

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención Derecho Administrativo

Los reglamentos autónomos y el Principio de Competencia Normativa en la
Constitución Política de la República del Ecuador

Diego Paredes González
2006

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de sus aprobación.

Diego Paredes González
23 de agosto de 2006

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
mención Derecho Administrativo

Los reglamentos autónomos y el Principio de Competencia Normativa en la
Constitución Política de la República del Ecuador

Tutor
Rafael Oyarte Martínez

Diego Paredes González
Quito-2006

A partir de la reforma y codificación constitucional de 1998, realizado por la autoproclamada Asamblea Nacional Constituyente de 1997, se introdujo el principio de competencia en la Constitución ecuatoriana, determinando así la regulación de ciertas materias por ley orgánica, ciertas por ley ordinaria y ciertas por actos normativos con categoría normativa inferior a la ley.

El mencionado principio de competencia tiene relevancia desde que ya no se aplica a rajatabla el principio de jerarquía que hasta antes de dicha codificación se utilizaba con mucha frecuencia cuando existían problemas de contradicciones normativas, ya que las normas jurídicas en general estaban perfectamente jerarquizadas, sin dar pábulo a confusiones sobre la aplicación de las normas.

Evidentemente la Constitución ecuatoriana no determina expresamente la aplicación del principio de competencia, es más, en el artículo 272 de la Constitución se trata de jerarquizar el ámbito normativo, pero sucede que esto no es así, ya que no se puede interpretar la Constitución de manera absoluta y en contra de si misma. Es por lo dicho que en derecho constitucional existen mecanismos y métodos propios de interpretación constitucional como es el método tópico que en suma nos dice que a la constitución hay que interpretarla en función de los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa de la Constitución, que se explicarán ampliamente en el desarrollo de la tesis y mediante el cual llegaremos a la conclusión que la Constitución ecuatoriana determina claramente el principio de competencia.

Es debido precisamente a este problema de interpretación de la Constitución, que en los actuales momentos, con este nuevo principio introducido en la constitución ecuatoriana, ha llevado a que el Congreso Nacional trate de regular mediante ley (sea esta orgánica u ordinaria) materias que la constitución ha asignado a otros órganos del Estado, lo que se traduce en una evidente arbitrariedad por parte del legislativo sobre potestades que la Constitución no le ha asignado, contrariando así el principio de legalidad consagrado en el artículo 119 de la Constitución que determina: “*Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y lo funcionarios públicos no podrá ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley...*”.

La importancia de este tema desde el punto de vista académico es interesante desde que la aplicación del principio de competencia no es una invención ecuatoriana, es así que este principio de origen francés con la V República de 1958 es tomado en sistemas como el español, el chileno, el colombiano entre otros ya han determinado claramente la aplicación de este principio por sobre el principio clásico de jerarquía, determinando en su jurisprudencia que la creación y aplicación de la norma se la realiza en virtud de las competencias que la Constitución de cada país ha determinado a los órganos del poder público respectivos.

Por último, la importancia social de este tema es evidente ya que el Congreso Nacional ecuatoriano utilizando un concepto ya superado, como es el de que la soberanía radica en ellos, pretende arbitrariamente regular materias que no le competen, provocando así una confusión en los operadores de la norma, como son la administración pública, los jueces y los administrados, utilizando el criterio de que una ley y mejor aun que una ley orgánica se aplica por sobre el resto del ordenamiento jurídico inferior en aplicación del principio de jerarquía y no del principio de competencia vigente a partir de la codificación y reforma constitucional de 1998.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1. LA POTESTAD NORMATIVA DEL ESTADO	9
1.1. Potestad Legislativa	10
1.1.1. Actos con rango de ley	11
1.1.2. Órganos competentes	13
1.2. Potestad Reglamentaria	17
1.2.1. Clases de Reglamento	18
1.2.2. El Reglamento Autónomo	21
1.2.3. Órganos competentes	24
2. LAS RESERVAS NORMATIVAS	26
2.1. Dominio legal	28
2.1.1. Máximo	28
2.1.2. Mínimo	30
2.2 Exclusión legislativa	32
2.3 Reserva reglamentaria o facultad delegada	32
2.3.1 El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como decreto ley delegada	33
2.3.2 El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como reglamento autónomo	40
3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	44
3.1 Interpretación literal o gramatical	45
3.2 Interpretación sistemática	46
3.2.1 Principio de competencia	47
3.2.2 Principio de jerarquía	50
3.2.3 Principio de especialidad	50
3.3. Interpretación teleológica o finalista	51
3.4. Interpretación histórica	52
3.5. Método tópico	53
3.5.1. Principio de unidad de la Constitución	55
3.5.2. Principio de concordancia práctica	55
3.5.3. Principio de eficacia integradora	56
3.5.4. Principio de fuerza normativa de la Constitución	56
3.5.4. Principio de adaptación a las circunstancias	57
4. CONCLUSIONES	59
5. BIBLIOGRAFÍA	61

INTRODUCCIÓN

A partir de la codificación constitucional de 1998 se introdujo un elemento que, lamentablemente ha sido una cuestión difícil de entender para ciertos operadores jurídicos como es la relacionada al principio de competencia. La Constitución ecuatoriana establece ciertas normas jurídicas que son aplicadas en función de la materia que ha de normarse, es así, que no todos los asuntos deben ser regulados mediante ley, sino por otros actos normativos distintos a la ley, quedando esas materias excluidas del conocimiento de las leyes.

El problema fundamentalmente aparece cuando se tiene normas de rango legal que regulan materias que la Constitución determina que deben normarse por otro tipo de actos normativos determinados en la Constitución, o viceversa. Es así que surge la principal duda con respecto a este tema ¿pueden competencialmente existir normas que en virtud de su materia, y por prescripción expresa de la Constitución, deben ser regulados por actos normativos distintos a la ley?

Como se dijo, la problemática aparece a partir de la reforma y codificación constitucional de 1998, realizado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1997, en donde se introdujo el principio de competencia en la Constitución ecuatoriana, determinando así la regulación de ciertas materias por ley orgánica, otras por ley ordinaria y también por actos normativos con categoría normativa inferior a la ley, como así lo hicieron los franceses con el inicio de la V República, y que el sistema jurídico ecuatoriano lo ha incorporado a su ordenamiento jurídico.

El mencionado principio de competencia tiene relevancia, desde que ya no se aplica a rajatabla el principio de jerarquía que hasta antes de dicha codificación se utilizaba con mucha

frecuencia cuando existían problemas de contradicciones normativas, ya que las normas jurídicas en general estaban perfectamente jerarquizadas, sin dar pábulo a confusiones sobre la aplicación de las normas.

