional ecuatoriano, de forma indeleble reconoce la naturaleza esencial del principio de legalidad, como presupuesto fundamental que permita evitar la arbitrariedad del poder público.

La administración reglada, entendida esta como la sujeción de la administración a la ley, excluyendo con ello, la posibilidad de arbitrariedades por parte de la autoridad al resolver casos concretos, este principio se inspira en la ley y actúa dentro de sus límites, demarcando jurídicamente al Estado cuando actúa como soberano, en virtud de que, el Poder del Estado dimana del pueblo, cuya expresión popular se traduce en las leyes; por lo tanto, las autoridades administrativas, no tendrían ningún poder autónomo a la Constitución y la Ley, inclusive aun cuando, la ley calle. La autoridad administrativa, debe cumplir no solo el derecho creado por el legislador, sino aquel creado por la misma Ley¹⁴⁵.

Para José Roberto Dromi, la actividad administrativa es reglada cuando se determina el momento, contenido y forma de la misma, en la ley. Sostiene que la ley sustituye y prescinde de forma anticipada del criterio del órgano administrativo, prescribiendo por sí misma, lo conveniente o no para el interés público, determinando y limitando además el arbitrio y libertad de la conducta administrativa¹⁴⁶.

Para el autor argentino, en la actividad reglada, la conducta administrativa está regulada, normada jurídicamente, de forma directa e indirecta. La regulación

¹⁴⁴ Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 007-13-SEP-CC, caso No. 1676-11-EP, de 02 de abril de 2013.

¹⁴⁵ Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Madrid: Labor S.A., 1933), 108.

¹⁴⁶ Cf. Dromi, "Instituciones del Derecho Administrativo", 465.

directa, por medio de la cual, la predeterminación de la conducta administrativa se plasma en la ley, reglamento, etc., mientras la regulación indirecta o inversa, no está normada propiamente para o por la Administración Pública, es decir, se perfecciona cuando la norma jurídica, sin referirse directamente a la Administración Pública, establece principios concretos y generales a la que esta, debe sujetarse¹⁴⁷. En este punto, es importante reconocer y distinguir en el medio ecuatoriano, la regulación jurídica que Dromi desarrolla, sobre todo cuando hablamos de regulación indirecta, que posiblemente antes de la Constitución de 2008, podría haberse considerado por muchos, como una herejía jurídica, sin embargo, la actual norma constitucional, somete la actividad administrativa o al menos esa es la aspiración, a la aplicación directa de los principios generales de derecho.

En este sentido, Enrique Rojas Franco, menciona que si bien el acto administrativo está ligado a modelos *supra*, es decir a la Constitución y la Ley, conocida también como *competencia ligada*, se ha reconocido de forma universal a la administración un margen de libertad de acción, denominado poder *discrecional*, conocido este, como el poder o facultad jurídica otorgada al agente de la Administración Pública para apreciar libremente las condiciones, modos y formas en el cual se desarrollará el ejercicio de su competencia; así como, el contenido del acto, cuyo fin debe responder únicamente al cumplimiento de un fin público. Para el Tratadista costarricense, tanto la competencia ligada, así como, el poder discrecional, no pueden tener la característica de absoluto, en virtud de que tanto el sujeto, fin, contenido y motivo deben regularse de forma previa¹⁴⁸.

Para Roberto Dromi, en uso legítimo de la actividad discrecional, la administración tiene libertad de decisión en circunstancias específicas en las que, el derecho no ha impuesto por anticipado un comportamiento a adoptar. La discrecionalidad sostiene, da a conocer de forma expresa el buen juicio de la Administración Pública¹⁴⁹.

Para unos autores, la discrecionalidad puede sistematizarse en discrecionalidad pura, aquella que habilita a la administración a tomar una decisión entre opciones particularmente válidas; discrecionalidad técnica, aquella derivada de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados; y, discrecionalidad

¹⁴⁷ *Íbid.*, 466.

¹⁴⁸ Rojas Franco, "Derecho Administrativo y derecho procesal administrativo", 63-5.

¹⁴⁹ Cf. Dromi, "Instituciones del Derecho Administrativo", 467.

instrumental, encaminada a la elección de un medio y no de un resultado¹⁵⁰; mientras para Dworkin, citado por Juan Carlos Cassagne, esta es débil, cuando la norma no permite una aplicación mecánica, sino que implica discernimiento y fuerte, cuando el poder de decisión conferido por el ordenamiento jurídico no comprende o acota un límite en su actuar¹⁵¹.

Para otros, la clasificación es más diversa y específica, por lo tanto la discrecionalidad puede ser: reglamentaria, de planificación, de iniciativa, política *strictu sensu*, técnica, táctica y de gestión¹⁵², siendo la más importante a mi criterio la denominada reglamentaria, que se constituye como la potestad discrecional por excelencia, sea ésta en ejecución o desarrollo de una ley o como reglamento independiente por iniciativa del titular de la potestad¹⁵³. En uso de esta prerrogativa, la Administración está en la facultad de crear normas subordinadas a la Constitución y a la ley, esta facultad se traduce a través de reglamentos, decretos, instrucciones, directrices, etc.

La potestad discrecional en el Ecuador, no posee un marco jurídico importante, apenas y contamos con un reglamento que data del año 2002 con deficiente e inadecuado desarrollo normativo, en el cual se destaca que la potestad discrecional, se perfecciona en la producción de actos administrativos, motivados bajo la presunción de razonabilidad y proporcionalidad del fin que persigue, fin que no debe fundarse únicamente en premisas sino en situaciones reales probadas, jurídicamente posibles y justificadas con los respectivos informes¹⁵⁴. Para la autora del presente trabajo de investigación, aun cuando, reconozco que ni la Constitución ni la ley, está en la capacidad técnica de normar todos los ámbitos de la Administración Pública y que es necesario hacer uso de la facultad discrecional para llenar estos vacíos, reconozco también, que la discrecionalidad, en sentido literal continúa siendo sinónimo de arbitrariedad, basta hacer un recuento de las veces que el poder público ha violado la ley e incluso la Constitución en nombre de

¹⁵⁰ Cf. Alejandro Altamirano, “La Discrecionalidad administrativa y la motivación del acto administrativo de determinación tributaria” en Alejandro C. Altamirano, coord., *El procedimiento tributario* (Buenos Aires: Ábaco, 2003), 165-6.

¹⁵¹ Cf. Cassagne, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, 193.

¹⁵² Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez. *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. I ed. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2005), 160-5.

¹⁵³ *Ibid.*, 160-5.

¹⁵⁴ Ecuador, Reglamento para el control de la discrecionalidad en Registro Oficial. Suplemento No. 686 de 18 de octubre de 2002, art. 2.

esta facultad, ante lo cual es vital, desarrollar un marco efectivo para la aplicación de esta potestad.

Por otro lado y una vez analizada la actividad reglada de la administración, es imprescindible, analizar el alcance y aplicación del principio de reserva de ley, mismo que se orienta al campo o materia que únicamente la ley puede regular y excluye cualquier otro ordenamiento, se ejecuta cuando la Constitución impone que sea la ley, la que regule la actuación administrativa, por lo que, añade, que el poder ejecutivo o el judicial no podrían ejercer poderes de regulación normativa¹⁵⁵.

La *reserva de ley*, constituye la máxima expresión del principio de legalidad, en sentido estricto, por cuanto prescribe que determinadas materias únicamente pueden ser reguladas mediante la ley. Así mismo, es conveniente distinguir la diferencia entre reserva de ley y preferencia de ley según Juan Carlos Cassagne, en virtud de que, la primera es reconocida por la misma Constitución, mientras que en la segunda es la Ley, la que determina que ciertas regulaciones deben ser expedidas mediante ley formal y no por reglamentos¹⁵⁶.

Así lo confirma, José Antonio García Trevijano, al sostener que, existen tres principios fundamentales, por los cuales los órganos legislativos, tienen dominio propio sobre ciertas materias: a) delegación constitucional; b) La regulación formal de una ley a través de otra ley; y, c) costumbre constitucional inveterada, es decir aquellas materias que sólo la ley puede regular, tal como: penas, tasas, impuestos, etc¹⁵⁷.

El mismo autor, distingue dos clases de reserva de ley: a) por la forma: constitucional y legal; y, b) según su alcance: absoluta o relativa (delegable)¹⁵⁸. En el caso ecuatoriano, la reserva tiene origen únicamente constitucional y su alcance es delegable.

Según Jaime Ossa Arbeláez, la figura de *reserva de ley*, nace con Otto Mayer, quien según menciona, no concebía que fuera de la ley pudiese emitirse medida alguna que afectara la libertad o propiedad de los ciudadanos. La reserva de ley, se considera como un subprincipio del de legalidad, aun cuando para otros,

¹⁵⁵ Alfonso Nava Negrete, *Derecho Administrativo Mexicano*. I ed. (México: Fondo de cultura económica, 1995), 89.

¹⁵⁶ Cf. Cassagne, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", 120.

¹⁵⁷ Cf. José Antonio García Trevijano, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 3era. ed. (Madrid: Revista de derecho privado, 1974), 243.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 243-4.

pueda ser confundida como legalidad propiamente dicha¹⁵⁹. En este punto, debo coincidir con el criterio de Ossa Arbeláez e identificar que *legalidad* propiamente dicha no es igual que *reserva de ley*, sin embargo, su vinculación es derivada de su relación como género y especie respectivamente, por ser el principio de legalidad, aquel que vio la luz como precepto fundamental del Estado de Derecho, que más tarde identificaría la necesidad de establecer otros sub-principios como el de interdicción de la arbitrariedad, interdicción de la desviación del poder y la de reserva de ley, seguridad jurídica, entre otros.

Para la doctrina española, la reserva de ley, es la forma de expresar que las infracciones y sanciones deben estar previstas en la ley, así lo menciona la Sentencia de 05 de julio de 1985, del Tribunal Supremo de España, citada por Jaime Ossa Arbeláez, en cuyo texto menciona:

...lo que indudablemente persigue la reserva de ley, es que preexista el hecho material de la infracción e imposición de las sanciones, la tipificación de aquellas y el señalamiento de estas, en garantía de que, a la vista de estas prohibiciones y de sus consecuencias, conscientemente se determine acomodar o no su conducta a lo que el legislador prevé¹⁶⁰.

Todo lo relacionado con la libertad, propiedad y lo que en general implique una limitación o restricción a los derechos de los ciudadanos, ha sido tradicionalmente considerado perteneciente a la zona de reserva de ley absoluta, sin embargo, en la actualidad estos parámetros se han ampliado a otros derechos fundamentales, libertades públicas, etc.

Sin embargo cabe anotar y destacar en otra línea de pensamiento, la teoría de la esencialidad o de dirección estratégica de la ley, según la cual, la ley se limitaría a regular los aspectos esenciales de cada temática, reconociendo a la vez la potestad de la administración para emitir reglas generales de grado secundario, no atribuidas al legislativo (potestad discrecional)¹⁶¹.

Para el autor ecuatoriano Álvaro Mejía, la concepción de reserva de ley se reduce al *mero significado idiomático*, por lo tanto, la define como el “tratamiento

¹⁵⁹ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2da. ed., (Bogotá: Legis Editores S.A., 2009), 194.

¹⁶⁰ Cf. España. Tribunal Supremo, [Sentencia de 05 de julio de 1985], en Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2da. ed., (Bogotá: Legis Editores S.A., 2009), 194.

¹⁶¹ Sesín, “Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica”, 53-4.

jurídico de un tema específico”¹⁶², el autor es claro y enfático al determinar que la Constitución es la única norma que debe contener estos *temas específicos*, y en efecto en el caso nacional, es así, pero no de forma expresa, la norma constitucional lo traduce a través de las siguientes disposiciones:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento...¹⁶³.

Sin embargo de lo dispuesto en la Constitución, la casuística ecuatoriana obedece a una realidad diferente, hoy en día aún encontramos procesos sancionadores en base de reglamentos, casos específicos como el de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas; así como, la regulación del ejercicio de derechos constitucionales a través de Reglamentos, que claramente violentan la norma establecida en los artículos 132 y 133 de la Constitución de la República, en tal virtud, puedo colegir y me atrevo a decir, que hoy en día, pese a contar con una Constitución garantista, el peso político es más efectivo que la materialización de los derechos constitucionales.

En materia tributaria, la Constitución ecuatoriana otorga la facultad de creación, reforma o supresión de tributos de forma exclusiva a la función legislativa y a los gobiernos autónomos descentralizados¹⁶⁴; así mismo, otorga al Ejecutivo la facultad de promulgar iniciativas en materia tributaria¹⁶⁵.

Sin embargo de lo dicho, cuando la administración viola el principio de legalidad, el acto o actuación mediante el cual incurre en esa violación es calificado como ilegal y ante ello es imperante establecer mecanismos de control, mediante los cuales se evite o subsane los vicios e irregularidades.

Libardo Rodríguez, que hace un análisis del tema, describe 3 clases de control del principio de legalidad en la legislación colombiana: a) administrativo; b) jurisdiccional; y, c) por vía de excepción.

¹⁶² Álvaro Mejía, *Propuesta de adecuación de los principios de legalidad y reserva de ley a las conceptualizaciones tributarias*, consultado en <http://www.webicdt.net:8080/sitios/principal/centrodeinvestigacion/Lists/Articulos%20Revistas/Attachments/27/ALVARO%20MEJIA.pdf>.

¹⁶³ CRE, art. 76, numeral 3.

¹⁶⁴ *Íbid.*, art. 120, numeral 7.

¹⁶⁵ *Íbid.*, art. 301.

Según menciona el control administrativo, se ejerce dentro de la propia Administración Pública, como resultado de un autocontrol sea este a petición de parte o de oficio. En Colombia conforme lo describe el autor esta impugnación puede ejercerse a través de recursos administrativos, revocación directa y control interno.

Mientras en el control jurisdiccional, los conflictos administrativos pasan a ser controversia jurídica ante el sistema judicial del poder público, en el caso colombiano ante los jueces de lo contencioso administrativo en el ámbito seccional-local y ante el Consejo de Estado en el ámbito nacional.

Finalmente el control por vía de excepción, constituye un mecanismo aplicable tanto en ámbito administrativo como el jurisdiccional y consiste en que la autoridad de cualquiera de los dos ámbitos siendo la encargada de aplicar una norma jurídica se abstiene de hacerlo, porque al aplicarse, se desconocería una norma superior¹⁶⁶.

En el Ecuador, los medios de control de legalidad, sobre las actuaciones administrativas, se traducen expresamente en dos vías: a) administrativa ante la máxima autoridad del organismo que dicto el acto lesivo; y, b) judicial¹⁶⁷ ante el Tribunal Contencioso Administrativo; es importante destacar que no constituye requisito de admisibilidad el agotamiento de la vía administrativa previo al inicio del proceso judicial.

1.7. Fenómeno de atenuación del principio de legalidad

Sin punto de discusión, la ley se ha erigido como el instrumento efectivo de protección de la libertad y como mecanismo básico que asegura el correcto funcionamiento de los poderes públicos de un Estado, sin embargo, es también indiscutible que su hegemonía ha sido rebajada y supeditada a una Constitución que a la vez ha superado su concepción política.

En este punto vale la pena partir del criterio del autor colombiano Alberto Montaña Plata, quien sostiene que las circunstancias heterogéneas que develarían la pérdida progresiva de legitimidad y eficacia de las legislaciones, serían: a) superproducción normativa y su deficiente sistematicidad, comprensión, estabilidad y aplicabilidad, b) la fragmentación de la ley; c) la progresiva pérdida de fuerza o

¹⁶⁶Cf. Rodríguez R., “Derecho Administrativo general y colombiano”, 329-45.

¹⁶⁷ CRE, art. 173.

eficacia de la legislación; d) su desmaterialización o tendencia a la regulación de aspectos simplemente procedimentales y organizativos; y, e) dificultad objetiva de la ley para reglamentar la totalidad de los ámbitos vitales¹⁶⁸.

Ferrajoli al hablar del colapso de la legalidad penal, menciona 3 funciones políticas que al parecer estarían desfalleciendo: 1) la certeza del derecho, que incluye la igualdad del individuo ante la ley y la credibilidad del sistema penal; 2) asegurar la sujeción del juez a la ley, que incluye la garantía de la inmunidad de los individuos en contra del arbitrio de los jueces y la independencia de funciones; y, 3) asegurar la primacía de la legislación, en función de la soberanía popular¹⁶⁹.

La legislación española, se destaca esencialmente la figura de *deslegalización*, entendida esta como una técnica similar a los reglamentos delegados, ejercida por los órganos de poder público para ampliar la esfera e instrumentos defensivos del administrado, instrumentos emitidos con fuerza de ley, para el caso, cita como ejemplo: La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que facultó al Gobierno para dictar por decreto cuantas medidas sean necesarias para ejecución de lo dispuesto en la ley¹⁷⁰. Esta afirmación me lleva a colegir, que la atenuación del principio de legalidad se da en la medida en cuanto la ley ha dejado ser el eje central de actuación de la Administración, dando paso a una pluralidad de fuentes en la que entienden centro del ordenamiento jurídico a los principios generales de derecho.

En el Ecuador la figura de *deslegalización*, se traduce en las disposiciones contempladas en el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución y en el artículo 5 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, mediante los cuales se atribuye al Presidente de la República, potestad reglamentaria, encaminada a *desarrollar* la ley y a viabilizar su correcta aplicación, sin contravenirla, ni alterarla. Sin embargo de lo dicho y como se verá en el capítulo tercero, esta facultad reglamentaria en el Ecuador se ha desbordado y hoy por hoy, se pretende desconocer las materias catalogadas con reserva legal y regularlas de forma directa mediante decretos ejecutivos o más allá aún, mediante Acuerdos Ministeriales, hecho nefasto, que a todas luces desvanece por completo el respeto a los preceptos constitucionales básicos de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso.

¹⁶⁸ Cf. Alberto Montaña Plata, Andrés Ospina Garzón. *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*. I ed. (Bogotá: Cevallos Editores, 2014), 88-9.

¹⁶⁹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, en Miguel Carbonell ed. (Madrid: Trotta, 2008), 258.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 269-270.

La ley concebida en la en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, como la norma primordial, expresión de voluntad general, contentiva de normas de carácter general y abstracta, que plasma decisiones fundamentales de la sociedad, ha perdido en la sociedad actual la posición que le correspondía en orden el jurídico liberal¹⁷¹, en virtud de la creciente y *novedosa supremacía normativa de la Constitución* en los ordenamientos jurídicos vigentes, que pretende de forma permanente relegar a la ley a un segundo plano, así como cuestionar la eficacia de sus contenidos.

La ley ha pasado a ser un acto jurídico ordenado y no solo ordenador¹⁷², por cuanto está sujeto a la revisión y en veces a la expulsión del ordenamiento jurídico por parte de una Corte de rango constitucional, cuyas resoluciones hoy por hoy, están en la potestad de desarrollar principios que deriven a la vez en la creación de nuevas reglas.

Ante lo dicho, es evidente que la ley, no solo ha perdido el lugar privilegiado que le había sido otorgado, sino que además se ha apartado de los fundamentos y caracteres sobre los cuales se erigió, reduciendo con ello de forma importante sus aptitudes para continuar siendo el pilar fundamental de la sociedad y del ordenamiento jurídico, robusteciendo con ello, de forma innegable a las demás fuentes del Derecho¹⁷³.

La crisis de la ley, propende a buscar la reorganización de los sistemas jurídicos y sin duda a mi parecer a la revalorización de cada una de las fuentes de derecho; para ello, se ha visto la necesidad de implementar reformas y modelos constitucionales en veces radicales y drásticos como es el caso ecuatoriano, con el objeto quizá, como lo menciona el historiador ecuatoriano Enrique Ayala Mora¹⁷⁴ en su obra *Historia constitucional*, de creer que una Constitución funda nuevamente una nación, o equivale a una nueva, que parte de cero.

La decadencia de la ley, para otros podría ser considerada la última fase de depuración del positivismo, caracterizada especialmente por la desvalorización moral y social de la ley como técnica del gobierno humano, en vista de que la sociedad actual, ha dejado de creer en la equivalencia entre razón y ley, así como que, esa ley

¹⁷¹ Montaña Plata y Ospina Garzón, “La Constitucionalización del Derecho Administrativo”, 88-90.

¹⁷² Eduardo García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Madrid: Civitas, 1999), 42.

¹⁷³ *Ibid.*, 91.

¹⁷⁴ Enrique Ayala Mora, *Historia constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 14.

sea la expresión de la voluntad general rousseauiana. Más bien, se la vislumbra como la neutralidad que puede convertirse en el más fuerte y formidable atentado contra la libertad, una simple labor técnica de recopilación de leyes elaboradas¹⁷⁵.

El problema según Juan Carlos Cassagne, radica al constatarse la insuficiencia de la ley para regular todos los supuestos posibles, ocasionando con ello el surgimiento y reconocimiento de atribuciones delegadas y potestades excepcionales cuando el Legislativo no norma una determinada institución o situación general. Esta fragmentación del principio de legalidad, ha acrecentado con la creación de normas por entidades u organismos de carácter público. Sostiene además que, no obstante que la Administración continúa ejerciendo sus potestades con previa habilitación legal, la ley positiva, ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, en virtud de que, el bloque de legalidad hoy en día se conforma además por los principios generales del Derecho. A este fenómeno lo describe como la *constitucionalización de la legalidad*, pese a ello, la Ley continúa siendo en el Derecho interno, bajo la supremacía de la Constitución la fuente jerárquicamente superior al hablar de reserva de ley en determinadas materias¹⁷⁶.

En el Ecuador, no existe doctrina variada al respecto, no se han publicado estudios o se han realizado investigaciones sobre la atenuación del principio de legalidad, sin embargo y al parecer, el punto de partida ya está marcado con la expedición de la Constitución de 2008, sin duda la más controversial, innovadora y garantista de toda nuestra vida republicana, que se ha impuesto con el afán de remover nuestros cimientos enteramente legalistas.

En este punto es importante rescatar y mencionar el punto de vista de los estudiosos del derecho en el Ecuador, que han podido abrirse paso para iniciar un debate al respecto, entre ellos, puedo anotar a los siguientes:

Para Marco Morales Tobar, el principio de legalidad, ha sufrido una transformación renovadora, lo que ha permitido observarlo con mayor amplitud, en virtud de que, el administrador público, la función administrativa, la función judicial, ya no deben estar predispuestos únicamente al derecho positivado, sino al Derecho en su conjunto, a la misión que como función pública deben desarrollar, esto es la consecución del interés general, todo enmarcado dentro del principio de

¹⁷⁵ Zavala Egas, "Lecciones de Derecho Administrativo", 70.

¹⁷⁶ Cf. Cassagne, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", 117-9.

responsabilidad en su actuación¹⁷⁷.

Álvaro Mejía Salazar, por su lado en cambio, en su análisis realizado respecto a la adecuación de los principios de legalidad y reserva de ley a las conceptualizaciones tributarias en el Ecuador, concluye que es importante mantener la denominación de principio de legalidad como tal, en relación a su alcance y conceptualización general, sin embargo, a criterio del autor ecuatoriano, bien podría llamarse *principio de normatividad*, en atención al desarrollo constitucional y legal actual, que de forma consecuente ha influido en una inevitable atenuación del imperio de legalidad¹⁷⁸.

En este punto es importante destacar mi desacuerdo con los autores citados anteriormente, en relación a la línea de pensamiento de Marco Morales Tobar, debo increpar, al mencionar que, tal y como se dijo con anterioridad el principio de juridicidad no es más que la misma legalidad, con efecto irradiador en todo el sistema de fuentes de derecho, lo que conocemos también como bloque de legalidad; por lo que, en este sentido, mal podríamos entender que la denominada *juridicidad* responde de forma directa a la evolución del principio de legalidad. Un criterio no muy alejado del de Morales Tobar, es el planteado por Álvaro Mejía Salazar, quien al hablar de *principio de normatividad*, como término equiparable al de legalidad, lo haría pensando en el ordenamiento jurídico en su conjunto, o lo que es igual en el bloque de legalidad.

En este capítulo, hemos visto como la relación entre el Derecho Administrativo y el poder, hace inevitable que previa a su concepción no hablemos del Estado. Institución histórica que en su idea más originaria, como resultado de la convivencia humana y desarrollo social, ante el afán de acumulación de poder, limitaba y condicionaba la actuación de la Administración Pública, a través de preceptos fieles a los intereses de todos aquellos que ostentaban el poder, asegurando una inexistente relación entre el ciudadano común y los órganos del poder público.

En contraposición a este modelo de Estado y tomando como base los principios de libertad, igualdad y fraternidad, surge de a poco el *derecho*, con la *ley* como símbolo imperante de su imperio, en este punto sin duda debo recordar la teoría acertada de Robert Alexy y alinearme completamente a ella, al entender que

¹⁷⁷ Cf. Marco Morales Tobar, *Acción de Habeas Data en Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 197 - 198.

¹⁷⁸ Cf. Álvaro Mejía, *Propuesta de adecuación de los principios de legalidad y reserva de ley a las conceptualizaciones tributarias*, consultado en <http://www.webicdt.net:8080/sitios/principal/centrodeinvestigacion/Lists/Articulos%20Revistas/Attachments/27/ALVARO%20MEJIA.pdf>.

este *derecho* no implica únicamente *legalidad* como la mayor parte de doctrina lo defiende, sino también la eficacia social y la corrección material, derecho que constituye el medio que regula y define a la administración, dentro de un modelo de Estado caracterizado por una parte por la división de poderes, la incontrollable pasividad de un sistema, con notable desigualdad material entre la burguesía y la clase proletaria; y, por lado el reconocimiento de derechos y garantías ciudadanas, el aparente establecimiento de condiciones sociales y económicas más justas; así como, el reconocimiento de responsabilidades de la Administración en función de sus actuaciones.

Sin duda, la *ley* y el principio de legalidad, surgen como factor determinante en defensa y reconocimiento de los derechos particulares ante el poder público, sin embargo es indiscutible también, que la ley ha sufrido transformaciones potenciales, que han determinado su detrimento, ante nuevas corrientes ideológicas de índole constitucional, que han propiciado que ya no sea el óbice central del ordenamiento jurídico, pasando en la actualidad de una mera o absoluta legalidad a una legalidad condicionada a los preceptos constitucionales. El Ecuador no es ajeno a esta influencia constitucional que en el último siglo ha invadido el pensamiento jurídico latinoamericano, por el contrario en el 2008, expidió una Constitución garantista, me atrevo a decir con innovaciones únicas, que ha establecido como eje de actuación administrativa y judicial a los derechos y las garantías constitucionales.

En este punto y al término del capítulo, es oportuno traer como criterio de cierre, lo que García de Enterría sostuviera en su obra *La lengua de los derechos*, al mencionar que la fe quebrantada en la ley, es simplemente el reflejo de que el hombre nunca encontrará soluciones definitivas a sus problemas, puesto que no existen fórmulas sociales y políticas perfectas, por las que la Revolución francesa apostaba, sin embargo, sostiene que, no existe otra alternativa que continuar rigiéndonos por la ley y que la misión hoy por hoy, es mejorar su calidad y aceptar la inmersión de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Eduardo García de Enterría, “La lengua de los derechos”, 123.

Capítulo dos: Cómo entender a la Constitución de 2008 en el régimen jurídico administrativo

El extremo formalismo de la ley, su pérdida de eficacia y creciente desmaterialización, ha propiciado la consolidación del denominado neoconstitucionalismo, como ideología del Derecho, que busca garantizar, propugnar y ampliar en primer plano los derechos y garantías fundamentales.

En el Ecuador, el nacimiento de este neoconstitucionalismo, se plasmó definitivamente con la expedición de la Constitución de 2008, que consagra al Estado ecuatoriano como único en el mundo, al catalogarse como constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico¹⁸⁰.

En el presente capítulo develaré cuál es la ubicación actual de la ley en la jerarquía de fuentes del Derecho, la primacía de la Constitución concebida desde varios puntos de vista doctrinales, el surgimiento del Neoconstitucionalismo y cómo desde esta óptica, la denominada Constitución, no solamente en la legislación ecuatoriana, ha pasado de ser un simple programa político dirigido al legislador a un postulado cuya materialidad se traduce en su aplicación directa e inmediata por parte de toda autoridad sea esta administrativa o judicial. Analizaré además, cuál ha sido la influencia del denominado Estado constitucional de derechos y justicia en el régimen jurídico administrativo nacional.

2.1. Teoría Kelseniana y jerarquía de fuentes del Derecho Administrativo

La definición real del concepto de fuente de derecho depende de la teoría sobre el conocimiento jurídico y la *naturaleza* del derecho del que se parta, variará en función de la idea que se tenga del derecho. En el caso concreto, me referiré directamente a la doctrina normativa positivista de Hans Kelsen, para quien, la validez de una norma, solo puede fundarse en que esta se deriva de otra norma *válida*, derivada en último término de una primera norma fundamental, de la cual se

¹⁸⁰ CRE, art. 1.

presupone parte el conocimiento jurídico¹⁸¹.

La teoría de Kelsen, describe a la ciencia del derecho como un análisis estructural, como una ciencia *pura (rein)* y es inquisitivo al determinar que el derecho debe mantenerse limpio de elementos que sin pertenecer propiamente a él, se limitan a confundirlo y contaminarlo. Según Kelsen, el derecho existe únicamente en el mundo *del deber ser (sollen) (espíritu)*, y aunque esta categoría, pueda entenderse asociada a la categoría *del ser (sein) (naturaleza)*, nunca deben entenderse como iguales, en virtud de que el derecho concebido como tal, es una concepción hipotética, relativa e incluso convencional, que depende de presunciones iniciales establecidas por acción de la razón y la voluntad humana; más no son derivadas de las necesidades de la naturaleza, cuyas leyes por analogía, son consideradas de inducción y no se relacionan con lo que *pueda o deba ser*, sino únicamente con lo que *será*¹⁸².

Esta ciencia del derecho, según Kelsen, se adhiere a una norma básica *La Grundnorm*, base de todas las otras normas legales, que en muchos Estados se concibe dentro de una Constitución escrita, norma básica a la que conducen todos los caminos del derecho, es el *hecho evidente*, la voluntad de aquel o aquellos que detentan el poder de expresar su voluntad y de imponerla como tal a toda una comunidad. Todo el cuerpo del derecho se convierte en una pirámide *Stufenbau des Rechts* o lo que Kelsen denomina estructura jerárquica, como un sistema coherente de delegación progresiva, cuya deducción y aplicación es un acto creativo y para decir de Allen hasta arquitectónico, puesto que, el juez se aleja del papel de creador y se limita a construir sobre lo ya establecido¹⁸³.

Las fuentes del Derecho son los criterios de objetividad, de los cuales se valen los juristas para responder las interrogantes planteadas en torno a la vida social. Su concepto, alude al *origen propio* del Derecho, es decir a las causas que lo han creado o configurado como tal¹⁸⁴. Se consideran también, como los *hechos y los actos*

¹⁸¹ Cf. Alf Ross, *Teoría de la Fuentes del Derecho*, trad. por José Muñoz de Baena Simón y otros (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 357-369.

¹⁸² Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", 15-20.

¹⁸³ Carleton Kemp Allen, *Las Fuentes del Derecho Inglés* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969), 73-88.

¹⁸⁴ Julio Cueto Rua, *Fuentes del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982), 13-8.

jurídicos, cuyo resultado es la creación de normas jurídicas¹⁸⁵.

Para Hans Kelsen, la fuente del derecho, constituye el grado subsiguiente a la Constitución, son normas generales e individuales, cuya esencia implica: a) Una razón de validez de la norma, distinguiendo las superiores de las inferiores; b) la forma de la creación de la norma; c) la forma de manifestación del acto; d) el conjunto compuesto de valoraciones, principios morales, etc., que determinan la voluntad del legislador¹⁸⁶.

Kemp Allen, identifica a la palabra *fuentes* para señalar factores por los que las reglas de conducta adquieren forma de ley, misma que adquiere un carácter uniforme y coactivo¹⁸⁷. Para Luis Humberto Delgadillo y Manuel Lucero Espinosa, es importante no confundir fuente con norma, en virtud de que, la primera es el origen y medio de producción, mientras que la segunda, es el resultado¹⁸⁸.

Las fuentes establecen que el Derecho nace en la sociedad, misma que posee estructuras particulares, que dan origen al establecimiento de normas como mandatos jurídicos obligatorios¹⁸⁹.

Ahora bien, enfocados en el régimen administrativo, diremos que, las fuentes de esta rama del derecho, son aquellas formas dentro de las cuales sus reglas son creadas¹⁹⁰, implica los *medios de producción*, el análisis de todo aquello que produce o genera los principios jurídicos que conforman esta rama¹⁹¹. Ya, en el Estado constitucional, las fuentes de derecho se diversifican y aquellas, consideradas en antaño como fuentes materiales, tal y como, lo fuera jurisprudencia, pasan a ser precedentes de aplicación obligatoria.

La clasificación de las Fuentes del Derecho, ha sido variada en doctrina sin embargo pretendo abarcar y analizar todas ellas, desde la siguiente clasificación:

a) Fuentes formales:

También conocidas como de producción, primarias, directas, propias o escritas, son las creadoras de norma, constituyen el derecho aplicable por excelencia,

¹⁸⁵ Josep Aguiló Regla, *Teoría General de las Fuentes del Derecho y del ordenamiento jurídico* (Barcelona: Ariel, 2000), 62.

¹⁸⁶ Cf. Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", 110-3.

¹⁸⁷ Cf. Allen, "*Las Fuentes del Derecho Inglés*", 1-3.

¹⁸⁸ Cf. Delgadillo y Espinosa, "Compendio de Derecho Administrativo", 66.

¹⁸⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra, "La Constitución como fuente de Derecho", en Jan Woischnik, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano* (Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung Editores, 2002), 17.

¹⁹⁰ Otto Mayer, *Derecho Administrativo alemán*, 2ª. ed., t. I (Buenos Aires: Depalma, 1982), 161.

¹⁹¹ Delgadillo y Espinosa, "Compendio de Derecho Administrativo", 64.

es sinónimo de normatividad general¹⁹², se consideran únicamente dentro de los factores proporcionados por el ordenamiento jurídico¹⁹³.

Para los profesores españoles, Ramón Martín Mateo y Juan José Díez Sánchez, estas fuentes primarias por su naturaleza son escritas y tienen las siguientes características:

- a) Generalidad.- Suponen una regla general, abstracta y dirigida a un grupo social en un momento histórico determinado, grupo social que no se identifica directamente con el legislador.
- b) Publicidad.- Constituye un principio constitucional, cuya aplicación entiende implícita la aplicabilidad de una ley a partir de su publicación.
- c) Jerarquización.- Implica el respeto y la sujeción de normas inferiores a normas de mayor jerarquía.
- d) Pervivencia hasta su derogación.- Las normas en principio rigen indefinidamente, mientras tanto no sean modificadas o derogadas.
- e) Vocación de futuro.- La ley regula desde el momento que se entienda vigente, no es retroactiva¹⁹⁴.

Clasificación de las fuentes formales del Derecho.- Revisaré las fuentes principales establecidas en doctrina, desde una óptica latinoamericana, para después pasar a analizar el caso ecuatoriano y otros sistemas.

Por excelencia, las fuentes formales del Derecho Administrativo, son la Constitución, ley y el reglamento.

a) La Constitución

La transición de un Estado liberal de Derecho a un Estado constitucional ha implicado una modificación en la concebida y tradicional estructura de fuentes del derecho (Europa), en la cual la Ley per se era la fuente por antonomasia no solo del régimen administrativo sino de toda la ciencia jurídica, ¹⁹⁵ hecho contrario a lo que sucede en América, donde es evidente que la Constitución escrita siempre fue parte del ordenamiento jurídico, como su base y piedra angular.

...La Constitución es una fuente de extraordinaria importancia en el derecho administrativo; pues, dado su carácter imperativo como orden jurídico pleno, *regula*

¹⁹² Cueto Rúa, "Fuentes del Derecho", 25.

¹⁹³ Aguiló, "Teoría General de las Fuentes del Derecho y del ordenamiento jurídico", 40.

¹⁹⁴ Cf. Ramón Martín Mateo y Juan José Díez Sánchez, *Manual de Derecho Administrativo* (Navarra: Aranzadi, 2006), 80-1.

¹⁹⁵ Monroy Cabra, "La Constitución como fuente de Derecho", 16.

la estructura y ejercicio de la función administrativa. A su vez define el modelo administrativo estatal, confiriendo personalidad jurídica al Estado que actúa por intermedio de sus órganos, titularizando el poder público y reconociendo como contrapartida “derechos subjetivos públicos” a los administrados...¹⁹⁶.

En este mismo rango se ubicarían las denominadas leyes constitucionales, comunes en Estados de Derecho en los cuales no existe Constitución escrita, tales como el español, es así que, a decir del profesor José Antonio García Trevijano, leyes constitucionales son todas aquellas aprobadas con *procedimientos distintos a los ordinarios*¹⁹⁷, según las prescripciones de la Constitución y se constituye fuente de derecho, cuando atañe a la relación directa entre órganos de poder estatal y administrados.

El contenido de la Constitución, constituye el punto de partida del desarrollo legislativo del ordenamiento jurídico de un Estado y constituye per se, el primer eslabón en la concepción jerárquica de fuentes del Derecho, por tanto toma el rango y valor de *super-ley*¹⁹⁸.