Evidentemente la Constitución ecuatoriana no determina expresamente la aplicación del principio de competencia, es más, en el artículo 272 de la Constitución se trata de jerarquizar el ámbito normativo, pero sucede que esto no es así, ya que no se puede interpretar la Constitución de manera desencajada o asistemática, es decir, en contra de sí misma, como ha determinado la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Es por lo dicho que en Derecho Constitucional existen mecanismos y métodos propios de interpretación, como es, el método tópico que en suma nos dice que a la constitución hay que interpretarla en función de los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, función integradora y fuerza normativa del Código Político, que se explicarán en el desarrollo de la tesis, y mediante el cual, llegaremos a la conclusión que la Constitución ecuatoriana determina claramente este principio ya enunciado.

Es precisamente debido a este problema que he sacado a relucir que los órganos del poder público y especialmente el Congreso Nacional, han tratado de regular mediante ley (sea esta orgánica u ordinaria) materias que la Constitución ha asignado a otros órganos del Estado, lo que se traduce en una evidente arbitrariedad por parte del legislativo sobre potestades que la Constitución no le ha asignado, contrariando así el principio de legalidad consagrado en el artículo 119 de la Constitución que determina: *“Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y lo funcionarios públicos no podrá ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley...”*; y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los órganos del poder público claramente determinados en un Estado de Derecho.

Tradicionalmente en nuestro país se han pretendido resolver las antinomias entre cuerpos normativos aplicando fundamentalmente los principios jerárquico y de especialidad. Así es común escuchar que en caso de conflicto entre una ley orgánica y una ordinaria prevalece la primera, así como en caso de conflicto entre una ley y un reglamento se debe aplicar la ley. Pero ocurre que no se ha dado importancia a un tema fundamental que emana de las reservas normativas: en el caso específico de los reglamentos es natural que la ley prevalezca sobre el reglamento ejecutivo, toda vez, que el Presidente de la República no puede alterar o innovar a través de estos cuerpos normativos las leyes que debe limitarse a desarrollar. Pero esa aplicación del principio jerárquico no es posible cuando por propia disposición constitucional un reglamento o un acto normativo distinto e inferior a la ley debe normar determinada materia.

Ello implica una reformulación de los cánones normativos aplicables en materia de antinomias los cuales si bien han sido aplicados en algunos casos por el Tribunal Constitucional ello aun no cobra el carácter generalizado que se desea, produciendo que múltiples fallos y actos administrativos sigan aplicando casi con exclusividad el principio jerárquico.

Es por lo dicho que la importancia de este tema a desarrollarse en esta tesis, desde el punto de vista académico, es interesante, desde que, en sistemas como el español, el chileno, el colombiano, entre otros, ya han determinado claramente la aplicación de este principio por sobre el principio clásico de jerarquía, determinando en su jurisprudencia que la creación y aplicación de la norma se la realiza en virtud de las competencias que la Constitución de cada país ha determinado a los órganos del poder público respectivos.

Por último, la importancia social de este tema se evidencia desde que el Congreso Nacional ecuatoriano, utilizando un concepto ya superado, como es el de que la soberanía radica en ellos, no se auto limita y pretende arbitrariamente regular materias que no le competen, provocando así una confusión en los operadores de la norma, como son la administración pública, los jueces y los administrados, utilizando el criterio de que una ley, y mejor aun una ley orgánica, se aplica por sobre el resto del ordenamiento jurídico inferior con fundamento en el principio de jerarquía y no del principio de competencia que es relativamente nuevo y vigente en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la codificación y reforma constitucional de 1998.

1. LA POTESTAD NORMATIVA DEL ESTADO

Una de las funciones del Estado es precisamente su función normativa, que se expresa a través de los diferentes órganos del poder público. Es así que, de modo general, en el Estado encontramos que la potestad normativa que aparece primafacie de la Constitución, en donde se establece o se estatuye las bases del ordenamiento jurídico en función de los principios clásicos de fundamentación y derivación, y de creación y aplicación. La Constitución, en consecuencia, es la primera manifestación normativa del Estado y a través de la cual nacen diversas potestades que dan origen al ordenamiento jurídico como la potestad legislativa a cargo de la Función Legislativa y la potestad reglamentaria a cargo del Presidente de la República, de modo general y cuyas excepciones las explicaremos a lo largo de este capítulo, ya que como veremos la Constitución ha determinado ciertas potestades reglamentarias, respecto de materias excluidas de la ley, a ciertos órganos del poder público.

1.1. Potestad Legislativa

Como ya lo habíamos enunciado, la potestad legislativa de modo general la tiene el Congreso Nacional, así la Constitución ecuatoriana en su artículo 126 determina:

“Art. 126.- La Función Legislativa será ejercida por el Congreso Nacional, con sede en Quito. Excepcionalmente podrá reunirse en cualquier parte del territorio nacional. Estará integrado por diputados que serán elegidos por cada provincia en número de dos, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que pase de ciento cincuenta mil. El número de habitantes que servirá de base para la elección será el establecido por el último censo nacional de población, que deberá realizarse cada diez años.”

El Congreso Nacional en consecuencia es el órgano que la Constitución ha determinado para que, con la participación del Presidente de la República, pueda expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio como así lo prescriben los artículos 130, número 6, y 171, número 4, de la Constitución,¹ de la forma y del modo que la misma Constitución prescribe, para el caso de las leyes orgánicas como para las leyes ordinarias.

De lo dicho no hay lugar a duda que ciertamente la Constitución ecuatoriana ha determinado que la potestad legislativa recaiga sobre el Congreso Nacional y sobre el Presidente de la República, este último como colegislador; el problema fundamentalmente radica en las materias que deben ser normadas por esta gama de categorías normativas puesto que a partir de la reforma y codificación constitucional de 1998, se introdujo el sistema de

¹ Los artículos 130 número 5 y 171 número 4 de la Constitución ecuatoriana determinan:

“Art. 130.- El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio;”

“Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

4. Participar en el proceso de formación y promulgación de las leyes, en la forma prevista en esta Constitución;”

reserva o dominio legal, el cual impone determinadas materias para que sean reguladas mediante ley.