La supremacía que la Constitución reviste en la jerarquía de fuentes, se consagró en el derecho norteamericano, cuando se estableció que los poderes legislativos están definidos y limitados, sin embargo, a fin de evitar confusión u olvido se ha escrito la Constitución¹⁹⁹. Su jerarquía se deriva de la eficacia formal en ella reconocida, al no poder ser modificada, sino por los medios contenida en sí misma²⁰⁰.

En el caso ecuatoriano, indudablemente la Constitución dictada en el año 2008, define y reconoce la condición de norma jurídica de la Constitución, superando su tradicional concepción de documento político, hecho que, ha permitido posicionar con más claridad a la norma constitucional como la norma suprema en el ordenamiento jurídico nacional, acarreado con ello, tres importantes consecuencias: a) la transformación de las teorías de interpretación del ordenamiento jurídico; b) la constitucionalización de las fuentes de derecho; c) a declaración de que las reglas constitucionales más importantes son de aplicación directa, sin ser necesario su desarrollo legal o reglamentario. Sin embargo de lo mencionado, con esta transición

¹⁹⁶ Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I. (Buenos Aires: Astrea, 1987), 71.

¹⁹⁷ Cf. García Trevijano, “Tratado de Derecho Administrativo”, 238.

¹⁹⁸ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar y Herminio Losada, *Tratado de Derecho Administrativo*, 14a. ed. I vol. Parte General (Madrid: Tecnos, 2005), 212.

¹⁹⁹ Monroy Cabra, “La Constitución como fuente de Derecho”, 19.

²⁰⁰ Delpiazzo, “Derecho Administrativo uruguayo” (México: Porrúa, 2005), 13-14.

el Constituyente ha pretendido resolver todo conflicto jurídico como un tema de índole constitucional, causando con ello a un *hiper-constitucionalización*, que puede traducirse en una *congelación del ordenamiento jurídico*, puesto que, todo ya se ha dispuesto y resuelto en el texto constitucional²⁰¹.

La Constitución de la República del Ecuador, establece:

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...²⁰².

b) La ley

A través del devenir jurídico, ha sido considerada en momentos históricos concretos, la fuente del Derecho más relevante y ha sido concebida como la expresión conceptual de un órgano público, mediante la cual se establecen relaciones de carácter general entre hechos y conductas²⁰³.

En el sistema formal de Kelsen y Merkl, las leyes serían todos los actos de ejecución inmediata a la Constitución, considerando indiferente su contenido u órgano del cual emanen²⁰⁴.

En su sentido más simple, Ley es ordenamiento jurídico que regula la conducta de las personas con carácter general, abstracto, obligatorio y permanente²⁰⁵.

Ante la necesidad de proteger a los ciudadanos, ante posibles arbitrariedades del poder público, en doctrina y derecho comparado se hace la distinción entre las leyes de producción parlamentaria, es decir entre leyes orgánicas y ordinarias. Las primeras, cuya función principal es la de establecer la estructura y funcionamiento de los diferentes órganos estatales²⁰⁶, se singularizan por dos elementos esenciales: la determinación de elementos reservados a su conocimiento y la exigencia de un

²⁰¹ Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, I ed. (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 79-80.

²⁰² CRE, art. 425.

²⁰³ Cueto Rua, "Fuentes del Derecho", 35.

²⁰⁴ Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo I*. 8a. ed. (Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2002), 103.

²⁰⁵ Delgadillo Gutiérrez, "Elementos de Derecho Administrativo", 70.

²⁰⁶ Delgadillo Gutiérrez y Espinosa, "Compendio de Derecho Administrativo", 70.

procedimiento especial para su constitución²⁰⁷. Mientras las leyes ordinarias, son aquellas que resultan de una actividad autorizada al legislador en la propia Constitución, pero que no reviste las particularidades ni especialidad de la ley orgánica²⁰⁸.

Para Juan Antonio García Trevijano, refiriéndose a la ley, hace una única distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, las leyes constitucionales estarían en el rango de la Constitución, motivo por el cual, no desarrollaremos más, acerca del tema. Por otro lado, las leyes ordinarias, según menciona, son actos jurídicos que emanan de los órganos legislativos, descritas por el autor español como leyes normativas que a su vez pueden ser: administrativas y no administrativas (civiles, penales, procesales, etc.)²⁰⁹.

Las administrativas, a su vez pueden ser de *relación*, aquellas que se dictan para delimitar y proteger las esferas subjetivas de la administración y de los particulares; y, de *organización y acción*, aquellas que establecen la estructura orgánica de la administración²¹⁰.

En la escala jerárquica de aplicación del ordenamiento jurídico, la ley se limita dentro de los preceptos constitucionales tanto en su proceso de formación, como en su contenido, sea esta ley de rango nacional, regional, cantonal, etc., por tanto es inadmisibles suponer que la ley pueda violar o alterar el contenido constitucional.

Para el autor suizo Fritz Fleiner, la fuente principal del Derecho Administrativo es la ley, en virtud de que, conforme a la Constitución, la facultad y función elemental de la ley es crear derecho²¹¹.

En el caso ecuatoriano, a pesar de que, nuestra Constitución, ha pretendido constitucionalizar el derecho, la ley continúa formando parte esencial del ordenamiento jurídico nacional y a decir de Juan Montaña Pinto, lo único que ha variado de la Constitución de 1998, es el alcance del principio de legalidad; más no, su naturaleza²¹².

La Constitución de 2008, otorga potestad legislativa a la Asamblea Nacional

²⁰⁷ Ángel Gorrorena Morales, *Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 207.

²⁰⁸ Delgadillo Gutiérrez y Espinosa, "Compendio de Derecho Administrativo", 70.

²⁰⁹ Cf. García Trevijano. "Tratado de Derecho Administrativo", 239.

²¹⁰ Garrido Falla, Alberto Palomar y Herminio Losada, "Tratado de Derecho Administrativo", 230.

²¹¹ Cf. Fleiner, "Instituciones de Derecho Administrativo", 56.

²¹² Cf. Montaña Pinto, "Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano", 98.

y a los gobiernos autónomos descentralizados, a excepción de los parroquiales a quienes les concede expresamente facultades reglamentarias.

...Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo²¹³.

Por excepción el Presidente de la República, podrá ejercer la facultad legislativa, al expedir decretos- leyes de urgencia económica, previa aprobación por parte del máximo órgano de control constitucional y sujetos a probación o derogación del máximo órgano legislativo²¹⁴.

La norma constitucional, reconoce dos clases de leyes: orgánicas y ordinarias, las primeras serán aquellas destinadas a regular “la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la norma constitucional, el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, la organización, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados, las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral”, mientras las leyes ordinarias, serán consideradas todas las demás, por su naturaleza no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica²¹⁵.

c) El reglamento

Al igual que ley, el reglamento es el conjunto de normas generales, abstractas, obligatorias y permanentes; sin embargo, su naturaleza desde el punto de vista formal es administrativa y desde el punto de vista material es legislativo. Para el autor mexicano Luis Humberto Delgadillo, la afirmación de que el reglamento pueda completar o desarrollar el contenido de una ley, tiene tintes peligrosos, por cuanto, según menciona se atentaría directamente ante el principio de *reserva de ley*, así como, desvirtuaría las características propias de cada norma, en virtud de que el Legislativo para su criterio no puede delegar su función y su autoridad en otro poder²¹⁶.

Es la expresión de la voluntad unilateral de la Administración, en doctrina

²¹³ *Íbid.*, art.148

²¹⁴ CRE., art.148

²¹⁵ *Íbid.*, art. 133

²¹⁶ Cf. Delgadillo Gutiérrez, “Elementos de Derecho Administrativo”, 76-77.

conocido también como acto normativo o dispositivo, que emanado de la Administración Pública, crea normas de carácter general, que produce efectos jurídicos de forma directa, pero con una eficacia jurídica condicionada a su notificación y publicación.

Esta potestad es consecuencia directa del ejercicio de las facultades discrecionales propias de la que gozan los órganos de la Administración Pública, consagradas en la Constitución y en la ley, esta facultad se traduce actos subjetivos, creadores de derechos y operaciones materiales²¹⁷, que se limitan únicamente ante la mencionada reserva de ley²¹⁸.

Los reglamentos pueden ser: de ejecución, delegados o de integración, de necesidad y autónomos. Los reglamentos de ejecución, caracterizados por ser aquellos desarrollados por el Ejecutivo, para normar los aspectos específicos de una ley, dentro de los alcances fijados en la misma ley. Los reglamentos delegados, aquellos dictados por el Ejecutivo, aunque que en principio son competencia de Legislativo, sobre determinadas materias y conforme potestades constantes en norma habilitante. Los reglamentos de necesidad, son considerados verdaderas leyes, se caracterizan por su emisión ante una emergencia, que debe estar prevista en la Constitución o la ley, hecho que habilita a la administración a adoptar las medidas urgentes que considere necesarias; estos reglamentos pueden ser a la vez delegados o de ejecución; y, finalmente el reglamento autónomo, aquellos dictados por el Ejecutivo sin relación con ley alguna, es decir no desarrollan o requieren de norma previa para su expedición²¹⁹.

Estos *actos administrativos normativos*, tienen jerarquía inferior a la ley, por lo tanto al momento de su expedición no se debe alterar la letra de la ley ni el espíritu de la Constitución²²⁰.

En la legislación uruguaya, el reglamento es siempre un acto administrativo sometido a ley, inclusive los mencionados *reglamentos autónomos*. En cuanto a su importancia para esta legislación el reglamento es la fuente cuantitativa más importante dentro de Derecho Administrativo, en virtud de que emana de la administración misma²²¹.

²¹⁷ Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo" 142.

²¹⁸ *Íbid.*, 133.

²¹⁹ Pérez Camacho, "Manual de Derecho Administrativo", 17-9.

²²⁰ Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", VII 65.

²²¹ Delpiazzo, "Derecho Administrativo uruguayo", 17.

Para el alemán Otto Mayer, la figura más cercana a reglamento es la llamada *Ordenanza*, considerada por el autor como, la segunda fuente de Derecho Administrativo y lo distingue como el acto de Estado distinto a la ley, pero sin embargo, tiene fuerza obligatoria general y su validez depende de su conformidad con la norma legal²²².

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008, otorga de forma directa esta potestad a las juntas parroquiales y al Ejecutivo, a este último, al disponer que será atribución y deber del Presidente de la República “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”²²³. En este punto, debo cuestionarme sobre lo que implica la *buena marcha de la administración*, a mi criterio, es un concepto jurídico indeterminado, que no hace más que, otorgar mayor margen discrecional al Ejecutivo y por ende un control más deficiente sobre sus actuaciones.

Por otro lado, las fuentes materiales del derecho, también conocidas como de conocimiento, indirectas, complementarias, supletorias, no escritas, promueven a las fuentes formales, motivando cambios e innovaciones normativas²²⁴, son todos aquellos factores extrajurídicos que inciden sobre la creación de normas jurídicas²²⁵. Las principales fuentes materiales del Derecho Administrativo, son: La jurisprudencia y la costumbre.

a) La Jurisprudencia:

Entendida la jurisprudencia como el conjunto de interpretaciones reiteradas, concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales. El Juez al aplicar una norma general, crea nuevas normas de carácter individual, que a decir de autor argentino Agustín Gordillo, no se trata de crear normas de derecho, sino de precisar el sentido de las normas aplicadas ya existentes. La Jurisprudencia se caracteriza por ser imperativa, únicamente en el momento en el que el Juez aplica o

²²² Cf. Mayer, “Derecho Administrativo alemán”, 165.

²²³ CRE, art. 147.

²²⁴ Ignacio J. Buitrago y Fernando M. Dramis, *Elementos de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires: Oxford, 1999), 10.

²²⁵ Aguiló Regla, “Teoría General de las Fuentes del Derecho y del ordenamiento jurídico”, 40.

reitera, puesto que, no está obligado a adoptar las interpretaciones reiteradas que el u otros jueces hayan hecho sobre un caso concreto²²⁶.

Las sentencias de los jueces traducen el criterio de órganos comunitarios sobre las controversias generadas en la vida social, a las que juzgan atribuyéndoles un determinado sentido y se consideran fuentes del Derecho porque inspiran a otros jueces²²⁷.

Para Enrique Sayagués Laso, es discutible que la jurisprudencia se considere fuente del Derecho, en virtud de su deficiente eficacia jurídica formal, es decir por su no obligatoriedad²²⁸.

En la legislación argentina, la jurisprudencia es considerada como la forma habitual, uniforme o constante de aplicar el derecho por parte de los órganos de la función jurisdiccional y puede convertirse en fuente formal, en aquellos casos en los cuales a doctrina de los jueces se convierte en jurisprudencia plenaria²²⁹.

En el caso ecuatoriano, Eddy De La Guerra Zúñiga, sostiene que el Estado constitucional de derechos y justicia, ha refundado y reconstruido al país, *-no necesariamente para bien-*, así como también, afirma que, “el papel del juez resulta ser uno de los más relevantes, tanto en el la transición institucional como en el acoplamiento de los titulares de derechos ciudadanos al nuevo sistema constitucional”²³⁰. En este sentido, la autora ecuatoriana, hace un recuento de los tipos de jurisprudencia nacional consagrados en la Constitución de 2008, por un lado, destaca al sistema de precedentes de justicia ordinaria, basado en fallos de triple reiteración en casos análogos y por otro, el sistema de precedentes constitucionales, a cargo de la Corte Constitucional, cuyas sentencias por si solas pueden constituir jurisprudencia constitucional vinculante²³¹.

Pese a existir norma constitucional expresa, que destaca sobre todo los precedentes de rango constitucional, para el también autor ecuatoriano Juan Montaña Pinto, la jurisprudencia no es considerada derecho vigente en estricto sentido, por tanto, los operadores de justicia al aplicar derecho, acuden únicamente a normas jurídicas reconocidas y solo en su ausencia pueden apoyarse en los denominados

²²⁶ Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, VII 68-69.

²²⁷ Cueto Rúa, “Fuentes del Derecho”, 128.

²²⁸ Cf. Sayagués Laso, “Tratado de Derecho Administrativo I”, 153.

²²⁹ Juan Carlos Cassagne, *El Derecho Administrativo Iberoamericano* (Granada: Motril, 2005), 40.

²³⁰ Cf. Eddy De La Guerra, *Introducción al Derecho* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 128.

²³¹ Cf. *Íbid.*, 123.

criterios jurídicos, en nuestro país la jurisprudencia es un mero instrumento de interpretación de la ley, cuya finalidad es garantizar la generalidad y unidad del ordenamiento jurídico²³².

Sin embargo de lo dicho por el autor Montaña Pinto, a criterio de la autora del presente trabajo de investigación, la jurisprudencia constitucional en el Ecuador va tomando más fuerza y cada vez es más común ver a profesionales del derecho utilizando precedentes constitucionales en casos análogos ante los órganos de justicia.

Hoy por hoy, las Cortes Constitucionales, tienen la facultad para crear derecho, mediante sentencias interpretativas e integradoras, por tanto se erigen en veces, como un legislador positivo. En Colombia, la *ratio decidendi*, por razones de igualdad, tiene el carácter de precedente obligatorio, por lo tanto forman parte del ordenamiento jurídico como fuente del derecho y no solo con fuerza persuasiva, sino imperativa²³³.

b) La Costumbre:

Para Otto Mayer, la denominada *costumbre jurídicamente obligatoria* es aplicada cuando no exista legislación o esta sea incompleta y distingue dos clases de costumbre: a) derecho consuetudinario histórico, caracterizado por regular los derechos recíprocos entre el príncipe y los súbditos en el antiguo régimen en el que predominaban las ideas del derecho civil; y, b) la *observancia*, definida como la costumbre adaptada dentro de una colectividad de derecho, para regular las relaciones jurídicas de sus miembros²³⁴.

La costumbre, es el comportamiento uniforme y constante del pueblo, con la idea de que el mismo, constituye per se una obligación jurídica²³⁵, se considera como fuente material, en la medida en que, por actividad de un consenso colectivo en determinadas circunstancias se crean normas jurídicas, que son enunciadas a través de los órganos determinados para el efecto, como el caso de *common law*, a través

²³² Cf. Montaña Pinto, “Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano”, 119-126.

²³³ Monroy Cabra, “Perspectivas del constitucionalismo moderno”, en Cristina Pardo Schlesinger y Carlos Parra Dussán edit., *Teoría Constitucional*, I ed. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006), 71.

²³⁴ Cf. Mayer, “Derecho Administrativo Alemán”, 175-8.

²³⁵ Cassagne, “El Derecho Administrativo Iberoamericano”, 39.

de los jueces, cuyas sentencias se convierten en fuentes formales del derecho aplicable²³⁶.

La costumbre es una manifestación esencial de la vida humana en sociedad, es un hecho social susceptible de percepción, como resultado de una tradición, educación, hábitos, estímulos sociales, reacciones instintivas, etc.²³⁷.

Los elementos constitutivos de la costumbre son: de carácter objetivo o material: es decir actos humanos sensorialmente perceptibles que presentan esencial similitud²³⁸. El *usus*, o también identificado como el comportamiento de los integrantes de una comunidad; y de carácter subjetivo o espiritual u *opinio*²³⁹, entendido como la convicción que el propio sujeto tiene acerca de la obligatoriedad jurídica de dicho comportamiento. Clasifica a la costumbre en: a) *secundum legem*, la ley hace referencia a la costumbre, o a costumbre se sujeta a las normas establecidas; b) *praeter legem*, denominada supletoria o introductora, abarca las materias no reguladas por la ley; c) *contra legem*, también conocida como abrogatoria, opera cuando se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico positivo²⁴⁰. Esta última, está positivamente excluida como fuente de derecho²⁴¹.

Para Julio Cueto Rúa, la costumbre como fuente de Derecho en el Estado Moderno de Occidente, ha sido cuestionada como tal o al menos ha sido reconocida de forma limitada²⁴².

En el caso ecuatoriano, Juan Montaña Pinto, sostiene que, el término derecho consuetudinario tiene un carácter marcadamente peyorativo, en virtud de que la ideología jurídica predominante le asigna un valor muy inferior a la ley y es aplicado de forma supletoria, cuando el derecho positivo deja un espacio abierto. En el Ecuador su aplicación se reduce únicamente a actos mercantiles establecidos previamente en el Código Civil ecuatoriano. Sin embargo de ello, el mismo autor reconoce el valor constitucional que se ha otorgado progresivamente al derecho indígena en el Ecuador, cuyos derechos no estatales eran concebidos simplemente

²³⁶ Juan Francisco Linares, *Derecho Administrativo*, 1ra. Reimpresión. (Buenos Aires: Astrea, 2000), 33.

²³⁷ Cueto Rúa, "Fuentes del Derecho", 80-1.

²³⁸ *Ibid.*, 111.

²³⁹ Aguiló Regla, "Teoría General de las Fuentes del Derecho y del ordenamiento jurídico", 91.

²⁴⁰ Cassagne, "El Derecho Administrativo Iberoamericano", 39.