1.1.1. Actos con rango de ley

En el Ecuador encontramos ciertos actos con rango de ley que no han sido dictados por órganos constitucionales sino en regímenes de facto. Estos actos en el Ecuador se han denominado decretos supremos, aunque en derecho comparado se han denominado decretos leyes, que en el Ecuador se han reservado para otra clase de actos dictados por órganos constitucionales y que tienen valor y rango de ley.²

Actualmente, en caso de omisión legislativa, respecto del plazo máximo de tramitación de un proyecto de ley económico urgente, calificado así por el Presidente de la República, en función de lo prescrito en los artículos 155 y 156 de la Constitución, el Código Político ecuatoriano prevé una consecuencia jurídica, esto es, la publicación en el Registro Oficial del cuerpo normativo bajo la figura del decreto-ley:

“Art. 155.- El Presidente de la República podrá enviar al Congreso Nacional proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica. En este caso, el Congreso deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos, dentro de un plazo máximo de treinta días, contados a partir de su recepción.

El trámite para la presentación, discusión y aprobación de estos proyectos será el ordinario, excepto en cuanto a los plazos anteriormente establecidos.

Mientras se discute un proyecto calificado de urgente, el Presidente de la República no podrá enviar otro, salvo que se haya decretado el estado de emergencia.

Art. 156.- Si el Congreso no aprobare, modificare o negare el proyecto en el plazo señalado en el artículo anterior, el Presidente de la República lo

² Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, La Función Legislativa, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2005, p. 64.

promulgará como decreto-ley en el Registro Oficial. El Congreso Nacional podrá, en cualquier tiempo, modificarlo o derogarlo, siguiendo el trámite ordinario previsto en la Constitución.”

Este es el único caso conocido a la luz de la Constitución ecuatoriana vigente, en donde el Presidente de la República pone en vigencia un acto normativo de rango legal, teniendo su misma jerarquía dispositiva, sea este orgánico o ordinario, según cómo se inició el proyecto de ley, aunque difícilmente un proyecto de ley en materia económica puede ser orgánico, en virtud de la reserva legal correspondiente determinado en el artículo 142 de la Constitución. Al tener el rango y la jerarquía de una ley, para la reforma o derogatoria del decreto ley se requiere de una ley reformativa o derogatoria, según corresponda, las que, como es natural, se aprueban siguiendo el trámite constitucional.³

La Corte Suprema de Justicia dicta resoluciones interpretativas, con fuerza de ley, supletorias sea en caso de duda u oscuridad de las leyes o ante fallos contradictorios conforme lo prescriben los artículos 197 y 198 de la Constitución, y 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, la misma que tiene vigencia hasta que el Congreso Nacional dicte la correspondiente ley interpretativa de acuerdo a lo prescrito en los artículos 130, número 5, y 141, número 7 de la Constitución.⁴ La Corte Suprema de Justicia interpreta de modo general y obligatorio la ley, a falta de ley interpretativa, es decir, de manera supletoria, razón por la cual no se puede entender que se ha otorgado la misma facultad a otros órganos del Estado.⁵

Así mismo, potestad normativa supletoria con fuerza de ley, tiene el Tribunal Supremo Electoral, que a diferencia de la de la Corte Suprema de Justicia, se refiere a cubrir los vacíos

³ Con respecto a este tema el doctor Rafael Oyarte Martínez sostiene este mismo criterio en su texto *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, op., cit., p. 115.

⁴ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, inédito, tomo I, Teoría Constitucional y Derechos Políticos, Quito, Fundación Andrade & Asociados, inédito.

⁵ Sobre esta facultad de la Corte Suprema de Justicia, vid, Tribunal Constitucional, las Resoluciones N° 036-2001-TC y 0005-2003-TC.

en que incurra la Ley de Elecciones respecto del procedimiento del acto de votación como así lo prescribe el artículo 190 de la Ley de Elecciones.⁶ En virtud de esta disposición, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los artículos 105 y 106 de la Ley de Elecciones y 111 del Reglamento General a la Ley de Elecciones que establecían al método D'Hondt como fórmula de adjudicación de escaños⁷ y el Congreso Nacional no cubrió el vacío, el Tribunal Supremo Electoral acordó la aplicación del método imperiali para las elecciones seccionales que se efectuaron en octubre de 2004,⁸ el mismo que fue derogado luego de realizarse dicho acto electoral.⁹

1.1.2. Órganos competentes

La potestad legislativa de modo general es ejercida por la Función Legislativa; en el Ecuador dicha función se ejerce por dos órganos claramente determinados. El primer órgano netamente político, tanto por su integración como por sus atribuciones, el Congreso Nacional, quien se encarga principalmente de legislar, esto es, expedir, reformar y derogar leyes e interpretarlas de modo generalmente obligatorio, a más de las otras atribuciones determinadas expresamente en el artículo 130 de la Constitución. El segundo órgano de la Función Legislativa, la Comisión de Legislación y Codificación, es un órgano técnico-jurídico tanto por su integración como por sus atribuciones, y cuyas competencias e integración están determinadas en los artículos 138 y 139 de la Constitución ecuatoriana, en donde fundamentalmente a dicho órgano se le ha atribuido la potestad de codificar leyes, así como recopilar y ordenar sistemáticamente la legislación y participar en el procedimiento de formación de la ley cuando el Congreso Nacional lo determine. Es preciso indicar, que dicho

⁶ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, cit.

⁷ Tribunal Constitucional, Resolución N° 0025-2003-TC

⁸ Tribunal Supremo Electoral, Resolución N° 1, publicada en el Registro Oficial N° 436 de 6 de octubre de 2004.

⁹ Tribunal Supremo Electoral, Resolución N° 6, publicada en el Registro Oficial N° 519 de 4 de febrero de 2005.

órgano técnico-jurídico también tiene iniciativa legislativa absoluta, esto es, que tiene la facultad de presentar proyecto de ley en cualquier materia.

La competencia para poder dictar leyes en el Ecuador está compartida en dos órganos específicos como son el Congreso Nacional y el Presidente de la República, este último como colegislador. Ahora, si bien es cierto que dichos órganos son los competentes para dictar la ley, sea esta orgánica u ordinaria en función del procedimiento establecido en la Constitución, es necesario determinar en qué materias son competentes, puesto que, no todas las materias que el legislador considere, o que el Presidente de la República sancione deben necesariamente ser regulados por leyes, sean esta orgánicas u ordinarias.

Si bien la Constitución ecuatoriana ha recogido el sistema de reserva o dominio legal máximo para leyes orgánicas y mínimo para leyes ordinarias, del texto constitucional también se desprende que existen materias excluidas del conocimiento de las leyes, sean estas orgánicas u ordinarias. Dichas materias según el Código Político ecuatoriano deben ser reguladas por normas inferiores a la ley como son los reglamentos u ordenanzas, y que competencialmente solo dichos actos normativos pueden regular. Las ordenanzas, por ejemplo, son las normas dictadas por los organismos del régimen seccional autónomo - concejos municipales y consejos provinciales- en este sentido la Constitución erróneamente señala que los gobiernos provinciales y cantonales ejercen “facultad legislativa” al dictar ordenanzas como así lo prescribe el artículo 228 de la Constitución que determina:

“Art. 228.- Los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas.

Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.”

Cierto es que el constituyente señaló “facultad legislativa”, pero ello no puede llevar a pensar que las ordenanzas tienen, en estricto sentido, esta naturaleza normativa pues, en primer lugar, no gozan del rango de ley ni son dictadas por el Congreso Nacional, por lo que tampoco siguen su procedimiento de formación. Es más, el procedimiento de formación de las ordenanzas no sólo que no se prevé en la Constitución sino que su trámite se establece en normas de rango legal orgánico como son la Ley de Régimen Municipal -artículos 123 a 134- y la Ley de Régimen Provincial -artículos 56 a 63- lo que desvirtuaría los principios dobles de fundamentación y derivación, y de creación y de aplicación si se les quiere dar el tratamiento de normas legales dedico a que la norma inferior se fundamenta en la superior, de la norma superior derivan las inferiores, teniendo en cuenta que las normas no derivan ni se fundamentan en preceptos de igual jerarquía.

En definitiva, cuando el constituyente habla de “facultad legislativa” se debe entender que las ordenanzas son actos normativos y deben reunir sus características materiales de generalidad, obligatoriedad, universalidad, abstracción y permanencia, tal como se señala en el artículo 123, inciso segundo, de la Ley de Régimen Municipal,¹⁰ pero ello no implica que sean leyes, tanto así que, para su entrada en vigencia no se requiere, necesariamente, de su publicación en el Registro Oficial, tal como lo exigen los artículos 153 de la Constitución y 6 del Código Civil, sino por la imprenta o por cualquier otro medio de difusión, a excepción de las ordenanzas tributarias que para su vigencia serán publicadas, obligatoriamente, en el Registro Oficial en función de lo que determina el artículo 129 de la Ley de Régimen Municipal y 60 de la Ley de Régimen Provincial.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Resolución N° 011-2002-TC

En este sentido, una ordenanza no podría invadir las reservas de ley ordinaria y orgánica establecidas, respectivamente, en los artículos 141 y 142 de la Constitución. Un problema se puede presentar desde que una de las materias reservadas a la ley es la tributaria como lo prescribe el artículo 257 de la Constitución, aunque la misma Constitución, de manera reiterada, señala que la facultad del Congreso Nacional de dictar leyes mediante las cuales se creen, modifiquen o supriman tributos es sin perjuicio de las atribuciones que, en esta materia, se confiere a los órganos del régimen seccional autónomo como lo determinan los artículos 130, número 6, y 141, número 3, de la Constitución, así también, respecto de la creación, modificación y supresión de tasas y contribuciones especiales de mejoras como lo determina el artículo 228 de la Constitución, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional.¹¹

Como se observa, queda absolutamente vedada la posibilidad de que los órganos del régimen seccional autónomo creen impuestos, pues éstos sólo pueden crearse mediante ley, cuya iniciativa corresponde, de modo exclusivo, al Presidente de la República como lo determina el artículo 247 de la Constitución. Ahora bien, tal como las ordenanzas no deben invadir materias reservadas a la ley, tampoco la ley puede invadir el ámbito de competencia de una ordenanza, así, por ejemplo en materia de creación, supresión y fusión de parroquias en función de lo determinado en el artículo 141, número 5, de la Constitución, y artículos 9 y 10 de la Ley de Régimen Municipal.

Lo dicho toma mucha importancia de tal modo que si el Congreso Nacional aprueba una ley que materialmente no le corresponde, y el Presidente de la República la sanciona, dicha ley aprobada contendría un vicio de competencia material, por regular materias que no le han

¹¹ Tribunal Constitucional. Resolución N° 005-2000-TC

sido asignadas, lo que produciría su inconstitucionalidad. Lo mismo pudiese ocurrir con los decretos-leyes que la Constitución ecuatoriana regula, esto es, si el Presidente de la República presenta un proyecto de ley con el carácter económico urgente sobre una materia que está excluida por el propio Código Político y el Congreso Nacional no lo aprueba o niega en el tiempo determinado, y el Presidente de la República lo publica en el Registro Oficial, dicho decreto-ley devendría en inconstitucional por las razones ya explicadas. Lo mismo ocurriría con los demás actos normativos con fuerza de ley que invadan dicha exclusión legislativa ya que competencialmente la Constitución ha determinado que dichas materias sean conocidas por actos normativos inferiores a la ley como son los reglamentos.

1.2. Potestad Reglamentaria

En el Ecuador, de modo general, la potestad reglamentaria se encuentra asignada al Presidente de la República como así lo prescribe el artículo 171 número 5 y 9 de la Constitución, ello no quiere decir que sólo dicho órgano dicte esta clase de actos, pues la misma Constitución entrega a la ley la competencia para que los organismo públicos de control y regulación puedan expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales como así lo prescribe el artículo 141 número 6 de la Constitución que determina:

“Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

5. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración;

9. Dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva;”

“Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

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 estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales;”

En este sentido el Tribunal Constitucional en la *ratio decidendi* de la Resolución N° 014-2002-TC ha determinado lo siguiente:

“Que, si bien los números 5 y 9 establecen tanto la potestad reglamentaria de ejecución como la autónoma del Presidente de la República, respectivamente, se debe tener presente que esta potestad normativa no corresponde exclusivamente al Jefe del Estado, toda vez que el legislador, mediante ley, puede conferirla a otros órganos del poder público, tal como se establece en el número 6 del artículo 140 de la Constitución, como producto de la aplicación del principio de separación de poderes, y, por otra parte, otras autoridades también ejercen potestad normativa, como es el caso de los Ministros de Estado, de conformidad con el artículo 179, número 6, del texto constitucional;”¹²

1.2.1. Clases de Reglamento

De modo general, la doctrina ha encontrado y ha clasificado a los reglamentos de la siguiente manera: reglamentos de ejecución, delegados, autónomos o independientes y de necesidad, aunque también se señalan otras clasificaciones.