²⁴¹ Aguiló Regla, "Teoría General de las Fuentes del Derecho y del ordenamiento jurídico", 90.

²⁴² Cf. Cueto Rúa, "Fuentes del Derecho" 80.

como meros *usos y costumbres*; y cuyo pleno reconocimiento aún con la actual Constitución del 2008, constituye un proceso difícil²⁴³.

El Código Civil ecuatoriano, dispone:

“La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”²⁴⁴.

Entre otras fuentes, podemos mencionar, las siguientes: La doctrina, los Tratados internacionales, los principios generales de derecho, los decretos y acuerdos.

a) Doctrina:

Es la opinión o teorías de los estudiosos del derecho y se considera como fuente material, en virtud de que su aplicación obedece a la voluntad del legislador²⁴⁵. Para Juan Francisco Linares, la doctrina no constituye fuente material de derecho, puesto que, los doctrinarios son sólo proveedores de enseñanza y formadores de opinión pública²⁴⁶.

Sin embargo de lo dicho, Julio Cueto Rúa, en otra línea de pensamiento, sostiene:

Los juristas son portavoces de la comunidad. En ellos se manifiesta una aguda capacidad para intuir las exigencias del desarrollo social. Son de los primeros en adquirir conciencia de los desajustes entre el Derecho vigente y las nuevas circunstancias sociales. Y en esa situación han sabido encontrar soluciones mediante el manejo imaginativo de recursos procesales o sustantivos...²⁴⁷.

La doctrina obedece a las variadas corrientes ideológicas del Derecho y se adecúa también, a las diferentes etapas del Estado y los cambios de la humanidad a través de su historia, por lo tanto a mi criterio, esta, bien pueden ser utilizada a conveniencia de los operadores de justicia conforme su línea de pensamiento.

b) Tratados Internacionales:

²⁴³ Cf. Montaña Pinto, “Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano”, 176-8.

²⁴⁴ Ecuador. Código Civil en Registro Oficial, Suplemento No. 046 de 24 de junio de 2005, art. 2.

²⁴⁵ Delgadillo Gutiérrez, “Elementos de Derecho Administrativo”, 82.

²⁴⁶ Linares, “Derecho Administrativo”, 35.

²⁴⁷ Cueto Rúa, “Fuentes del Derecho”, 200-1.

En función del principio de soberanía nacional y autodeterminación normativa de cada Estado, se ha planteado la problemática en gran parte de la doctrina, para considerar a los Tratados Internacionales como fuentes ciertas del derecho interno.

La controversia, gira en torno a que si los Tratados Internacionales, por si solos constituyen una rama de derecho interno o si adquiere dicha cualidad con su aprobación a través de una ley²⁴⁸, en cuyo caso pasaría a ser una más de las fuentes formales del ordenamiento jurídico interno. Para Enrique Silva Cimma, los Tratados internacionales son fuentes primordiales del Derecho Internacional Público y el Derecho Administrativo interno, por cuanto genera obligaciones recíprocas entre los Estados parte; así como producen efectos directos en el régimen jurídico interno²⁴⁹.

En el caso ecuatoriano, los Tratados y los Convenios Internacionales, no solamente que son fuente activa del derecho, sino también que ocupan un lugar privilegiado en la jerarquía de fuentes establecida en la Constitución, pues en el orden de aplicación de normas se superponen a la ley.

c) Principios generales del derecho:

Los principios generales, como fuente del Derecho Administrativo va más allá de su concepción y recepción formal dentro del ordenamiento jurídico, pues aun cuando no se consideran como tal, tienen primacía sobre las normas legales y reglamentarias, por constituirse causa y base del ordenamiento jurídico²⁵⁰.

Estos son el origen y fundamento de las normas, se fundan en el respeto del ser humano o en la naturaleza de las cosas,²⁵¹son expresiones técnicas de conceptos que acuñan juicios jurídicos de valor y cuando son utilizados por los órganos del Estado en sus decisiones, constituye incorporados como fuente formal a las sentencias, actos administrativos, leyes²⁵².

Ramiro Ávila Santamaría describe tanto a los principios como a las reglas, como *normas*; sin embargo, establece diferencias entre sí, los principios según

²⁴⁸ Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", 157-8.

²⁴⁹ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, t. I, (Santiago: Jurídica, 1995), 325.

²⁵⁰ Cassagne, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", 44-5.

²⁵¹ Cassagne, "El Derecho Administrativo Iberoamericano", 38.

²⁵² Linares, "Derecho Administrativo", 36-7.

menciona, son normas *téticas* que al carecen de hipótesis y obligación específica, no determina de forma clara el *¿cómo?* aplicarse, en virtud de ello, su comprensión y forma de aplicación quedaría al arbitrio de su intérprete, por su lado, la regla si posee una hipótesis y una consecuencia u obligación definida²⁵³.

Para Robert Alexy, los principios o también conocidos como *mandatos de optimización*, son normas que determinan los diferentes grados y medidas de cumplimiento de un derecho y que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, considerando las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Para este autor alemán, es inimaginable hablar de principios, sin hablar de las reglas, a las cuales les da el carácter de *mandatos definitivos*²⁵⁴. Al parecer y a la simple lectura del pensamiento de Alexy, me atrevería a decir que la diferencia entre principios y reglas es muy clara, en razón de que los primeros determinan el cumplimiento de un *x* derecho, mientras que las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Sin embargo de lo dicho, Alexy es mucho más complejo y va mucho más allá del sentido propio de sus conceptos, al determinar que la diferencia entre ambos preceptos jurídicos, se condicionaría esencialmente por la manera en la que se soluciona el conflicto entre sí.

Al hablar de conflictos entre reglas el profesor alemán, es claro y enfático al mencionar que este se resuelve con la inmersión de una cláusula de excepción entre ellas; mientras que en el conflicto entre principios se establece a la ponderación como mecanismo efectivo que dirima la prioridad de unos frente a otros, bajo el principio de proporcionalidad y de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto²⁵⁵.

Si bien Ramiro Ávila reconoce expresamente la existencia del conflicto entre principios y reglas, rescata como punto de inflexión a su complementariedad, puesto que, según sostiene, no se puede aplicar un principio si no existe una regla y para el caso ecuatoriano, al contar con una Corte Constitucional, cuyas decisiones y sentencias generalmente son de carácter vinculante, se puede decir que en veces la aplicación sola de un principio devendría en la creación de una regla²⁵⁶.

En materia administrativa, estos principios generales son inmutables,

²⁵³ Ramiro Ávila Santamaría, *En defensa del Neoconstitucionalismo andino* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 13.

²⁵⁴ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, 1ra. ed., (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 93-7.

²⁵⁵ Cf. *Íbid.*, 96-101.

²⁵⁶ Cf. Ramiro Ávila Santamaría, “En defensa del Neoconstitucionalismo andino”, 17.

universales e inherentes exclusivamente a la dignidad humana, considerada para el presente caso, como el fenómeno último del derecho, su contribución se direcciona principalmente al refuerzo coherente de las normas, así como para llenar lagunas dentro del ordenamiento jurídico²⁵⁷.

Sin duda, los principios generales de derecho en el Estado constitucional actual, constituyen el centro del ordenamiento jurídico, del cual emergen todas las demás fuentes de derecho, incluida la ley.

d) Decretos y Acuerdos:

Constituyen decisiones escritas de órgano competente de Estado, en el caso de los Decretos, que disponen en torno a situaciones jurídicas concretas e individuales; y los Acuerdos, para poner en conocimiento del órgano inferior la determinación sobre un asunto o materia particular, a fin de que sea aplicada²⁵⁸.

Una vez analizadas las fuentes del Derecho Administrativo, es importante determinar la prelación de estas fuentes, es decir la preferencia de su aplicación, que según Enrique Silva Cimma, se realizan desde dos perspectivas: a) según su valor legal; y, b) atendiendo su eficacia real²⁵⁹.

En el caso ecuatoriano, conforme se ha detallado anteriormente la jerarquía de aplicación de fuentes está definida en el artículo 425 de la Constitución de la República, sin embargo, en caso de conflicto entre fuentes, el autor ecuatoriano Juan Montaña Pinto, establece los criterios clásicos para la resolución de conflictos, a través de los siguientes principios: a) jerarquía, que constituye la subordinación de una norma a otra en función de su mayor o menor fuerza coactiva, determinada por la posición orgánica y supremacía política de los sujetos que generan los diferentes tipos de normas. La norma mayor tiene capacidad para derogar o modificar la norma de rango inferior; b) competencial, establece la distribución de materias susceptibles de regulación entre las diversas fuentes que integran el ordenamiento jurídico. Es el mecanismo de protección del espacio vital de unas normas frente a otras, cualquiera que sea su rango jerárquico; c) temporalidad, consagra la prevalencia de la norma posterior en el tiempo, en el caso de contradicción de dos normas del mismo rango

²⁵⁷ Cf. Cassagne, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, 19-25.

²⁵⁸ Delgadillo Gutiérrez, “Elementos de Derecho Administrativo”, 81-2.

²⁵⁹ Cf. Silva Cimma, “Derecho Administrativo chileno y comparado”, 343.

normativo, sus efectos inmediatos son la derogación de la ley anterior; d) especialidad, por el cual, una norma especial deroga o prevalece sobre una norma general²⁶⁰.

Si bien el autor, define a mi criterio de forma clara la adaptación de la jerarquía normativa en caso de conflicto, es importante destacar que el esquema planteado por el autor ecuatoriano, únicamente se podría desarrollar en relación a normas de carácter legal, reglamentario, estatutario, y demás actos emitidos por la administración pública.

2.2. Supremacía de la Constitución

La supremacía es aquella cualidad que posee solamente la Constitución como norma jurídica, al constituirse el punto de partida y la cúspide de legitimación de todo el ordenamiento jurídico, se desarrolla a partir de la Constitución escrita de los estados Unidos de Norteamérica, específicamente a raíz del caso *Marbury vs Madison*,²⁶¹ en cuyo texto el juez John Marshall, dejó sentado el carácter de “ley suprema” de la norma constitucional²⁶².

Antes de desarrollar más el tema, es necesario distinguir y diferenciar el término *supremacía* del de *primacía*, que a simple vista parecerían ser términos sinónimos, sin embargo, se distinguen, en virtud de que el primero obedece al principio estructural de jerarquía formal o normativa, es decir a la asignación de rangos a las normas, sea este superior o inferior; mientras que, la primacía obedece al principio estructural de competencia, es decir la norma constitucional es aquella que determina cómo se debe crear las normas jurídicas del sistema y qué órgano es el competente para expedirlas²⁶³.

²⁶⁰ Montaña Pinto, “Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano”, 197-200.

²⁶¹ Caso *Marbury vs Madison* “...Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto, siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley...” <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Marbury-vs.-Madison.pdf>.

²⁶² Armando Soto Flores, “Supremacía constitucional”, en José Barragán, Raúl Contreras, José Mateos y otros, *Teoría de la Constitución*, 1ra. ed., (México: Porrúa, 2003), 169-172.

²⁶³ José Palomino Manchego, “Constitución, supremacía constitucional y teoría de fuentes”, en Víctor Bazán, coord., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, t. I. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 226.

La Constitución, ya no se concibe como un ejercicio de retórica política o como expresión de un catálogo de buenas intenciones, sino como una norma jurídica, con la misma vocación conformadora que cualquier otra; mejor dicho con una fuerza superior e indiscutible²⁶⁴.

El Estado constitucional contemporáneo, es diferente al Estado de Derecho concebido en el siglo XIX, básicamente por la distinta ubicación de la ley ordinaria en el sistema de fuentes, por su subordinación a un texto constitucional justiciable²⁶⁵.

La palabra Constitución y con ella a expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como la libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder...²⁶⁶.

Para Hans Kelsen, la Constitución es la norma que establece la vía para el desarrollo y renovación del ordenamiento, garantizando su unidad, es la norma fundadora básica, hipotética y con fundamento de validez suprema, que consagra la relación entre regulación de los modos de producción y coordinación de normas jurídicas de un Estado²⁶⁷.

La función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma solo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma...²⁶⁸.

Francisco Rubio Llorente, en sentido amplio, sostiene que la Constitución es equivalente al de organización del poder de una entidad política diferenciada, cualquiera sea su naturaleza o tipo de organización²⁶⁹.

La Constitución, como norma fundamental de un Estado, es la suma de

²⁶⁴ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismos”, en David Ortiz Gaspar y Katty Aquize Cáceres coord., *Tendencias actuales del Estado Constitucional contemporáneo*. t. V. (Lima: Ara, 2013), 21.

²⁶⁵ Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (Lima: Palestra, 2011), 18.

²⁶⁶ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, 2da. reimpresión (Barcelona: Ariel, 1991), 11.

²⁶⁷ Kelsen, “Teoría Pura del Derecho”, 108.

²⁶⁸ *Íbid.*, 147.

²⁶⁹ Cf. Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, 3a. ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 9.

factores reales de poder²⁷⁰, es el conjunto de normas escritas, dotadas de rango singular, que regulan la organización de poderes y definen los derechos y deberes de sus integrantes²⁷¹.

Para el autor ecuatoriano Rafael Oyarte Martínez, la Constitución es un texto solemne, a través del cual el poder del Estado se organiza en instituciones políticas con un régimen de garantías a derechos fundamentales²⁷².

El concepto de Constitución como norma suprema, presupone una determinada estructura jerárquica en el ordenamiento jurídico interno, por lo tanto es la norma básica a la cual está sujeta la creación de normas por parte de los órganos correspondientes²⁷³. Un orden jurídico no constituye un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas, existe un orden preestablecido y esta unidad de orden reside en que, la forma de creación y aplicación posterior de una norma se sujeta a las determinaciones de otra superior²⁷⁴.

Ignacio de Otto, sostiene que este rango de supremacía y sujeción de normas inferiores a una superior, no se cumple con el simple hecho de tener dentro de un ordenamiento jurídico una Constitución escrita, pues el rango de *suprema*, únicamente lo adquiere según menciona, cuando el mismo ordenamiento jurídico dispone que el cumplimiento de sus preceptos sea obligatorio²⁷⁵.

La Constitución como norma superior, tiene implícita dos condiciones: a) norma jurídica, de la cual derivan dos características fundamentales: la aplicación directa y su eficacia derogatoria; y, b) supremacía, alude a la condición misma de la Constitución como norma que funda o crea, más que a su posición dentro de un ordenamiento jurídico (jerarquía) y cuyas características fundamentales son:

- a) Eficacia como *norma fundacional de la comunidad política*.- La Constitución *crea* jurídicamente a la sociedad.
- b) Calidad de *derecho fundamental del Estado*.- Es la norma encargada de fijar las reglas básicas del sistema político y del modelo institucional de convivencia.
- c) Posición de Derecho superior al resto de Derecho.- La supremacía es la

²⁷⁰ Raúl Contreras Bustamante, "Concepto de Constitución", 54.

²⁷¹ Remedio Sánchez Ferriz, *El Estado Constitucional y su sistema de fuente*, 2a. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 275.

²⁷² Cf. Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia* (Quito: Tribunal Constitucional y Konrad Adenauer, Editores, 1999), 75.

²⁷³ Monroy Cabra, "La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes", 20.

²⁷⁴ Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", 147.

²⁷⁵ Cf. De Otto, "Derecho Constitucional, sistema de fuentes", 15.

supra legalidad de la Constitución sobre las demás normas y su concepto incluye: la jerarquía formal o normativa y de competencia o distribución; la imposición de la Constitución de criterios de valor sobre las demás normas; y, la capacidad para invalidar normas que contradigan su esencia²⁷⁶.

En otra línea de pensamiento, Manuel Aragón Reyes, sostiene que existe una clara diferenciación entre supremacía y *supra legalidad*, en virtud de que, ambos conceptos permiten identificar el sentido político y el sentido jurídico respectivamente de la Constitución²⁷⁷.

Para Luis Prieto Sanchís, la supremacía, es la cualidad por medio de la cual, una norma genera deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye, según menciona, una vocación de imponerse a las mismas en caso de conflicto, en razón de la mayor fuerza que se le reconoce y no por ser posterior o más adecuada para regular el caso concreto²⁷⁸.

Para el Tribunal Constitucional peruano, conforme lo cita José Palomino Manchego, la supremacía de la Constitución, comprende:

...que una vez expresada la voluntad del poder constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autárquicos. Todo poder deviene entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo...²⁷⁹.

El máximo órgano de control constitucional peruano, al igual que el ecuatoriano, reconoce y destaca la naturaleza jurídico-normativa de su Constitución; cuyos principios generales constituyen el centro del ordenamiento jurídico y a los cuales debe someterse todo el Estado.

Por su lado la Constitución ecuatoriana, establece lo siguiente:

²⁷⁶ Ángel Garrorena Morales, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 85-86

²⁷⁷ Cf. Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, 2a. ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 159.

²⁷⁸ Cf. Luis Prieto Sanchís, "Supremacía, Rigidez y Garantía de la Constitución", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. t. I. (México: Marcial Pons, 2008), 807.

²⁷⁹ Palomino Manchego, "Constitución, supremacía constitucional y teoría de fuentes", 109.

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”²⁸⁰.

La Constitución ecuatoriana, ha sido concurrente al determinar la supremacía constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico; así como, en establecer la obligatoriedad de todos los órganos de poder público para adecuar su conducta en torno a los principios generales de derecho.

2.3. El Neoconstitucionalismo y el ordenamiento jurídico/ constitucionalización de la legalidad administrativa

Ante la pérdida de la capacidad explicativa del modelo teórico filosófico ius-positivista, para representar a un Estado, como una nueva conceptualización, una nueva teoría, un nuevo modelo de Estado, que asume un sinnúmero de principios morales²⁸¹, nace la denominada teoría genovesa *Third theory of law*, de John Mackie, Neoconstitucionalismo o como otros lo conocen *Constitucionalismo contemporáneo*, identificada como la transición de la democracia parlamentaria y *Estado legislativo* al Estado y democracia constitucional, donde se materializa la *irradiación de principios en todo el Derecho*²⁸².

El Neoconstitucionalismo es una doctrina alimentada por la constitucionalización del Derecho²⁸³, es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales, la primera, identificada como la *supremacía de la Constitución*, que concibe a la norma constitucional como regla de juego de la competencia social y política, que permita asegurar la autonomía de los individuos, a fin de que sean ellos quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico. La segunda

²⁸⁰ CRE, art. 424.

²⁸¹ Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”, 18.

²⁸² Mauro Barberis, “El Neoconstitucionalismo. Third theory of law”, en Susana Pozzolo edit., *Neoconstitucionalismo, derechos y justicia* (Lima: Palestra, 2011), 249

²⁸³ José Ignacio Núñez Leiva, *Neoconstitucionalismo y control constitucional de la ley* (México: Porrúa, 2013), 82.

tradición, concibe a la Constitución como el resultado de un proyecto político bien articulado, no se limita a fijar reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo²⁸⁴.