Los **reglamentos de ejecución** o de aplicación son aquellos que desarrollan de forma directa las disposiciones de una ley. Dicho tipos de reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, dotan de mayor flexibilidad al conjunto normativo; son reglamentos que desarrollan o completan la ley, es decir, permiten que la ley sea eficiente y eficaz, sin por ello llegar a la

¹² Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, op., cit., p. 1-60

conclusión absurda de que una ley no se pueda aplicar por falta de un reglamento¹³. En el Ecuador la potestad de dictar reglamentos de ejecución la tiene constitucionalmente el Presidente de la República de modo general según el número 5 del artículo 171 de la Constitución Política del Ecuador. En este sentido, el Tribunal Constitucional en Resolución N° 002-2003-TC ha señalado en su *ratio decidendi*:

“Que la ley es abstracta y general, por lo que el reglamento permite legislar sobre las particularidades que la realidad exige, para garantizar el cumplimiento de la ley a la que está subordinado, es decir, depende en mucho de la forma en que se la aplique en concreto, esto es, la forma en que se la ejecute y cobre eficacia el mandato del legislador. Adicionalmente a ello la actividad parlamentaria no tendría la efectiva posibilidad de legislación total, y por ello se enlaza con la potestad reglamentaria del ejecutivo, generándose a su favor una cesión de potestades y que finalmente responde a la necesidad de que las funciones públicas actúen coordinadamente. "La potestad reglamentaria está prevista para realizar dos tareas distintas: una primera, consiste en la ejecución de la voluntad del superior, en la ejecución de la ley, otra segunda, consiste en el ejercicio de la facultad de autoorganización." Javier Pérez Royo, "Curso de Derecho Constitucional" Edt. Marcial Pons. Madrid, 1995, pag. 59.”¹⁴

Los reglamentos ejecutivos también son aquellos que los órganos del poder público con base constitucional ejercen dicha potestad reglamentaria, cuando la ley se las ha otorgado dicha potestad, tal como ocurre con el Tribunal Supremo Electoral que dictó el reglamento de aplicación a la Ley de Elecciones, como ya lo habíamos mencionado, o en el caso del Tribunal Constitucional con el Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional. Estos reglamentos no pueden contravenir o innovar las disposiciones de la ley que desarrollan; no pueden ser contradictorios con la norma en la que deben encontrar su fundamento y tampoco realizar añadidos, sustracciones o modificaciones al texto de la ley, pues ello corresponde sólo a preceptos legales como así lo determina el artículo 141 número 7 de la Constitución y el mismo Tribunal Constitucional en las Resoluciones N° 028-2002-TC y

¹³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Civitas, décima edición, tomo I, 2001, página 212.

¹⁴ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, op., cit., p. 1-60

009-2002-TC .¹⁵ Ahora bien, como lo ha señalado la doctrina en general y como lo ha corroborado el Tribunal constitucional en Resolución N° 007-2003-TC, la potestad reglamentaria de ejecución no es delegable:

“Que de conformidad con lo establecido en el Art. 171, numerales 5 y 9 de la Constitución, la potestad reglamentaria corresponde al Presidente de la República, la que no es delegable por parte del propio Presidente, conforme lo señala el Art. 58 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no se puede delegar a particulares, como es el caso de EXPOFLORES. La potestad reglamentaria puede ser conferida mediante ley a organismos públicos de control y regulación, conforme lo señala el Art. 141, numeral 6 de la Constitución.”¹⁶

Los **reglamentos delegados** o reglamentos autorizados son aquellos que regulan materias que no han sido desarrolladas en la correspondiente ley, pero si enunciadas, y que, por disposición expresa del legislador, se deben normar en el cuerpo reglamentario¹⁷. Al efecto, el Tribunal Constitucional ha dicho:

“Que, en primer lugar, se hace presente que la Ley impugnada se limita a reiterar la obligación de respetar los derechos que, en materia del trabajo, se consagran en la Constitución, en instrumentos internacionales y leyes de la República, facultando al Jefe del Estado a que dicte un reglamento delegado que, evidentemente, deberá sujetarse a las prescripciones constitucionales, legales y convenios internacionales;”¹⁸

Los **reglamentos autónomo** son reglamentos *eter legem*, que en ámbito del poder ejecutivo, dicta el Jefe del Gabinete o Jefe de Estado bajo la denominación de decisiones administrativas, sin subordinarse a ninguna ley formal, para regir el funcionamiento interno de la administración de modo general, en razón de ejercer la jefatura de la administración general del Estado. Se los llama reglamentos autónomos o independientes porque su

¹⁵ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, ibidem

¹⁶ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, cit.

¹⁷ Patricio SECAIRA DURANGO, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Ed. Universitaria, Quito, 2004, p. 80

¹⁸ Tribunal Constitucional, Resolución N° 036-2003-TC.

emanación no depende de ley alguna, ya que generalmente regula el servicio administrativo. Este tipo de reglamentos lo estudiaremos con mucha más profundidad más adelante ya que sus límites y alcances son distintos a los de la generalidad de reglamentos.

Por último, tenemos los **reglamentos de necesidad**, o reglamentos *contra legem*, que son los que pueden justificarse únicamente en función de un estado de necesidad, de una situación de emergencia, cuya excepcionalidad coloca en primer plano el viejo principio *salus populi suprema lex*, esto por encima incluso del propio principio de primacía de ley, que en tal caso queda transitoriamente excepcionado¹⁹. En el Ecuador este tipo de reglamentos sí existen, como por ejemplo, el reglamento que se dictó para canalizar y distribuir los recursos para apalear el desastre de la Josefina²⁰.

1.2.2. El Reglamento Autónomo

Como ya hemos dicho, los reglamentos autónomos no desarrollan un cuerpo normativo superior, sino que, regulan materias que quedan fuera del ámbito de la competencia, dominio o reserva de la ley, es decir, existe un tipo de exclusión legislativa en donde la misma Constitución ha determinado que ciertas materias deben ser tratadas por medio de reglamentos al margen de la ley, como es el caso del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva²¹, de las regulaciones con fuerza generalmente obligatoria del Banco Central²², los mecanismos y procedimientos para la administración de las finanzas públicas²³, las regulaciones de carácter general que dicta la Contraloría General

¹⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Tomas RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo*; tomo I; página 213.

²⁰ Patricio SECAIRA DURANGO, *Curso breve de Derecho Administrativo*, op., cit., p. 81

²¹ Artículo 171 número 9 de la Constitución ecuatoriana.

²² Artículo 263 de la Constitución ecuatoriana.