Los doctrinarios, lo describen desde dos puntos de vista: a) teórico; y, b) ideológico. Como teoría del Derecho pretende describir los logros de la constitucionalización, representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional, caracterizado por el estatalismo, legicentrismo y formalismo interpretativo. Mientras el Neoconstitucionalismo como ideología del Derecho, ubica en primer plano el garantizar los derechos fundamentales, los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación, dejando en segundo lugar la limitación del poder estatal²⁸⁵.

La acepción “Constitucionalismo” y “Neoconstitucionalismo”, designan un modelo constitucional, es decir un conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados dentro de un sistema jurídico- político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”²⁸⁶.

Para Mauro Barberis, entre neoconstitucionalismo y constitucionalismo, existe solamente una distinción: el primero constituye la teoría jurídica, mientras el segundo la filosofía política²⁸⁷.

La frase *constitucionalización de ordenamiento jurídico*, había sido utilizada habitualmente para denominar la introducción de una Constitución por primera vez en un ordenamiento que carecía de ella, sin embargo, este concepto no presentaba interés alguno por parte de los juristas contemporáneos. Ante ello, la constitucionalización del derecho, se ha tornado en un proceso de transformación de un ordenamiento, caracterizado por una Constitución extremadamente invasora, con capacidad de condicionar y limitar a los órganos de poder público, así como las relaciones sociales²⁸⁸.

Ante lo dicho y para efectos del presente capítulo, me referiré como Constitucionalismo contemporáneo al denominado por la gran parte de la doctrina

²⁸⁴ Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismos”, 125.

²⁸⁵ Paolo Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2003), 83.

²⁸⁶ *Ibid.*, 75.

²⁸⁷ Cf. Mauro Barberis, “EL Neoconstitucionalismo. Third theory of law”, 253.

²⁸⁸ Riccardo Guastini, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2003), 49.

Neoconstitucionalismo, definiéndolo como aquel proceso histórico, a través del cual, los documentos políticos limitantes del poder público, marcan un espacio infranqueable para la inclusión de este poder, expresado en principios jurídicos, que se convierten en fuentes de aplicación directa, justiciables y con jerarquía normativa suprema²⁸⁹.

Luigi Ferrajoli, ya venía venir el cambio de paradigma, cuando declaraba abiertamente en crisis, al Estado *legislativo*, con el principio de legalidad a la cabeza, crisis que según mencionó encuentra su génesis en la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, es decir lenguaje cada vez más obscuro y tortuoso, que dan lugar a complicados enredos y laberintos normativos. Así, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la sabiduría de los jueces, se ha visto disuelta por una legislación desordenada. Por lo tanto, expresiones como *principio de legalidad* y *reserva de ley*, carecen cada vez de más sentido, lo que genera un ideal para el replanteamiento o refundación de la legalidad ordinaria²⁹⁰.

El legislador ha dejado de ser el ente omnipresente, coherente, operativo, justo y con una precisión y racionalidad exacta en torno a la norma que dicta. La ley no es prácticamente nunca cierta y clara²⁹¹, por lo tanto, ha dejado de ser la fuente sustancial y primigenia del Derecho, para dar paso al conjunto denominado *ordenamiento jurídico*, cuya máxima expresión y límite se encuentra en la Constitución, a la cual se le ha sumado a más del valor político, un valor normativo.

El *Constitucionalismo contemporáneo* latinoamericano, comienza a nacer a finales del siglo pasado, con ciertas variaciones entre Estados, tales como: la expansión de derechos, el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces, el redimensionamiento del Estado, el constitucionalismo económico encaminado a la equidad y al hiper- presidencialismo²⁹², su esencia avizora un estado participativo, donde la constitución irradia a las demás ramas del derecho y hace del juez, el principal intérprete dentro de este complicado sistema jurídico y cuyos fallos implican la aplicación directa de postulados de justicia y equidad establecidos en la

²⁸⁹ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. (Guayaquil: Edilex, 2010), 117.

²⁹⁰ Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2003), 20-1.

²⁹¹ Cassagne, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, 127.

²⁹² Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, I ed. (Quito: Abya- Yala, 2013), 60.

Constitución²⁹³.

En el Ecuador, el nacimiento del Constitucionalismo contemporáneo, permitió reforzar el valor y rigidez de la Constitución y con ello, ha proporcionado al Derecho Administrativo, elementos introductorios, novedosos y vivificantes para el desarrollo de su actividad, tales como: el *sumak kawsay* y la naturaleza. El ejercicio de la función administrativa, se considera más cercana a las ciudadanas y ciudadanos; constituyendo de esta manera a los principios intermediación y participación activa, como elementos permanentes de la conformación del Estado y de la vigencia de la democracia participativa²⁹⁴.

Los actos administrativos, normativos o no, no pueden contradecir a ley formal, mucho menos la Constitución; así como los órganos de poder público no pueden obrar fuera de la competencia que les es atribuida²⁹⁵. Para Fiorinni, citado por Carmen Amalia Simone Lasso, no solo las leyes tienen fundamento en la Carta Suprema, pues esta *juridicidad* creada por la Constitución es materia primaria para toda actuación administrativa. La juridicidad constitucional, es el fundamento de validez de todos los actos y normas²⁹⁶.

El cambio de paradigma constitucional, ha permitido que sean los principios (*normas que contienen derechos*) los que proporcionen parámetros de comprensión y no soluciones determinantes a quienes están llamados a aplicarlos. De aquí, según Pamela Aguirre, el principio de legalidad, más que un precepto de estricta observancia, se convierte en el principio constitucional de legalidad²⁹⁷.

¿A qué se refiere Pamela Aguirre, al promulgar un principio constitucional de legalidad? Su concepto no se dirige a fortalecer el principio de legalidad como antaño, como fuente principal en un Estado de Derecho, sino por el contrario, a mi criterio su pensamiento se direcciona a identificar al principio de legalidad como el instrumento eficaz para desarrollar los principios generales de derecho, establecidos

²⁹³ Maritza Tatiana Pérez Valencia, “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el Derecho Administrativo nacional”, en Corte Nacional de Justicia. Jurisprudencia ecuatoriana. Ciencia y Derecho (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2012), 44-5.

²⁹⁴ Pérez Valencia, “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el Derecho Administrativo nacional”, 45-7.

²⁹⁵ Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*, 3a. ed., vol. I. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 121.

²⁹⁶ Carmen Amalia Simone Lasso, “El Control de constitucionalidad de los actos administrativos en Ecuador”, en Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Estado, Derecho y Justicia* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 45.

²⁹⁷ Cf. Pamela Aguirre, *El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa de SRI* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 23.

en la norma constitucional; así como, el mecanismo idóneo para la aplicación de reserva legal en determinadas materias.

Para la jurista Maritza Pérez, el principio de legalidad tal y como lo conocemos mutaría, para convertirse en el *principio de legalidad condicionado a los principios de justicia*, pues según sostiene, la Administración Pública no se entendería bajo la sumisión únicamente del *derecho*, sino de la suma de principios de justicia social y la equidad, en casos de anomias y antinomias²⁹⁸.

Finalmente, es interesante notar como Luigi Ferrajoli, al igual que lo hiciera con el Estado *legislativo*, ya avizoró una etapa de crisis para este Estado *constitucional*, en virtud del papel exorbitante y garantista de la Constitución en relación con la legislación y al desarrollo y posicionamiento de parte de sus fuentes normativas fuera de los límites de la soberanía de un Estado²⁹⁹.

2.4. La Constitución de la República del Ecuador de 2008 y el Derecho Administrativo

El Ecuador tuvo su origen histórico en el año de 1830 y en casi 184 años de historia, destacaré que el tenemos en nuestro haber veinte Constituciones, es decir, se ha expedido una nueva Constitución cada nueve años de la vida republicana nacional y que a decir del historiador Enrique Ayala Mora, no se ha debido a la necesidad de cambios del país, sino a la inestabilidad política a través de su historia³⁰⁰, así como, al afán de creer que cada Constitución fundaba una nueva nación que partía de cero; sin embargo, nunca fue un hecho real que se reflejara en su texto, puesto que, se sobrepusieron las decisiones coyunturales a las necesidades de continuidad propiamente institucional³⁰¹.

A través de esta historia, existen marcadas etapas constitucionales, que las resumiré de la siguiente manera:

- a) Constitucionalismo liberal-conservador.- Comprende el período entre 1830 y 1906. Asoció la riqueza con el poder político. El Estado era abstencionista y los derechos exclusivamente reconocidos eran os

²⁹⁸ Cf. Pérez Valencia, “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el Derecho Administrativo nacional”, 52.

²⁹⁹ Cf. Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, 20-1.

³⁰⁰ Cf. Enrique Ayala Mora, *Ecuador patria de todos*, 2a. ed. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2004), 190.

³⁰¹ Cf. Ayala Mora, “Historia constitucional”, 14-5.

individuales, de carácter civil y políticos³⁰².

Las Constituciones de este siglo se direcciona primordialmente a organizar el Estado, la ciudadanía y los poderes y potestades estatales, existía una ineficiente promulgación de garantías ciudadanas, entre las principales, se encontraban la de no ser apresado sin proceso previo, a no ser privado del derecho a la defensa, la igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la vida, etc ³⁰³.

- b) Constitucionalismo liberal-laico.- Comprende el período entre 1906 y 1929. La iglesia se separa del Estado, se reconocen libertades a los ciudadanos, sin embargo el modelo político, continúa obedeciendo a un presidencialismo autoritario³⁰⁴.

El liberalismo amplió la cultura nacional, se desarrolló institucionalidad, se consolidó la autoridad secular, la separación del Estado- iglesia; sin embargo la reforma agraria fue sabotada por los entes de poder económico. A la muerte de Eloy Alfaro en 1912, el gobierno plutocrático reprimió las manifestaciones populares y por el año de 1926 ya se fundaba el Partido socialista ecuatoriano³⁰⁵.

- c) Constitucionalismo legal-liberal-social.- Comprende el período entre 1929 y 1979. El Estado asume un rol un poco más activo en la economía. Predomina el derecho privado, se reconoce la responsabilidad social de la propiedad; así como, derechos sociales, económicos y culturales³⁰⁶.

Se dictaron cinco Constituciones, en medio de golpes de Estado y Dictaduras, se consolidó el laicismo y la burguesía fue el actor central del Estado³⁰⁷.

- d) Constitucionalismo neoliberal.- Comprende el período entre 1979 y 1998. Se privatiza servicios públicos, se desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales. Se legitimó una economía excluyente³⁰⁸.

³⁰² Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008”, 87.

³⁰³ Ayala Mora, “Historia constitucional”, 28-9.

³⁰⁴ Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008”, 87.

³⁰⁵ Ayala Mora, “Historia constitucional, 39-40.

³⁰⁶ Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008”, 88.

³⁰⁷ Ayala Mora, “Historia constitucional, 60-2.

³⁰⁸ Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008”, 87-93.

- e) Constitucionalismo contemporáneo.- Se considera como tal, desde la expedición de la Constitución de 2008 hasta la actualidad. El Estado se consagra como plurinacional y pluricultural, la promoción y protección de los derechos es el fin último del Estado³⁰⁹.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...³¹⁰.

El Ecuador ha pasado de un Estado social de derecho, que pretendía garantizar el bienestar y la justicia social; así como, promovía una Administración Pública, dotada de competencias para establecer un nuevo orden socioeconómico en la base a principios de orden social; a un Estado constitucional de derechos y justicia, cuya organización, gira en el límite ya no de los denominados principios de orden social, sino en torno a los límites de los principios constitucionales y en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad.

En el Estado Constitucional, es la misma Constitución la que determina el contenido de la ley y la estructura del poder. La norma constitucional es material, al consagrar derechos que serán el fin propio del Estado; orgánica, puesto que, determina los órganos que formarán parte del Estado y que se encuentran llamados a garantizar los derechos que consagra; y, procedimental al establecer mecanismos de participación directa³¹¹.

El Estado constitucional nos ayuda a responder las preguntas sobre “quien es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener”³¹², al responder estas preguntas planteadas por Ramiro Ávila, podemos colegir que en un Estado Constitucional, la Corte es la autoridad, las normas se hacen en aplicación directa y desarrollo progresivo de los principios constitucionales y además deben contener garantías que aseguren su cumplimiento.

El Estado como tal, ya no es exclusivamente el punto de referencia, sino el poder; desde dos perspectivas; a) pluralidad jurídica; y, b) la importancia de los

³⁰⁹ Ayala Mora, “Historia constitucional, 285-7.

³¹⁰ CRE, art. 1

³¹¹ Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008”, 111.

³¹² *Ibid.*, 104.

derechos constitucionales para la organización estatal³¹³. El Estado redefine la centralidad de los derechos de las personas sobre la ley y el Estado mismo, su finalidad es el reconocimiento, promoción y garantía de estos derechos³¹⁴, de esta manera, el interés común, punto de partida del concebido Estado de Derecho, pasa a ser interés secundario ante la aplicación directa de los derechos constitucionales.

Las fuentes de derecho se diversifican en: precedentes constitucionales, precedentes internacionales, políticas públicas, sentencia de jurisdicción indígena y la moral³¹⁵. La ley ya no constituye por sí sola la expresión máxima, ni la fuente central del Estado, se busca configurarla en apego a los principios generales de derecho, despojándola así de su naturaleza formal.

En un Estado constitucional de derechos, el Derecho crea un sistema de garantías que la Constitución organiza para el amparo de los derechos fundamentales de los ciudadanos³¹⁶, entendidos estos, como aquellos derechos subjetivos que le son propios a una persona, y que por su importancia tienen reconocimiento constitucional³¹⁷.

El Estado constitucional de *derechos*, no derecho, subraya con más énfasis, la vigencia de todos los derechos del ser humano; así como la naturaleza considera como individual, sujeto de derechos y obligaciones³¹⁸.

En el Estado de justicia, la regla como norma hipotética o enunciado lingüístico, es parte del ordenamiento jurídico y este ordenamiento no puede arrojar resultados injustos; por lo que, si una regla no es coherente con el principio (norma que contiene derechos), la autoridad encargada de aplicarla deberá buscar otra regla y en caso de no existir, deberá crearla³¹⁹.

La denominada *justicia social*, se fundamenta en la equidad, como mecanismo alternativo a la conocida razonabilidad de derecho en casos de anomias o antinomias y es básica para el desarrollo del máximo potencial de los individuos; así

³¹³ *Íbid.*, 123.

³¹⁴ *Íbid.*, 136.

³¹⁵ *Íbid.*, art. 124.

³¹⁶ Jorge Zavala Egas, “La Constitución de 2008 y la Administración Pública en el Ecuador”, en Diego Pérez Ordóñez comp., *La Constitución Ciudadana*, I ed. (Guayaquil: Taurus, 2009), 68.

³¹⁷ Jorge Benavides Ordóñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2013), 75.

³¹⁸ Pérez Valencia, “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el Derecho Administrativo nacional”, 51.

³¹⁹ Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008”, 152.

como para instaurar una paz social estable³²⁰.

En definitiva, el Estado constitucional de derechos y justicia, es definido como la organización jurídico –política, asentada en un territorio determinado, fundado en una democracia participativa, cuyo principal instrumento es la Constitución, a través de la cual se consolida el modelo garantista, iniciado ya, en la Constitución de 1998, al momento de incluir acciones constitucionales como mecanismos de protección de derechos³²¹.

Para Jorge Zavala Egas, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es simplemente una creación normativa más, *artificial, ilusoria, un proyecto a realizar*, que dista mucho de apegarse a una realidad³²².

Una vez entendida de manera general la dimensión del Estado constitucional de derechos y justicia, así como la supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes del Derecho, especialmente del Régimen Jurídico Administrativo, es innegable no reconocer que el marco constitucional desde sus inicios en el Ecuador, ha servido de base para la estructura de la Administración Pública nacional, aunque nunca como ahora influye de manera decisiva en sus actuaciones.

La relación entre el Derecho Constitucional y el Administrativo, es fundamental, ambas ramas del Derecho son parte del Derecho público. El primero de ellos, como se ha dicho *desarrolla* al Estado, implantando su estructura fundamental, forma de gobierno, estableciendo las formas de interrelación con los administrados; así como sus derechos y garantías; mientras el Derecho Administrativo, se ocupa de la organización y funcionamiento de esta estructura³²³.

Sin duda, la Constitución, se consagra como base principal del ordenamiento jurídico administrativo, sin embargo, según sostiene Cassagne, esta subordinación, no evita que existan interferencias entre uno y otro al existir límites imprecisos entre ellos³²⁴.

La jueza ecuatoriana, Maritza Pérez Valencia, sostiene que el concepto *iuspositivista* de Derecho Administrativo, se ha trastocado con este cambio de paradigma constitucional, pues según menciona, este ha dejado de ser absolutamente

³²⁰ Pérez Valencia, “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el Derecho Administrativo nacional”, 51.

³²¹ Cf. Jaramillo Huilcapi, “Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico ecuatoriano”, 8-10.

³²² Cf. Zavala Egas, “La Constitución de 2008 y la Administración Pública en el Ecuador”, 68.

³²³ Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Administrativo*, t. II. (Buenos Aires: Bdef, 2007), 18.

³²⁴ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, t. I. (Lima: Palestra, 2010), 158.

finalista en la búsqueda de sus conclusiones sea de carácter privado o de interés general, para transformarse en un derecho causalista y de medios en su quehacer, por el cual se busque la efectividad de la justicia en el Estado, pero en relación al individuo-sumak kawsay-naturaleza, pues conforme la nueva línea constitucional, esta rama del Derecho, está en la obligación de establecer *técnicas de garantías idóneas que asegure el mayor grado de efectividad de los derechos constitucionales*³²⁵.

Para la jurista ecuatoriana, en el Derecho Administrativo en donde la ejecución fría y literal de la norma ha sido la característica principal, únicamente la ponderación, la proporcionalidad y la equidad, sería las herramientas que vuelquen a la realidad estos preceptos constitucionales, desatando con ello el nacimiento del *Neoadministrativismo* en el Ecuador, es decir decisiones administrativas sean estas de carácter general o individual que plasmen el garantismo de las normas fundamentales y los derechos de libertad de la persona, para lo cual, destaca como exigencia latente la expedición de un Código de Procedimiento Administrativo³²⁶.

El sistema garantista es ahora el medio para alcanzar la justicia social y la equidad, que toma forma en el derecho administrativo más que en otro, pues es aquí que se han establecido efectivamente las medidas afirmativas de protección de los principios rectores fundamentales...³²⁷.

Alineándome a esta posición, y acogiendo a la vez la crítica expuesta por la jueza ecuatoriana Maritza Pérez Valencia, puedo decir que, el Derecho Administrativo, en sus orígenes promulgado bajo los principio de libertad, igualdad y fraternidad, representa per se, el espacio ideal para desarrollar el sistema garantista plasmado en nuestra Constitución, sin embargo, para ello, es imperioso contar con un marco jurídico administrativo eficiente y adecuado a nuestra nueva realidad jurídica, que viabilice el efectivo ejercicio y aplicación directa de los principios constitucionales, por parte de cualquier autoridad de poder público.

2.5. La actividad administrativa y el control constitucional

Pese a que, la Constitución de 2008, ha dejado claramente definida la

³²⁵ Cf. Pérez Valencia, “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el Derecho Administrativo nacional”, 48-9.

³²⁶ *Íbid.*, 50-2.

³²⁷ *Íbid.*, 54.

disposición de ajustar toda actividad estatal al marco constitucional, según Carmen Amelia Simone Lasso, ni en esta, ni en las anteriores Constituciones se ha destacado de forma clara e idónea mecanismos de control constitucional de la actividad administrativa³²⁸.

Por su parte la Constitución de 1998, establecía el control difuso o facultad de inaplicación de los *preceptos jurídicos*, considerados contrarios a la Constitución; preceptos, dentro de los cuales, no estaba clara la idea si los actos administrativos emanados de autoridad pública al constituirse formas de aplicación del derecho con efectos directos, se consideran o no incluidas. Es más clara y definida la disposición contenida en su artículo 276, mediante el cual otorgaba competencia al Tribunal Constitucional, para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. Este mecanismo de control, en su momento, fue considerado ineficiente por demás, al constituir como requisito primordial previo a su demanda la presentación del apoyo de mil personas o el informe favorable del Defensor de Pueblo³²⁹.

La Constitución de 2008, establece un control mixto de constitucionalidad, por un lado, los jueces/zas, aplican directamente la Constitución y por otro lado, la Corte Constitucional decide de manera general y obligatoria para todos los casos³³⁰. En este sentido, se establece 3 mecanismos de control constitucional de los actos administrativos:

a) Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de directa e inmediata aplicación por parte de cualquier servidor público, administrativo o judicial³³¹, conforme lo ratifica el artículo 424 de la Constitución.

b) La acción de Inconstitucionalidad de actos administrativos de carácter general. Al respecto la Constitución establece:

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:...4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra *los actos administrativos con efectos generales* emitidos por toda autoridad

³²⁸ Cf. Simone Lasso, “El Control de constitucionalidad de los actos administrativos en Ecuador”, 45.

³²⁹ *Ibid.*, 46-9.

³³⁰ Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008”, 64.

³³¹ CRE, art. 11, num 3.

pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo...³³². (La cursiva está fuera del texto).

Entendido como acto administrativo de efectos generales, aquella declaración unilateral de la Administración Pública, que produce consecuencias directas a un conglomerado de ciudadanos, hecho que a decir de Carmen Simone, lo hace confundirse con un *acto normativo*³³³.

c) La acción de protección.- Cuyo fin principal es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, ante actos u omisiones emanados de cualquier autoridad pública no judicial³³⁴. Para Carmen Simone, la concepción de acto de autoridad pública, es más amplio que el de *acto administrativo*, sin embargo, lo considera como una de las manifestaciones de dicha autoridad³³⁵.

Esta garantía jurisdiccional, si bien en teoría es considerada un progreso en comparación con el extinto *amparo constitucional*, al contemplar la posibilidad de impugnarse por acción de protección actos administrativos de carácter particular, que tienen habilitada un vía judicial, siempre y cuando se pruebe que no es la vía expedita para hacerlo; esto ha ocasionado que la justicia constitucional, como mecanismo *expedito y eficaz*, ante los ojos de los particulares y profesionales del derecho, venga a reemplazar a la justicia ordinaria, ocasionando con ello, que la garantía concebida como tal, se muestre ineficaz ante el accionar de los jueces constitucionales, quienes ante la acumulación de procesos constitucionales, en su gran mayoría, se limitan a fallar negando la acción alegando la existencia de vía expedita en el ámbito judicial; así como, por tratarse de un tema de mera legalidad.

Para decir de la autora Carmen Simone, nuestros mecanismos de control constitucional son inéditos y constituyen uno de los aspectos sobre los cuales la Constitución de 2008, presenta severas falencias³³⁶, por no adaptarse a la realidad jurídica nacional; así como, por encontrarse en proceso de experimentación.

Podemos concluir que dentro del sistema formal de fuentes de derecho concebido por Kelsen y Merkl, la ley como criterio de objetividad, ha pasado de ser el eje central del sistema de fuentes de derecho, para convertirse en el acto de ejecución inmediata a la Constitución, es decir, su validez se encuentra subordinada

³³² *Íbid.*, art. 436, num. 4.

³³³ Simone Lasso, “El Control de constitucionalidad de los actos administrativos en Ecuador”, 51.

³³⁴ CRE., art. 88.

³³⁵ Simone Lasso, “El Control de constitucionalidad de los actos administrativos en Ecuador”, 55.

³³⁶ Cf. *Íbid.*, 56-7.

a preceptos supra legales, dentro de un Estado, caracterizado por poseer una Constitución de valor no únicamente político sino también normativo.

Ante esta nueva realidad, el principio de legalidad, fundamento y eje central del Derecho Administrativo, desde su nacimiento a finales del siglo XVIII, tal como se ha dicho ya, mutaría, no para extinguirse como lo han insinuado varios tratadistas y autores, sino para evolucionar dentro del condicionamiento y control establecido por el modelo de Estado neoconstitucionalista.

En el Ecuador, se ha pretendido establecer con ello un renacimiento de esta rama del Derecho, cuyo fin principal pasaría del cumplimiento del interés general a la aplicación directa de principios y garantías constitucionales; sin embargo de ello, la doctrina nacional, ha dejado claro que el Ecuador aún se encuentra en etapa de experimentación, en la cual la aplicación material de derechos y garantías constitucionales continúa aun siendo ineficaz ante y por los órganos de poder público sean estos administrativos o judiciales.

Capítulo tres: La legalidad como principio constitucional, de la actividad administrativa en la constitución de 2008

La ley, como norma primordial, manifestación de voluntad general, contentiva de normas de carácter general y abstracta, que plasma decisiones fundamentales de la sociedad, ha perdido en la sociedad actual la posición que le correspondía en orden jurídico liberal³³⁷, se ha visto despojada de la fuerza legítima originaria y ha pasado a formar parte del todo, es decir del ordenamiento jurídico y sujeto de forma irrestricta a los principios y lineamientos establecidos en la Constitución, entendidos estos, ya no en mero sentido formal, sino material.

Dentro de este contexto, en el presente capítulo, determinaré cuál es el alcance, la aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en el actual Estado Constitucional de derechos y justicia; así como plantearé la posición concreta de los máximos órganos de justicia ecuatoriana.

3.1. La aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en el modelo del Estado constitucional de derechos y justicia

La Constitución y su nueva concepción como *norma jurídica*, a través de las novísimas corrientes neoconstitucionalistas, no solo en Ecuador, sino también en América Latina y el mundo, es indiscutible. La ley ya no expresa los intereses hegemónicos de la burguesía, ya no es la expresión de una sociedad política internamente coherente³³⁸.

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo de derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales...³³⁹.

En el Estado constitucional, la ley se constituye en un mecanismo ordenado, no solamente ordenador, se convierte en el instrumento idóneo y el método efectivo de aplicación y desarrollo constitucional, es de aquí que parte, la razón fundamental

³³⁷ Montaña Plata y Ospina Garzón, “La Constitucionalización del Derecho Administrativo”, 88-90.

³³⁸ Vila Casado, “Fundamentos del derecho constitucional ecuatoriano”, 397.

³³⁹ Zagrebelsky, “El derecho dúctil”, 40.

para la permanencia del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La Constitución es parte del orden jurídico de Estado, “pero no de cualquier manera: ella lo instaura y otorga fundamento a las demás piezas que lo integran”³⁴⁰. En el caso ecuatoriano, la constitucionalización del derecho, se desarrolla en un sistema de garantías que vincula y relaciona la efectiva aplicación de los derechos fundamentales con el cumplimiento del *sumak kawsay*, este factor ha implicado el surgimiento de una serie de avances constitucionales relevantes, tales como: democracia participativa; el papel del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva estructura constitucional; pluralidad jurídica, el nuevo rol de los jueces y la transformación de la teoría general de los derechos.

Es así, que en este punto de mi investigación, cabe formularme las siguientes preguntas:

1. ¿En el recientemente adoptado Neoconstitucionalismo ecuatoriano, la ley, mantiene o no su posición en el sistema de jerarquía de fuentes de Derecho?

La unidad del ordenamiento jurídico y la pluralidad de fuentes, encuentra fundamento en la propia Constitución, de cuyos principios debería derivarse (efecto de irradiación) casi de modo deductivo la ley y demás normas infraconstitucionales³⁴¹.

Sin duda la muerte de la ley, puede resultar obvia desde el momento en el que se afirma la supremacía constitucional, sin embargo para Luis Prieto Sanchís, esto no corresponde a una *realidad*, pues es necesaria una sustancialización o rematerialización de la Constitución que encarne un orden de valores o una unidad material³⁴². En el Ecuador, la Constitución de 2008, ha pretendido dar ese giro de lo formal a lo material, sin embargo y como desarrollaré más adelante, aún nos encontramos buscando en el camino, la fórmula más efectiva de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a los principios constitucionales.

³⁴⁰ José Gregorio Hernández G., “Poder y Constitución”, 67

³⁴¹ Susanna Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”, 175.

³⁴² Luis Prieto Sanchís, “Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, 182.

Sin embargo de lo dicho, la ley aún continúa ocupando un rango esencial en la teoría del sistema de fuentes, así lo han consagrado siempre en las constituciones ecuatorianas a lo largo de su historia y ahora en la Constitución de 2008, no es la excepción, así lo reconocen expresamente sus artículos 76, numeral 3, cuando sostiene que, solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia de trámite propio de cada procedimiento; artículo 226, al disponer que *las autoridades públicas ejercerán solo las competencias y facultades que les sea atribuidas en la Constitución y la ley*³⁴³; y, artículo 425, al establecer el siguiente orden jerárquico de aplicación de las normas: la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales, entre otras³⁴⁴.

A pesar de los múltiples cambios sufridos en el Estado de Derecho, a lo largo de todo el siglo XX, a raíz de la irrupción del modelo constitucional, para Juan Montaña Pinto, el único cambio jurídico real, ha sido la ascensión de la Constitución al lugar que antes ocupaba la ley, sin que ninguna de las características básicas del Estado de Derecho cambiara.³⁴⁵ Desde esta óptica, el autor sostiene:

El hecho de que la nueva Constitución ecuatoriana sea, como hemos dicho, una carta típica y “ejemplo máximo” del nuevo constitucionalismo latinoamericano indicaría que su sistema de fuentes debería poner en entredicho el valor absoluto de la ley. Sin embargo, paradójicamente en el sistema de fuentes de la actual Carta constitucional de nuestro país la ley sigue manteniéndose como la norma fundamental del ordenamiento, al punto que se puede decir que objetivamente lo único que ha variado respecto del modelo constitucional anterior, el de la Constitución de 1998, es el alcance del principio de legalidad pero no su naturaleza...³⁴⁶.

Profundizando y rebatiendo a la vez, el criterio de Montaña Pinto, no puedo desconocer como él lo ha hecho, que el principio de supremacía constitucional, siempre estuvo presente y ha sido un criterio recurrente en nuestras Constituciones anteriores, por lo tanto, la Constitución de 2008, no trae consigo ese tinte novedoso, que me haga pensar que la supremacía constitucional es un concepto moderno y recientemente adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo de ello; y, pese a su condición de *norma suprema*, concebida desde el mismo auge del Estado de Derecho, más que una fuente de derecho, o *norma jurídica* propiamente, constituía simplemente un programa político dirigido al legislador, quien se

³⁴³ CRE, art. 226.

³⁴⁴ *Íbid.*, art. 425

³⁴⁵ Juan Montaña Pinto, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t. I (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011), 106.

³⁴⁶ Montaña Pinto, “Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano”, 96.

encargaba de traducirla jurídicamente, según los criterios de oportunidad y conveniencia³⁴⁷. Su carácter era pragmático, es decir, no era prescriptivo ni propiamente normativo³⁴⁸.

En este punto entonces, cabe distinguir cuál es esa característica distintiva de la Constitución 2008, que de forma idílica afiance un constitucionalismo material, que cambie el paradigma legalista arraigado y que efectivamente catapulte la supremacía de la norma constitucional, no al marco político, sino a lo que realmente implica en un Estado constitucional y más en un Estado constitucional de derechos y justicia, *la norma de normas*. A criterio de la autora del presente trabajo, esta característica esencial se estatuye en su novedosa estructura y fuerza *normativa*, que promueve el desarrollo y defensa de los derechos y garantías constitucionales como el más alto deber del Estado y cuya vinculación es de directa e inmediata aplicación, no solo ante los órganos de justicia, sino también ante los de la Administración Pública.

Por otro lado, nos vemos enfrentados a una problemática simultánea, pues, si bien este cambio de paradigma constitucional en el Ecuador, implica que la actuación de todos los órganos de poder público se vinculen de forma directa a los derechos constitucionales, es importante entender que estos derechos deben ser traducidos y desarrollados en normas infra-constitucionales de rango legal, tal y como lo dispone la misma norma constitucional, para su adecuada aplicación, evitando con ello el riesgo de *hiper-constitucionalizar el derecho* y pretender dirimir todo conflicto jurídico como un tema de índole constitucional. Hecho que, acogiendo el criterio de Montaña Pinto, se traduciría en una *congelación del ordenamiento jurídico*, puesto que, todo ya se ha dispuesto y resuelto en el texto constitucional³⁴⁹.

Analizando la realidad nacional y respondiendo a la interrogante planteada, dentro del marco constitucional promulgado, podría afirmar que al momento, en la casuística, sobre todo en la Administración Pública, la ley continúa siendo la fuente principal de la actividad administrativa; hecho que al parecer, no constituye *error* alguno, en virtud de que hace uso legítimo del principio de legalidad consagrado en la Constitución de 2008; el problema a mi parecer, radica en que, ciertas normas, siguen siendo aplicadas, aun cuando menoscaban directamente derechos y garantías

³⁴⁷ Cf. *Íbid.*, 17.

³⁴⁸ Elías Díaz, “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, 73

³⁴⁹ Montaña Pinto, “Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano”, 80.

constitucionales, tales como: el debido proceso y la seguridad jurídica, a vista y paciencia de los llamados a tutelar su efectiva aplicación; así como, vulneran de forma directa el principio de reserva de ley dispuesto por la Constitución en su artículo 132, que en su texto dispone:

...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; 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 legales³⁵⁰.

La Constitución es enfática al determinar los casos concretos en los cuales la Asamblea Nacional es el único organismo competente para regular su ámbito, sin embargo de ello, es común ver en nuestro medio, que el ejercicio de los derechos constitucionales, no solo se pretenda, sino que se regulen mediante Decretos Ejecutivos, ese es el caso del Decreto Ejecutivo No. 016 de 04 de junio de 2013 y su posterior reforma mediante Decreto Ejecutivo No. 739 de 03 de agosto de 2015 mediante los cuales se expide el *Reglamento para el funcionamiento del sistema unificado de información de las organizaciones sociales*, acto normativo de carácter general, que a todas luces regula el derecho de los ciudadanos a asociarse en forma libre y voluntaria, establecido en el numeral 13 del artículo 66 de la norma constitucional, contraviniendo de forma expresa la reserva de ley establecida en el numeral 1 del artículo 132 ibídem.

Caso análogo sucede con el Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012, mediante el cual, se expide el *Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio, establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967*”, obviando nuevamente, la norma constitucional invocada en el caso anterior. En el presente caso, existe una acción de inconstitucional planteada ante el máximo órgano de cierre constitucional, signada con el No. 003-12-IA, mediante la cual, se solicita se declare la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 1182 por contravenir el principio de reserva de ley, tanto al regular un procedimiento en donde se determinan derechos

³⁵⁰ CRE, art. 132.

y obligaciones, como al determinar competencias y atribuciones a funcionarios administrativos.

Sin embargo de lo dicho, la Corte Constitucional, se ha pronunciado al respecto, mencionando que el Reglamento cuya inconstitucional se demandó por atender de forma clara al principio de reserva legal: *no regula de forma general el contenido y alcance del derecho al refugio, sino que coadyuva a asegurar su pleno ejercicio sin que tal situación vulnere el principio de reserva de ley, al establecer requisitos básicos para la configuración de la condición de refugiada o refugiado, completando de tal forma la regulación que corresponde a la Ley de Extranjería...*³⁵¹. Ante lo dicho, debo distar y rebatir el criterio expuesto por el máximo órgano de cierre constitucional ecuatoriano, en virtud de que, de forma clara el texto del Reglamento en discusión, regula de forma general el derecho al Refugio consagrado en el artículo 41 de la norma constitucional y no desarrolla la Ley de Extranjería tal y como la Corte Constitucional defiende.

Caso parecido, ocurre con la aplicación de los Reglamentos de Disciplina de la Policía Nacional y de la Fuerzas Armadas, que en contraposición directa con la disposición constitucional contenida en el numeral 2 del artículo 132 de la Constitución, continúan siendo aplicados de forma directa en materia sancionadora.

El proceso constitucional ecuatoriano, tal y como, ha quedado evidenciado, se encuentra aún en la etapa de experimentación, de descubrimiento, hecho que impide de forma evidente que la Constitución, cumpla con su efecto irradiador en el ordenamiento jurídico y de esa manera, se posea del rango que le corresponde dentro del sistema de jerarquía de fuentes de derecho; por lo tanto y a criterio muy personal, esta, aún constituye un *catálogo de buenas intenciones*³⁵², dentro del sistema jurídico y régimen administrativo nacional, que no verá materializada su esencia si entre los políticos, teóricos y juristas nacionales no exista una verdadera comprensión del cambio de paradigma y del proceso histórico, jurídico y social actual.

2. ¿El principio de legalidad, aún constituye garantía de seguridad jurídica en la Constitución de 2008?

³⁵¹ Ecuador. Corte Constitucional, sentencia No. 002-14-SIN-CC, caso No. 0056-12-IN y 003-12-IA ACUMULADOS de 14 de agosto de 2014, 43.

³⁵² Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismos”, 21.

El principio constitucional de seguridad jurídica, constituye derecho cierto, conocido, no ignorado, publicado, no secreto, verdadero³⁵³; se erige sobre la capacidad de previsión, que posee el individuo, sobre las consecuencias jurídicas de sus acciones y las de los demás. Es la *certeza* del Derecho y la valoración que este hace en torno a su actividad. Esta certeza abarca la presunción de legalidad y legitimidad de las normas jurídicas³⁵⁴.

La seguridad jurídica, es la garantía dada al individuo de que su persona, bienes y derechos no serán vulnerados y que si esto llegara a pasar le serán restituidos y resguardados por la sociedad³⁵⁵. Este se deriva del cumplimiento estricto del principio de legalidad y van ligados en la medida en que las autoridades públicas e individuos en general, se sujeten a las prescripciones legales previas, en casos concretos. El respeto por el principio de legalidad, genera parámetros de regularidad, que aumentan los niveles de confianza respecto de los resultados de las conductas³⁵⁶.