²³ Artículo 260 de la Constitución ecuatoriana.

del Estado²⁴, entre otras. Con respecto a este tema el Tribunal Constitucional en Resolución N° 013-2002-TC ha determinado lo siguiente en su *ratio decidendi*:

“CUARTO.- Las atribuciones que otorga al Presidente de la República el artículo 171 de la Constitución son suficientes para permitirle adoptar las medidas necesarias para regular ciertas actividades, siempre que con estas medidas no vulnere las garantías constitucionales, no atropelle legítimos derechos, ni sean contrarias a los preceptos de la Constitución y las leyes. La potestad reglamentaria del Presidente de la República es algo más que un mecanismo ejecutor de la ley e implica la obligatoriedad de administrar el Estado, potestad que puede inclusive, extenderse a casos no legislados, naturalmente sin atentar contra principios legales superiores. La Constitución del Ecuador consagra un sistema presidencialista que faculta al Presidente, aparte de reglamentar las leyes, a dictar reglamentos autónomos o independientes. De esta manera lo concibe el artículo 171, número 5, cuando dispone que le está permitido al Presidente expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”²⁵

Los reglamentos autónomos de modo amplio son típicos reglamentos de organización administrativa, que no rigen ni regulan la actividad de los particulares, ni de terceros extraños a la administración,²⁶. Dichos reglamentos a criterio de los juristas españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, Fernando GARRIDO FALLA²⁷, en concordancia con el argentino Roberto DROMI, únicamente, caben de modo independiente de la ley, en el ámbito de las materias organizativas propiamente; es decir, no en el ámbito externo de la administración que implique definición abstracta de deberes y obligaciones para los particulares, porque estas materias están reservadas constitucionalmente a la ley²⁸, a excepción de que la propia Constitución así lo precisara como en el caso francés.

²⁴ Artículo 211 tercer inciso de la Constitución ecuatoriana.

²⁵ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, op.,cit., p 1-60

²⁶ Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciencia y Cultura, 2001, p. 335

²⁷ Con relación a la organización administrativa, Fernando GARRIDO FALLA en su *Tratado de Derecho Administrativo*, determina que esta típica competencia administrativa implica la organización de sus propios servicios, p. 276

²⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Tomas RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, op., cit., p. 212

En la Constitución ecuatoriana esta situación no está muy bien determinada ya que del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva claramente se puede observar que en efecto no se pueden regular situaciones de deberes y obligaciones que afecten a los particulares ya que dicha norma es un típico reglamento organizativo que por su naturaleza no debe afectar externamente a terceros. Situación contraria encontramos en las prescripciones que determinan los artículos 211, 260 y 263 de la Constitución, puesto que de su lectura, y de la interpretación constitucional llegamos a la conclusión que los reglamentos autónomos derivados de dichas normas constitucionales, encontramos realmente que dichos reglamentos si pueden regular deberes y obligaciones que afecten a particulares como así sucede en el sistema francés, en donde los mismos autores españoles antes citados determinan como excepción a la regla general.

Así, en el derecho comparado, los reglamentos autónomos se derivan de un tratamiento constitucional de las leyes, por ejemplo en Francia y Chile existe un *dominio máximo legal*, que quiere decir que las materias de ley están exclusiva y taxativamente enumeradas en la Constitución, como ocurre en el artículo 60 de la Constitución chilena de 1980, el resto de materias no enumeradas en la Constitución corresponden a la potestad reglamentaria autónoma. En todo caso, puede observarse que lo que la Constitución Política del Ecuador debería denominar un Reglamento Autónomo, es de hecho una norma de exclusión²⁹, desde que por voluntad del constituyente queda fuera del ejercicio de la potestad legislativa del parlamento las materias determinadas en los artículos 171 número 9, 211, 260 y 263 de la Constitución ecuatoriana. En Costa Rica, en cambio, la Constitución determina las materias que no pueden ser reguladas por ley, a este mecanismo se le conoce como la exclusión

²⁹ Como así lo determina Rafael OYARTE MARTÍNEZ en su artículo inédito sobre la “Determinación de dominio legal en la Constitución reformada”, p. 1-6

legislativa y expresamente determina qué debe ser regulado mediante la potestad reglamentaria de la administración, mientras que lo demás puede ser regulado por ley.³⁰

En el Ecuador, entonces, podemos encontrar tres sistemas con respecto a la reserva legal, esto es el sistema de reserva o dominio máximo legal determinado en el artículo 142 de la Constitución, el sistema de reserva o dominio mínimo legal determinado en los artículos 140 y 141 de la Constitución, y el sistemas de exclusión legislativa determinado de manera dispersa en los artículos 171 número 9, 211, 260 y 263 de la Constitución ecuatoriana, los cuales los explicaremos mas adelante con mayor detalle.

1.2.3. Órganos competentes

El órgano competente para dictar reglamentos de modo general es el Presidente de la República en el Ecuador, como sí lo determina el artículo 171 número 5 de la Constitución ecuatoriana que prescribe:

“Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

5. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración;”

Así mismo la potestad reglamentaria autónoma para dirigir la administración pública en cuanto su integración, organización y procedimientos la tiene el Presidente de la República en función de lo prescrito en el mismo artículo 171 número 9 de la Constitución que determina:

³⁰ Del mismo modo así lo expresa Rafael OYARTE MARTÍNEZ cuando determina lo que se debe entender por exclusión legislativa en su artículo inédito sobre la “Determinación de dominio legal en la Constitución Reformada”, p. 4

“Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

9. Dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva.”

Con respecto a la potestad reglamentaria autónoma de la Contraloría General del Estado se debe tener en cuenta que dicha competencia le corresponde única y exclusivamente al Contralor General del Estado quien es la máxima autoridad del órgano ya que dicho funcionario es su titular. Así el artículo 211 tercer inciso de la Constitución determina:

“Art. 211.- La Contraloría General del Estado es el organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por el Contralor General del Estado, quien desempeñará sus funciones durante cuatro años.

Tendrá atribuciones para controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. Realizará auditorías de gestión a las entidades y organismos del sector público y sus servidores, y se pronunciará sobre la legalidad, transparencia y eficiencia de los resultados institucionales. Su acción se extenderá a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan.

La Contraloría dictará regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones. Dará obligatoriamente asesoría, cuando se le solicite, en las materias de su competencia.”

Con respecto a la potestad reglamentaria autónoma que ejerce el Presidente de la República con respecto de los mecanismos y procedimientos para la administración de las finanzas públicas, se debe tener en cuenta que el Presidente de la República es el único que competencialmente tiene la potestad de dirigir la política fiscal ya que es dicho órgano el responsable de tal manejo. Así el artículo 60 de la Constitución prescribe:

“Art. 260.- La formulación y ejecución de la política fiscal será de responsabilidad de la Función Ejecutiva. El Presidente de la República

determinará los mecanismos y procedimientos para la administración de las finanzas públicas, sin perjuicio del control de los organismos pertinentes.”