El principio de seguridad jurídica, asegura la previsibilidad de las normas como ordenadoras de conductas, ante su carencia, sería inimaginable una sociedad equilibrada y libre, sin embargo, su esencia implica per se la preeminencia de la ley, que se revela central e indiscutible en una sociedad democrática, aun cuando deba subsistir con la supremacía constitucional³⁵⁷.

Para Genaro Eguiguren, la sujeción de la Administración pública al principio de legalidad, efectivamente constituye garantía ciudadana de seguridad jurídica, ante lo cual, el Estado o sus agentes, no podrán actuar de forma que no esté prevista en el ordenamiento jurídico³⁵⁸.

Sin duda es impensable creer o entender la existencia del principio de legalidad y no aplicar seguridad jurídica o viceversa, por ser principios

³⁵³ Luciano Parejo Alfonso y Roberto Dromi, “Seguridad Pública y Derecho Administrativo”, 217.

³⁵⁴ Gregorio Cámara, Juan F. López, María Luisa Balaguer y José A. Montilla, *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Belaguer Callejón, coord., vol. I, 5ª. ed. (Madrid: Tecnos, 2010), 95.

³⁵⁵ Mónica Madariaga Gutiérrez, “Seguridad Jurídica y administración pública en el siglo XXI”, 25.

³⁵⁶ Julio Andrés Ossa Santamaría, “El proceso de selección e tutelas en la corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, en Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, edit., *Hacia un nuevo Derecho Constitucional*, I ed. (Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2005), 386-7.

³⁵⁷ Eduardo García de Enterría, *Democracia, ley e inmunidades del poder*, 2da. ed., (Pamplona: Civitas, 2011), 127.

³⁵⁸ Genaro Eguiguren, “Visión de la Administración Pública en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 125.

independientes pero directamente vinculados, por su relación de género y especie; así lo reconoce nuestra Constitución al determinar que la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes³⁵⁹.

Al efecto y contestando la interrogante planteada, es ineludible, que el principio de legalidad aún constituye garantía ciudadana de seguridad jurídica, sobre todo en temas y materias de reserva de ley, inherentes a derecho sancionador, tributario y penal; y, siempre y cuando la norma instituida para el efecto, no contraríe o viole los principios y garantías constitucionales.

3. ¿De legalidad administrativa a principio constitucional de legalidad o a *Juridicidad*?

Para Santiago Muñoz Machado, la concebida doctrina clásica de *legalidad administrativa*, constituye la habilitación positiva y formal de potestades, a los órganos de poder público; mientras que en el sistema constitucional, la Administración recibe esos poderes de actuación directamente de la Constitución, en este contexto, asegura, sin duda estamos ante la *constitucionalización de la legalidad*³⁶⁰.

Esta constitucionalización, implica que el Derecho Administrativo y en fin todas las ramas del derecho, tienen un referente común, *la Constitución*, en donde se plasma los principios fundamentales de su actuación, como es el caso ecuatoriano, al citar el artículo 226 y 227, de nuestra Constitución, que dispone:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.³⁶¹

Es decir la actuación administrativa y todos los órganos que la conforman, no se obligan ya, únicamente frente a la ley, el cambio de paradigma implica someter a todos los poderes públicos en primer lugar a la Constitución y luego a la ley, ante lo

³⁵⁹ CRE, art. 82.

³⁶⁰ Muñoz Machado, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, 407-9.

³⁶¹ CRE, art. 226.

cual, es claro entender que, el principio de legalidad contrario a lo que muchos sostienen, no ha desaparecido, ni se ha transformado en otro principio, simplemente ha evolucionado y se ha afianzado en el Estado Constitucional de derechos y justicia

La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.³⁶²

La Constitución de 2008, en su marco garantista, dispone un marco de actuación de la administración pública en general, es decir respecto a sus actos, hechos y contratos, a diferencia de su predecesora de 1998, que únicamente lo hacía respecto a los servicios públicos.

La legalidad constitucional, constituye el carácter imperativo y restrictivo del orden constitucional positivo, es una noción jurídica precisa que no da lugar a equívoco³⁶³.

Ahora bien, en otra línea de pensamiento, hay que distinguir que para algunos doctrinarios, la legalidad, en términos generales ha mutado y mejor dicho ha sido desplazada por el denominado, principio de juridicidad, entendido este como el *derecho* en su conjunto. Así, Marco Morales Tobar, distingue una transformación del principio de legalidad a juridicidad en el régimen jurídico administrativo, hecho que ha permitido renovar y ampliar, según dice, en perspectiva su concepto clásico³⁶⁴; mientras, para Ignacio de Otto, la palabra legalidad no designa únicamente a la ley, sino a todas las normas, por lo tanto, según sostiene, es también entendido como *principio de juridicidad*³⁶⁵. En el Ecuador Marco Morales Tobar, es uno de los primeros autores en acuñar esa denominación, con el afán de sustituir al invocado principio de legalidad, sin embargo y como veremos más adelante, esta denominación no surge, ni mucho menos, se encuentra normada como tal, en nuestra Constitución.

Al efecto, es importante mencionar que Merkl, fue quien acuñó por primera vez, el término, sin embargo, no lo hizo con el afán de sustituir o hacerlo equivalente al conocido *principio de legalidad*, sino para explicar que toda actuación

³⁶² CRE, art. 227.

³⁶³ Pierre Pactet y Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Derecho Constitucional*, trad. Corina Duque Ayala, I ed. (Bogotá: Legis, 2011), 63.

³⁶⁴ Morales Tobar, “Acción de Habeas Data en Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales” 197-8.

³⁶⁵ De Otto, “Derecho Constitucional”, 157.

administrativa, precisa de un *precepto que admita semejante acción*, expresa la necesidad de un fundamento jurídico de la actuación administrativa, no se refiere a la vinculación de la Administración con la ley.³⁶⁶

Para Bartolomé Fiorini, la juridicidad implica que toda la Administración Pública es producto de normas, es la esencia de todas las funciones del Estado de Derecho, mientras la legalidad establece los principios específicos y distintivos para cada uno de esos organismos y responde a principios de política jurídica, por lo tanto, no se puede decir que la juridicidad es igual que legalidad, en vista de que, esta última es producto de la primera, para el maestro argentino, la legalidad (especie) perfecciona la juridicidad administrativa (género)³⁶⁷.

Contestando la interrogante planteada y una vez expuestos los presupuestos esenciales del presente trabajo de investigación, puedo concluir que el denominado para muchos doctrinarios como *principio de juridicidad*, para criterio de esta autora es inherente y equiparable o al menos eso se pretende al bloque de legalidad, tal y como lo defendiera Merkl en parte de su teoría, por lo tanto, pasa a constituirse simplemente en una forma distinta de enunciar a la propia legalidad, en vista de que no constituye una realidad jurídica en nuestro medio, ni puede ser concebido como un principio constitucional, cuando no es reconocido como tal; cosa contraria, si nos remitimos al concepto decimonónico de legalidad, cuya esencia ha evolucionado, de la expresión máxima del Estado de Derecho hasta convertirse en uno de los más relevantes *principios constitucionales* dentro del régimen jurídico administrativo o lo que sería igual, en un principio de estricta legalidad, es decir, vinculado al contenido de los principios constitucionales.

En este punto debo alinearme e identificarme con la línea de pensamiento de la jurista ecuatoriana Pamela Aguirre, quien identifica al principio de legalidad en el nuevo marco constitucional, como el principio *constitucional* de legalidad, en un afán a mi criterio como lo dejé dicho en el capítulo anterior, de identificar a este principio como el instrumento eficaz para desarrollar los principios generales de derecho, establecidos en la norma constitucional y como el mecanismo idóneo para la aplicación de reserva legal en determinadas materias.

Finalmente, puedo acotar que el pretender cambiar el concepto intrínseco del principio legalidad y todo lo que este abarca, por el concepto no tan novedoso de

³⁶⁶ Muñoz Machado, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, 408.

³⁶⁷ Fiorini, “Qué es el Contencioso”, 16-9.

juridicidad, implicaría desconocer y pretender redescubrir la naturaleza de su esencia.

4. ¿Cuál es el alcance, aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad, en el régimen jurídico administrativo, dentro de contexto de la Constitución de 2008?

A manera de introducción, diremos que el alcance del Legislador, al momento de expedir una norma, se distingue desde el punto de vista formal y material. Los límites formales, se caracterizan en virtud de que el órgano legislativo no puede legislar si no lo hace apegado al procedimiento de formación de ley establecido de forma previa en la Constitución.

Mientras en los límites materiales, la Constitución establece el contenido de las leyes futuras o puede limitar su objeto o materia, estableciendo para ello, reserva de competencia en favor de la misma ley u otras fuentes. Así también, puede dictar límites a las consecuencias jurídicas de las futuras leyes, es decir como un determinado objeto deberá regularse de forma ya sea directa a través de órdenes y prohibiciones al legislador o indirecta, regulando supuestos de hecho y autodeterminándose bajo el presupuesto de jerarquía respecto al ordenamiento jurídico³⁶⁸.

El legislador tiene la obligación de motivar la ley, pues esta será solamente válida cuando tienda a expandir los principios y garantías consagrados en la Constitución³⁶⁹. La ley, deja de ser una adecuación o interpretación del legislador de lo que implica el *interés general* y pasa a adherir no solamente al legislador, sino a todas las autoridades del poder público, sean estas administrativas o judiciales a un marco constitucional.

Al efecto, la Constitución no tiene que ocupar el papel de ley, pero si el de diseñador de un modelo de producción normativa más complejo, donde todos los sujetos encuentran orientaciones de sentido conflictivo que demandan ponderación³⁷⁰.

³⁶⁸ Riccardo Guastini, "La Constitución como límite a la legislación", en Miguel Carbonell comp., 4ª. ed. (México: Porrúa, 2008), 235-7.

³⁶⁹ Pozzolo, "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico", 172.

³⁷⁰ *Ibid.*, 184.

Para Eduardo García de Enterría, el principio de *legalidad*, indiscutiblemente asegura el funcionamiento del Estado y de todos los poderes público, implica no solamente que la Administración esté sometida a la ley, sino que, sus potestades de actuación le son atribuidas de forma específica por mandato legal. Por lo tanto, su alcance se mediría en tanto que, fuera de la ley, no existen potestades de ninguna clase³⁷¹.

En el Estado constitucional, este principio como se ha dicho anteriormente ya *constitucionalizado*, debe doblegarse ante las exigencias de los casos concretos, para volverse conforme a la Constitución y subordinarse a sus criterios sustanciales y garantistas.

De lo expuesto, se deviene que el alcance del principio de legalidad en el régimen jurídico administrativo, está concedido por la misma Constitución 2008, ante lo cual, recurrimos nuevamente al tantas veces invocado, artículo 226, que establece de forma inequívoca que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley³⁷²; entonces es redundante suponer que el límite del principio de legalidad, se establece en la normas, tanto y en cuanto estas se sometan a los preceptos constitucionales³⁷³.

3.2. El principio de legalidad/ criterios y fallos de los máximos órganos de justicia ecuatoriana

Una vez que se han desarrollado y analizado a saciedad los presupuestos fundamentales del concebido principio de legalidad a la luz de la doctrina clásica y moderna, determinado además el marco jurídico nacional, es imprescindible destacar y analizar el criterio de los máximos órganos de cierre y control de justicia ordinaria y constitucional en torno a la aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en un Estado garantista de derechos.

Es importante reconocer, que la tan conocida frase *el juez es la boca de la ley* de Montesquieu, expresada en su obra *Del espíritu de las leyes*, ha perdido de a poco,

³⁷¹ Eduardo García de Enterría, “Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”, 39.

³⁷² CRE, art. 226

³⁷³ *Ibid.*, art. 11, num. 8.

al igual que la ley el sentido y el espíritu por la cual fue concebida y como ya lo dicho anteriormente, hoy el juez está en la obligación de aplicar directamente principios y reglas constitucionales e incluso en caso de conflicto crear nuevas reglas de derecho, convirtiendo al juez ya no en mero aplicador de la ley, sino también en creador, a través de sus sentencias de carácter vinculante.

3.2.1. Corte Constitucional

Pese a su corta vida institucional, como tal, sin duda en la actualidad jurídica ecuatoriana, la Corte Constitucional, representa el máximo órgano de justicia nacional, en virtud de que, inclusive está en la facultad de revisar la constitucionalidad de los fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia, en este punto, es claro denotar el como la relación de Estado y Derecho, ya no se resuelve simplemente bajo la regla básica de obligatoriedad general de las normas jurídicas, sino bajo el principio de constitucionalidad al cual debe someterse la ley.

Debo ser enfática al destacar que únicamente a la Corte Constitucional le está reconocida en la actual Constitución, la facultad de emitir dictámenes y sentencias de carácter vinculante³⁷⁴, por tanto jurisprudencia constitucional de acatamiento obligatorio.

3.2.1.1. Sentencia No. 015-10-SEP-CC, Causa No. 0135-09-EP

Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...). Dicho principio se encuentra establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que prescribe: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)". En aplicación de este principio, las autoridades jurisdiccionales, al resolver las controversias sometidas a su conocimiento, tienen la obligación de observar la normativa vigente aplicable al caso concreto. En la causa bajo análisis, en la sentencia hoy impugnada se resolvió desechar el recurso de apelación y confirmar la sentencia venida en grado que inadmite la acción de protección solicitada por el señor Julio Saquisilí Guallpa. En este punto, cabe verificar si la Sala demandada, al desechar el recurso de apelación de la acción de protección, actuó conforme las disposiciones contenidas en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley,

³⁷⁴ CRE, art. 436.

acatando de esta manera el principio de legalidad y consecuentemente garantizando el derecho al debido proceso y a la seguridad...³⁷⁵.(La cursiva es mía).

La sentencia precedente, es una clara manifestación de que el principio de legalidad, en un Estado constitucional, de derechos y justicia, en el que, los principios de derecho se superponen a todo el ordenamiento jurídico, sigue representando sin lugar a duda, garantía de debido proceso y seguridad jurídica, ante la necesidad imperante de una interpretación uniforme para todos los ciudadanos que afiance la previsibilidad de las normas, como reguladoras de conductas y limitantes de libertades.

3.2.1.2. Sentencia No.0001-09-SCN-CC, Causa N.º 0002-08-CN

El principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden legislativo. La tipicidad es la respuesta del derecho público al sistema positivo y tiene como fin la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho Penal. La necesidad imperativa de la existencia de la ley, pone en marcha el derecho penal que al relacionarse con el principio de legalidad constituye su fórmula de oro: “la ley lo puede todo en materia penal (...) El principio de legalidad en relación con la creación de leyes, es el derecho el que establece las reglas, y es la asamblea la que, en democracia, establece, mediante debate, la creación de una determinada ley. Dentro de un modelo constitucional, estas no solo deben suscribirse dentro de la categoría de vigencia-concepto diferente de la validez y de la eficacia-. Es decir, las leyes que se encuentren subsumiendo derechos constitucionales o que desarrollen prohibiciones expresas en las normas constitucionales, por ejemplo: las que perdonan las violaciones masivas de los derechos humanos o desarrollan normas discriminatorias, tienen per se características que las vuelven anulables o inconstitucionales...³⁷⁶.

La reserva legal, como subprincipio del de legalidad y como tratamiento jurídico de temas específicos, es un criterio recurrente en la Constitución ecuatoriana, inclusive en la de 2008, sobre todo en materia sancionadora, tributaria y penal, sin embargo, las leyes que contengan esta reserva, tienen la obligación de adecuar y vincular la relación validez y eficacia (materialización) de sus preceptos a través de la aplicación de principios generales de derecho, caso contrario, estarían expuestas a ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través de una revisión de constitucionalidad.

³⁷⁵ Ecuador. Corte Constitucional, sentencia No. 0015-10-SEP-CC, caso No. 0135-09-EP, de 15 de abril de 2010.

³⁷⁶ Ecuador. Corte Constitucional, sentencia No. 0001-09-SCN-CC, caso No. 0002-08-CN, de 14 de mayo de 2009.

3.2.1.3. Sentencia No. 080-14-SEP-CC, Causa No. 1483-12-EP

Al respecto, para ejemplificar este tema, la Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, en la sentencia N.0 064-12-SEP-CC, pronunciada en la causa No. 341-10-EP, manifestó que a los jueces, al emitir sus resoluciones: "(...) Les corresponde reflexionar y discernir sobre dos niveles, en los asuntos que conocen: el de legalidad y el de constitucionalidad, (...). Evidentemente, la cuestión se toma más compleja ante la difícil tarea de establecer un límite exacto entre el nivel de reflexión constitucional, y el nivel de reflexión legal de un derecho. Quizá una herramienta que podría darnos una relativa certeza sobre este problema es distinguir las diferentes facetas que puede tener un derecho como tal, por ejemplo: la destitución de un servidor público que en el ejercicio de su función comete una falta grave, como solicitar dádivas o recompensas, o cuando se ausenta del trabajo por más de tres días consecutivos. Estas son cuestiones reguladas básicamente por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (hoy Ley Orgánica de Servicio Público), y por la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional; siendo una realidad que encuentra solución, ante un potencial conflicto, en un nivel de legalidad, y ante la justicia ordinaria. Sin embargo, el derecho de estabilidad de los servidores públicos y los Directivos de los Planteles Educativos podrían ser objeto de un análisis en la dimensión constitucional, concretamente en una acción de protección cuando los hechos en los que está en juego el derecho, sobrepasan las características típicas del nivel de legalidad, como por ejemplo, cuando el servidor público es discriminado por su condición racial, o por su condición de género percibe una remuneración inferior frente a un trabajo de igual valor, temas que no podrían ser abordados de manera global procedimientos y reglas contenidos en las leyes, y que merecen una elucubración no meramente instrumental, sino esencial del derecho(...)...³⁷⁷.

La Corte Constitucional, se cuestiona y a la vez se plantea como uno de los problemas del constitucionalismo contemporáneo adoptado, la delimitación de la legalidad y constitucionalidad de un derecho, situación que de forma innegable ha derivado en el abuso y desgaste innecesario del aparataje estatal, al pretender usar a la Corte Constitucional como una cuarta instancia de revisión legal. Ante ello, se torna indispensable una mejor comprensión del Estado constitucional de derechos y justicia, como el medio de amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales.

La Corte Constitucional, en los tres casos presentados, ha reconocido de forma expresa, la vigencia y aplicabilidad del para esta tesis conocido, como principio constitucional de legalidad, como garantía de debido proceso y seguridad jurídica y como mecanismo efectivo y actual de ordenamiento y limitación de libertades y protección de derechos constitucionales.