Por último, con respecto a la potestad reglamentaria que ejerce el Banco Central, es necesario determinar que el órgano competente para dictar este tipo de reglamentos es su directorio por expresa disposición del artículo 263 de la Constitución que determina:

“Art. 263.- El directorio del Banco Central expedirá regulaciones con fuerza generalmente obligatoria, que se publicarán en el Registro Oficial; presentará informes semestrales al Presidente de la República y al Congreso Nacional, e informará acerca del límite del endeudamiento público, que deberá fijar el Congreso Nacional.”

En consecuencia, se puede observar muy claramente que la propia Constitución ecuatoriana, ha determinado expresamente las materias en las cuales se ha de regular por medio de reglamentos autónomos. Hay que tener en cuenta que competencialmente encontramos los órganos de los poderes públicos que les están asignados dichas potestades, en virtud de lo que el constituyente ha determinado importante para el ejercicio y regulación de dichas materias.

2. LAS RESERVAS NORMATIVAS

Las reservas normativas son materias que competencialmente les son asignados a diversos órganos del poder público por parte de la Constitución de un Estado por intermedio de las diferentes categorías normativas que el Derecho ha determinado. Así, en el Ecuador encontramos reservas normativas para leyes orgánicas, para leyes ordinarias y para reglamentos de modo general.

Como su nombre lo indica, las reservas normativas son aquellas cuestiones que les están reservadas a las normas, por lo que de acuerdo a lo que determine la norma suprema, estas deben ser conocidas y reguladas conforme el Código Político la establece. Lo dicho ha transformado la concepción sobre la aplicación de las normas en el sistema jurídico ecuatoriano, ya que a partir de la reforma y codificación constitucional de 1998 se introduce este sistema en la Constitución ecuatoriana, lo que no ha sido comprendido a plenitud todavía por los diversos actores del Estado. El problema fundamental sobre este tema estriba en la concepción y entendimiento del principio de competencia que fundamentalmente debe ser entendido en una doble faceta.

La primera como determinación de materias específicas asignadas competencialmente por la norma suprema, en donde se ha determinado, que dichas materias sean reguladas por categorías jurídicas asignadas en la propia Constitución; así por ejemplo, el Código Político ecuatoriano, en su artículo 142, ha determinado una lista taxativa de materias para que sean reguladas por ley orgánica:

“Art. 142.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución;
2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral;
3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección;
4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter.

Las demás serán leyes ordinarias.”

La segunda como mecanismo de interpretación normativa en donde para la interpretación normativa, esto es en casos particulares, se debe tener en cuenta dicho principio de competencia, que lo explicaremos en profundidad mas adelante, para poder llegar a resultados lógicos y acordes al ordenamiento jurídico

2.1. Dominio legal

La reserva legal implica el “reconocimiento de un ámbito de competencia cuya regulación se reserva a la potestad legislativa, implicaba la posibilidad de invalidar las normas sobre materias de ley establecidas en ejercicio de otras potestades, aplicando como principio el de la competencia”.³¹ La Constitución ecuatoriana diferencia las potestades normativas distinguiendo el ámbito material de las leyes orgánicas en el artículo 142 de su texto, del ámbito de las leyes ordinarias, en sus artículos 140 y 141, sin que ninguna pueda, válidamente, invadir a la otra, pues se han establecidos los límites y condicionamientos de la actividad legislativa.³²

2.1.1. Máximo

La reserva legal máxima o dominio máximo legal es aquel ámbito de competencia en donde una norma superior, que en este caso es la Constitución, determina taxativamente las competencias, en virtud de su materia, para que la norma jerárquicamente inferior regule los asuntos competencialmente asignados. Este tipo de dominio legal hace referencia expresa, *numerus clausus*, de las materias que han de normarse, por tanto imposibilita al órgano

³¹ Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “El Principio de la Distribución de Competencia como criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicas”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, p. 34.

³² Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, op., cit., p. 77

encargado de su expedición que regule otras materias que están más allá de su competencia asignada.

Este sistema ha sido tomado generalmente por las constituciones de los países, en donde la Constitución como norma superior determina las materias que han de ser normadas taxativamente por normas inferiores y que generalmente son leyes sean estas orgánicas u ordinarias. En el Ecuador se introdujo dicho sistema a partir de la reforma y codificación constitucional de 1998, en donde se asignó dicho sistema a la regulación de leyes orgánicas. Así el artículo 142 de la Constitución ecuatoriana determina:

“Art. 142.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución;
2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral;
3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección;
4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter.

Las demás serán leyes ordinarias.”

Como se puede observar, la Constitución ecuatoriana asigna ciertas materias que el constituyente determinó como importantes para que sean reguladas mediante ley orgánica con una cuestión adicional que en la doctrina se la conoce como norma de clausura, esto es, cerrando la posibilidad de que el legislador abuse de sus facultades y se dicten leyes orgánicas sin estar dentro del listado taxativo del artículo 142 de la Constitución. Es por lo dicho que en

el último inciso del artículo 142, la norma de clausura determina que el resto de materias que deben ser reguladas por la ley, deberán ser ordinarias.

2.1.2. Mínimo

La reserva legal mínima o dominio mínimo legal es aquel ámbito de competencia en donde una norma superior, que en este caso es la Constitución, determina de manera ejemplificativa o de modo general las competencias, en virtud de la materia, para que la norma jerárquicamente inferior las regule. Este tipo de dominio legal hace referencia abierta, *numerus apertus*, los asuntos que han de normarse, por tanto posibilita al órgano encargado de su expedición que regule por normas jerárquicamente inferiores materias que en el listado original no existen, siempre y cuando haya una norma de apertura.

En el Ecuador se introdujo dicho sistema conjuntamente con el dominio máximo legal a partir de la reforma y codificación constitucional de 1998, en donde se asignó dicho sistema a la regulación de leyes ordinarias. Así el artículo 140 y 141 de la Constitución ecuatoriana determinan:

“Art. 140.- El Congreso Nacional, de conformidad con las disposiciones de esta sección, aprobará como leyes las normas generalmente obligatorias de interés común.

Las atribuciones del Congreso que no requieran de la expedición de una ley, se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones.

Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución;
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes;

3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo;
4. Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo;
5. Modificar la división político administrativa del país, excepto en lo relativo a 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 estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales;
7. Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio;
8. Los casos en que la Constitución determine.”