³⁷⁷ Ecuador. Corte Constitucional, sentencia No. 080-14-SEP-CC, caso No. 1483-12- EP, 08 de mayo de 2014.

3.3. Corte Nacional de Justicia

Si bien es cierto, no se han emitido aún, precedentes jurisprudenciales al respecto, la Corte Nacional de Justicia, máximo órgano de revisión legal a nivel nacional, se ha pronunciado respecto al alcance, aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad, sobre todo en materia penal y a la vez ha acogido el criterio de la Corte Constitucional, en búsqueda de garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica e igualdad ante la ley, pilares fundamentales en los que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia; para tal efecto, me permito citar como referente, la parte pertinente de la absolución de consulta que hiciera el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en respuesta a la petición del doctor Leonardo Bravo González, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en cuya parte pertinente se menciona:

En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano toda autoridad, judicial o administrativa, tiene la obligación de garantizar el ejercicio pleno de los derechos, puesto que nuestra Constitución de la República, *sujeta todos los poderes a la legalidad*, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas... (la cursiva me pertenece)³⁷⁸.

La Corte Nacional de Justicia, reconoce y resalta la cualidad normativa de la Constitución de 2008, dentro de la cual, distingue de forma expresa, no solo la permanencia sino también la aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad, sino que a la vez, continúa sometiendo a todas las autoridades de poder público, para afianzar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

³⁷⁸ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Absolución de consulta, Oficio No. 1678-SG-CNJ de 11 de diciembre de 2015, 11.

Conclusiones:

1. La Administración Pública, nace de la mano con el principio de legalidad, con el objetivo de erradicar la arbitrariedad de los poderes públicos, este hecho, sin duda plantea la necesidad permanente de conciliar el ejercicio del poder y derechos ciudadanos.
2. El principio de legalidad, no se circunscribe únicamente a la ley formal, sino que se hace extensivo además a todo el ordenamiento jurídico, a este fenómeno se lo conoce como bloque de legalidad o lo que para otros se denomina como *juridicidad*, este último concebido, no como la evolución del principio de legalidad, sino como la legalidad misma con efecto irradiador en el sistema de fuentes de derecho.
3. A pesar de que, la ley formal, aún en nuestro medio, sigue constituyendo la columna vertebral de la administración; así como, sigue ocupando un rango esencial en la teoría de fuentes, es imposible desconocer la desvalorización de su alcance, en virtud de la creciente y no tan novedosa supremacía normativa constitucional, que pretende de forma permanente relegar a la ley a un segundo plano, así como cuestionar constantemente la eficacia de sus contenidos.
4. En el Ecuador, el Constitucionalismo contemporáneo, nace a la expedición de la Constitución de 2008, que proclama al Estado ecuatoriano, como constitucional de derechos y justicia, como un Estado garantista que somete a todos los órganos del poder público a la aplicación directa y desarrollo eficaz de derechos constitucionales, en búsqueda de la efectividad de la justicia, como fin último del Estado. El juez pasa de ser intérprete a ser creador de derecho.
5. La Constitucionalización absoluta del derecho, acarrea consecuencias negativas, en virtud de que el debate entre justicia o injusticia material de las leyes, quedará adormecido y casi por completo desplazado al momento constituyente, es decir a discernimiento de las Corte Constitucionales. En el Ecuador, es importante advertir, que si bien, contamos ya, con una

Constitución normativa que somete a todas las demás fuentes de derecho a través de la aplicación directa de principios y garantías constitucionales, es necesario también, destacar la mayor generalidad de la norma constitucional, factor que habilita una textura abierta en muchas veces de estos principios, y que de forma inevitable nos conduce a normarlos ya sea en leyes o reglamentos.

6. En el Estado constitucional de derechos y justicia ecuatoriano, el principio de legalidad no sólo se encuentra reconocido en la Constitución, sino que refuerza otros principios constitucionales como el debido proceso y la seguridad jurídica, constituyéndose en garantía de su cumplimiento, ha evolucionado de la máxima expresión del Estado de Derecho a constituirse en el *principio constitucional de legalidad*, o lo que es igual en un principio de estricta legalidad, es decir vinculado al contenido de principios constitucionales.
7. En el Ecuador, la constitucionalización del derecho, aún continúa en etapa de experimentación, aún existe deficiente entendimiento y comprensión de lo que implicó el cambio de paradigma a la expedición de la Constitución de 2008, por lo tanto, la materialización que se promulga, está aún lejos de cumplirse, como lo dije anteriormente, hasta que no existe una real comprensión y aceptación alejada de conveniencias políticas.
8. El alcance, aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en el régimen jurídico administrativo, está normado y reforzado por la misma Constitución 2008, en tanto que, de forma inequívoca, dispone que todas las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, esta última, en tanto y en cuanto estas se someta a los preceptos constitucionales. Así lo reconocen las máximas Cortes de justicia ordinaria y constitucional ecuatoriana en sus fallos en los que destacan la permanencia del principio de legalidad en el ordenamiento ya no, como un referente del viejo Estado de Derecho, sino como el principio desarrollador de los principios constitucionales, en especial del debido proceso y seguridad jurídica.

Bibliografía:

1. Normativa:

Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial. Suplemento No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de Gran Colombia en Diario de la Convención Nacional de 01 de enero de 1830.

Constitución Política de 1843 en Diario de la Convención Nacional de 01 de abril de 1843.

Constitución Política de 1852 en Diario de la Convención Nacional de 06 de septiembre de 1852.

Constitución Política de 1897 en Registro Oficial, Suplemento No. 272 de 14 de enero de 1897.

Constitución Política de 1897 en Registro Oficial, Suplemento No. 262 de 24 de diciembre de 1906.

Constitución Política de 1945 en Registro Oficial, Suplemento No. 228 de 06 de marzo de 1945.

Constitución Política de 1967 en Registro Oficial, Suplemento No. 133 de 25 de mayo de 1967.

Constitución Política de 1979 en Registro Oficial, Suplemento No. 800 de 27 de marzo de 1979.

Constitución Política de 1998 en Registro Oficial, Suplemento No. 001 de 01 de agosto de 1998.

Código Civil en Registro Oficial, Suplemento No. 046 de 24 de junio de 2005.

Ley Orgánica de Administración Financiera y de Control en Registro Oficial. Suplemento No. 337 de 16 de mayo de 1977, 14. Derogada en Registro Oficial. Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

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

Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, dispuesto en Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado mediante Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002.

2. Doctrina:

- Aguilar Balderas, Lidia. *Teoría general del Estado*. ProQuest ebrary. Web. 29 February 2016. México: Larousse - Grupo Editorial Patria, 2014.
- Aguiló Regla, Josep. *Teoría General de las Fuentes del Derecho y del ordenamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Aguirre Pamela. *El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa de SRI*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Alexy Robert. *El concepto y la validez del derecho*, 2da. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- , Alexy Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, 1ra. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Allen, Carleton Kemp. *Las Fuentes del Derecho Inglés*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- Allin Aranguren, Juan Cruz. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Civitas, 2004.
- Altamirano Alejandro. “La Discrecionalidad administrativa y la motivación del acto administrativo de determinación tributaria” en Alejandro C. Altamirano, coord., *El procedimiento tributario*. Buenos Aires: Ábaco, 2003.
- Aragón Reyes, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. I ed. Quito: Abya- Yala, 2013.
- , Ávila Santamaría, Ramiro. *En defensa del Neoconstitucionalismo andino*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Ayala Caldas, Jorge Enrique. *La responsabilidad de los servidores públicos*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.
- Ayala Mora, Enrique. *Ecuador patria de todos*. 2a. ed. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.
- , Ayala Mora, Enrique. *Historia de la Revolución Liberal Ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994.
- , Ayala Mora, Enrique. *Historia constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014.
- Balbín, Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. t. I. I reimpresión Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2008.
- Benavides Ordóñez, Jorge. “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y difusión del Derecho

- Constitucional, 2013.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- Buitrago, Ignacio y Dramis Fernando. *Elementos de Derecho administrativo*, Buenos Aires: Oxford, 1999.
- Burbano Portilla, Edisson. *El Estado de Derecho*. Ira. ed. Quito: Quipus, Ciespal, 2005.
- Cámara, Gregorio, Juan F. López, María Luisa Balaguer y José A. Montilla. *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. I. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- Carbonell, Miguel, Wistano Orozco y Rodolfo Vásquez. *Estado de Derecho*. México: Siglo XXI Editores, 2002.
- Casani, José, *Derecho administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1974.
- Cassagne, Juan Carlos. *El derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Motril, 2005.
- , Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- , Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- , Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. T. I. Lima: Palestra, 2010.
- , Cassagne, Juan Carlos. *El Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: Motril, 2005.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell edit. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- Contreras Bustamante, Raúl. “Concepto de Constitución” en José Barragán y otros. *Teoría de la Constitución*. México: Porrúa, 2003.
- Cueto Rua, Julio. *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.
- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. 2da. reimpresión. Barcelona: Ariel, 1991.
- De La Guerra, Eddy. *Introducción al Derecho*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto, *Elementos de derecho administrativo*, México: Limusa, 2010.
- , Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa. *Compendio de Derecho administrativo*. 7ª ed. México: Porrúa, 2005.
- Delpiazzo, Carlos. *Derecho administrativo uruguayo*. México: Porrúa, 2005.
- Diez, Manuel María. *El Acto administrativo*. 2ª ed. Buenos Aires: Tipográfica, 1961.
- Dromi, José Roberto. *Instituciones del Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

- , Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo*, 10ª ed. Buenos Aires: Ciudad argentina, 2004.
- , Dromi, Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Eguiguren, Genaro. “Visión de la Administración Pública en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit. *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. 13ª. ed. Vol. I/1. Madrid: Tecnos, 1999.
- Escuin Palop, Vicente. *Elemento de Derecho Público*. 4ta. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- , Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell ed. Madrid: Trotta, 2008.
- Fiorini, Bartolomé. *Qué es el Contencioso*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965.
- Oscar Georg Fischbach. *Teoría General del Estado*. 4ta. ed. Barcelona: Labor, 1949.
- Fleiner Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Labor S.A., 1933.
- Flores Dapkevicius, Rubén. *Manual de Derecho Administrativo*. T. II. Buenos Aires: Bdef, 2007.
- Gamero Casado, Eduardo, Fernández Ramos, Severiano. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. 1ª ed. con notas de Agustín Gordillo. Buenos Aires: Thomson, 2006.
- , García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999.
- , García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid: Civitas, 2001.
- , García de Enterría, Eduardo. *Democracia, ley e inmunidades del poder*, 2da. ed. Pamplona: Civitas, 2011.
- García Herreros, Orlando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2da. ed. Santa Fé de Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1997.
- García Trevijano, José. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. 3ª ed. Madrid: Revista de Derecho privado, 1974.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- , Garrido Falla, Fernando y Alberto Palomar y Herminio Losada. *Tratado de Derecho*

- Administrativo*. 14a. ed. Vol. I. Parte General. Madrid: Tecnos, 2005.
- Granja Galindo, Nicolás. *Fundamentos de Derecho administrativo*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1997.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. Parte General. 5ta. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Gorrorena Morales, Ángel. *Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Guastini, Riccardo. “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: caso italiano”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
- , Guastini, Riccardo. “La Constitución como límite a la legislación”, en Miguel Carbonell comp., 4ª. ed. México: Porrúa, 2008.
- Jaramillo Huilcapi, Verónica. *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Jaramillo Ordóñez, Hernán. *Manual de derecho administrativo*. Loja: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, 1999.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1965.
- Linares, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. 1ª imp. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- Linde Paniagua, Enrique. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. 4ta. ed. Madrid: Colex, 2012.
- Madariaga Gutiérrez, Mónica. *Seguridad Jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2ª. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1993.
- Madriñán Rivera, Ramón Eduardo. *El Estado Social de Derecho*. I ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.
- Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Barcelona: Bruguera S.A., 1975.
- Ramón, Martín Mateo, Díez Sánchez, Juan José. *Manual de Derecho Administrativo*. 25ª ed. Navarra: Aranzadi, 2006.
- Mayer, Otto. *Derecho Administrativo alemán*. T. I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- Mejía Salazar, Álvaro. *Propuesta de adecuación de los principios de legalidad y reserva de ley a las conceptualizaciones tributarias*. Consultado en <http://www.webicdt.net:8080/sitios/principal/centrodeinvestigacion/List/Articulos%20Revistas/Attachments/27/ALVARO%20MEJIA.pdf>.
- Molina Carlos y Libardo Rodríguez. *Alcance de la presunción de legalidad de los actos administrativos en El Derecho Público en Iberoamérica*. T. I. I ed. Medellín: Temis Editores, 2010.

- Monroy Cabra, Marco Gerardo. “La Constitución como fuente de Derecho”, en Jan Woischnik, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung Editores, 2002.
- , Monroy, Marco Gerardo. “Perspectivas del constitucionalismo moderno”, en Cristina Pardo Schlesinger y Carlos Parra Dussán edit., *Teoría Constitucional*. I ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. I ed. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- , Montaña Pinto, Juan. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. T. I. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.
- Montaña Plata, Alberto y Andrés Ospina Garzón. *La Constitucionalización del derecho administrativo*. 1ª ed. Bogotá: Cevallos Editores, 2014.
- Morales Tobar, Marco. *Acción de Habeas Data en Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. T. I. 2ª. ed. Madrid: Iustel, 2006.
- Nava Negrete, Alfonso. *Derecho Administrativo mexicano*. 1ª ed. México: Fondo de cultura económica, 1995.
- Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho Administrativo sancionador*. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2009.
- Ossa Santamaría, Julio Andrés. “El proceso de selección e tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, en Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, edit., *Hacia un nuevo Derecho Constitucional*. I ed. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2005.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*. Quito: Tribunal Constitucional y Konrad Adenauer, Editores, 1999.
- Pactet Pierre y Ferdinand Mélin-Soucramani. *Derecho Constitucional*. Trad. Corina Duque Ayala. I ed. Bogotá: Legis, 2011.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. 19ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Parejo Alfonso, Luciano y Roberto Dromi. *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Pistone Pasquale y Heeno Taveira Torres. *Estudios de Derecho Tributario constitucional e internacional*. Buenos Aires: Ábaco Editores, 2005.
- Penagos, Gustavo. *Bases jurídico políticas del Derecho Administrativo*. 2ª ed. Bogotá: Doctrina y ley, 2009.

- Penagos, Gustavo. *Curso de derecho administrativo*. T. I. 1ª ed. Bogotá: LP, 1982.
- Pérez, Efraín. *Manual de Derecho administrativo*. Quito: Cooperación de Estudios y publicaciones, 2009.
- , Pérez, Efraín. *Derecho administrativo*. T. I. Quito: Cooperación de Estudios y publicaciones, 2009.
- , Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. 3a. ed. Vol. I. Quito: Cooperación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pérez Valencia, Maritza Tatiana. “El Neoconstitucionalismo en el Ecuador y su influencia en el derecho administrativo nacional”, en Corte Nacional de Justicia. Jurisprudencia ecuatoriana. Ciencia y Derecho. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismos”, en David Ortiz Gaspar y Katty Aquize Cáceres coord., *Tendencias actuales del Estado Constitucional contemporáneo*. t. V. Lima: Ara, 2013.
- , Prieto Sanchís, Luis, “Supremacía, Rigidez y Garantía de la Constitución”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. t. I. (México: Marcial Pons, 2008)
- , Prieto Sanchís, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. I reimpresión. Lima: Palestra, 2007.
- Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra, 2011.
- Ramos Acevedo, Jairo. *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- Ríos Elizondo, Roberto. *El Acto de Gobierno*. I ed. México: Porrúa, 1975.
- Rojas Franco, Enrique. *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo*. Guayaquil: Edilex, 2007.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*. 18va. ed. Bogotá: Temis, 2013.
- Ross, Alf. *Teoría de la Fuentes del Derecho*. Trad. por José Muñoz de Baena Simón y otros. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder*, 3a. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo*. 3ª ed. Bogotá: Sigma, 2003.
- , Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho administrativo*. 4ª ed. Bogotá: Sigma, 2003.
- Sayaqués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8ª ed. Montevideo: Clásicos Jurídicos uruguayos, 2002.

- Sánchez Ferriz, Remedio. *El Estado Constitucional y su sistema de fuente*. 2a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel. *Teoría General del acto administrativo*. 1ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.
- Sesín, Domingo Juan. *Administración Pública, Actividad Reglada, discrecional y técnica*. 2da. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado*. Tomo I. Santiago: Jurídica, 1995.
- Simone Lasso, Carmen Amalia. “El Control de constitucionalidad de los actos administrativos en Ecuador”, en Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Estado, Derecho y Justicia*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Solano Sierra, Jairo Enrique. *Práctica administrativa*. 8ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 2008.
- Soto Flores, Armando. “Supremacía constitucional”, en José Barragán, Raúl Contreras, José Mateos y otros, *Teoría de la Constitución*, 1ra. ed. México: Porrúa, 2003.
- Tron Petit, Jean Claude, Ortiz Reyes, Gabriel. *Nulidad de los actos administrativos*. 1ª ed. México: Porrúa, 2005.
- Varas C., Guillermo. *Derecho Administrativo*. 2ª ed. Santiago: Nacimiento, 1948.
- Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. 6ª ed. Madrid: Aguilar, 1980.
- Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho administrativo*. 4ª ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 1975.
- , Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla y Gloria Amparo Rodríguez. *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. I ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.
- Vila Casado, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional ecuatoriano*, I ed. Bogotá: Legis, 2007.
- Vigo, Rodolfo. *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Culzoni, 1999.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 2ª. ed. Madrid: Trotta, 1995.
- Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de derecho administrativo* 1ª ed. Guayaquil: Edilex, 2011
- , Zavala Egas, Jorge. *El Estatuto del Régimen administrativo de la Función Ejecutiva en el ordenamiento jurídico*. Guayaquil: Edilex, 1995.
- , Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex, 2010.
- , Zavala Egas, Jorge. “La Constitución de 2008 y la Administración Pública en el Ecuador”, en Diego Pérez Ordóñez comp. *La Constitución Ciudadana*. I ed. Guayaquil: Taurus, 2009.

1.3 Otros:

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N.º 035-12-SEP-CC, caso No. 0338-10-EP, de 08 de marzo de 2012, en Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Juez Ponente doctor Vicente Robalino Villafuerte, sentencia de Recurso de Casación, proceso No. 1259-2012, de 05 de junio de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 080-14-SEP-CC, caso No. 1483-12-EP, 08 de mayo de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 0015-10-SEP-CC, caso No. 0135-09-EP, de 15 de abril de 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 0001-09-SCN-CC, caso No. 0002-08-CN, de 14 de mayo de 2009

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 007-13-SEP-CC, caso No. 1676-11-EP, de 02 de abril de 2013.

Tribunal Supremo de España. Sentencia de 05 de julio de 1985, en Jaime Ossa Arbeláez. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2da. ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2009.