Como se puede observar en los artículos transcritos, el artículo 140 de la Constitución ecuatoriana determina que el Congreso Nacional aprobará como leyes las normas generalmente obligatorias de interés común, lo cual en principio nos abre un espectro gigantesco de materias que el constituyente ha determinado que han de normarse mediante ley ordinaria, dejando al criterio del legislador, como norma de apertura, la interpretación sobre las materias que han de entenderse como generalmente obligatorias de interés común, lo cual podría inducir a error cuando hablamos de las materias en donde el propio Código Político ha determinado que ciertas materias sean reguladas mediante acto normativo inferior a la ley.

En el artículo 141 de la Constitución ecuatoriana, por otro lado, se determina de un modo ejemplificativo las materias mínimas que ha de normar el legislador mediante ley ordinaria, determinando que también serán ordinarias las materias que la Constitución determine en su número 8. Es por lo dicho, que lo determinado como ley a lo largo de la Constitución ecuatoriana ha de entenderse como ley ordinaria y no como orgánica, puesto que, cuando el constituyente quiere que una materia sea regulada por ley orgánica lo dice expresamente en el

texto constitucional en virtud de lo prescrito en el artículo 142 número 4, como es el caso del Tribunal Constitucional, en donde para su organización, funcionamiento y procedimientos para su actuación, se requiere por expresa prescripción de la Constitución una ley orgánica, conforme el artículo 275 primer inciso del Código Político ecuatoriano.

2.2 Exclusión legislativa

El sistema de exclusión legislativa se fundamenta en dos situaciones fundamentales: la primera que es la limitación de la producción legislativa, y la segunda que se basa fundamentalmente en la importancia que el constituyente determina para que ciertas materias, asignadas por la Constitución, sean sacadas de la orbita de la ley por su carácter técnico, y por ende sean normadas por ciertos órganos del poder publico en virtud de sus funciones específicas, especialidad o importancia. No existe un criterio cierto ni verdadero por el cual ha de determinarse las materias que estén excluidas del conocimiento de la ley, sino más bien ha de primar el criterio del constituyente que en función de las necesidades del Estado ha de determinar las materias que deben estar excluidas del conocimiento de la ley³³.

En el Ecuador de una manera *sui generis* existen conjuntamente tres sistemas, el primero de dominio máximo legal de leyes orgánicas, el segundo de dominio mínimo de la ley ordinaria, y por último el sistema de exclusión legislativa en donde se ha determinado a ciertos órganos del poder público la potestad de normar ciertas materias, por medio de reglamentos, lo cual no es novedoso en derecho comparado como ya se ha mencionado.

2.3 Reserva reglamentaria o facultad delegada

³³ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, “La determinación del dominio legal en la Constitución reformada”, artículo inédito, p. 4

En el Ecuador se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de algunos actos normativos derivados de la Constitución y que no constituyen leyes como por ejemplo el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en donde se ha discutido la naturaleza jurídica de dicho estatuto como decreto ley delegada o un reglamento autónomo, situación que en la materia de esta tesis se torna importante, ya que, se puede presumir que las materias antes mencionadas que la Constitución ecuatoriana determina tienen otra naturaleza jurídica que no sea la de reglamentos autónomos.

2.3.1 El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como decreto ley delegada

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que de hoy en adelante lo denominaremos ERJAFE, ha sido sustentado como decreto ley delegada por Jorge Zavala Egas como delegación legislativa derivada de la Ley de Modernización del Estado, publicada en 1993. Dicho jurista sostiene que: *“en la citada Ley existen dos casos expresos de delegación legislativa que son los previstos en el artículo 17 y 40, el primero prevee una remisión normativa y, el segundo, que incluye una deslegalización...”*³⁴.

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley de Modernización, que se refiere a la facultad del Presidente de la República para emitir normas de tipo administrativo dentro del ámbito del gobierno central, determinándose una remisión normativa, esto es, porque el legislador ha establecido la materia, el contenido de lo que el Ejecutivo puede regular, contemplándolo e integrándolo con normas administrativas (disposiciones normativas de tipo administrativo) a

³⁴ Jorge ZAVALA EGAS, *El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Quito, CLD, 1992, p. 70

las cuales les atribuye, en términos de Zavala, anticipadamente el rango de ley³⁵; en consecuencia, nacen como decreto ejecutivo pero en nada desvirtúan el rango de ley de dichas normas, lo que se puede constatar en los literales a) y b) de la mencionada norma, en donde se describe con precisión los actos que puede regular el Presidente de la República mediante disposiciones normativas que tendrían rango de ley; es decir, de la lectura del artículo 17 se deriva que perfectamente podrían suprimirse entidades públicas creadas por ley, mediante acto normativo (del ejecutivo), lo que le da rango de ley a dichos actos normativos del ejecutivo generados por una delegación que en el caso específico es una remisión normativa³⁶.

En lo que se refiere al artículo 40, y a la disposición transitoria primera, referida a la creación del ERJAFE y a la vigencia condicional de la Ley de Régimen Administrativo, Zavala Egas, manifiesta que es una típica ley deslegalizadora, de contenido puramente formal en la que fija el nuevo acto normativo requerido para regular la materia señalada en la misma ley. Es así que, dejó de ser materia regulada por ley por orden de la propia Ley de Modernización del Estado (Ley 50), operando así la deslegalización de la materia. Claro está que la deslegalización opera mediante acto normativo expedido por el ejecutivo y con rango de ley, esto es por decreto-ley delegada.

En consecuencia, hemos visto que en los dos casos de delegación (remisión normativa y deslegalización) Zavala manifiesta que tienen rango de ley, ya que en el primer caso solo así se podría explicar que modifique o elimine entidades creadas por ley; y en el otro caso, porque la Ley de Modernización le quita el rango de ley a algo que se trataba en la Ley de Régimen Administrativo; es por eso, que el Ejecutivo podría normar por medio del ERJAFE, impugnaciones, recursos, sanciones etc., mediante decreto ejecutivo que contiene un decreto-

³⁵ Jorge ZAVALA EGAS, *El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, op., cit., p. 71

³⁶ Jorge ZAVALA EGAS, *El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, ibidem

ley delegada, esto es, mediante acto normativo con rango de ley. Solo así se podría comprender el por qué algunas materias que se deben regular por ley, están reguladas por el ERJAFE. Pero si bien el ERJAFE tendría rango de ley, esto sería en sentido material, más no una ley desde el punto de vista formal (constitucionalmente habando)³⁷.

Pero nace otra inquietud, y esta es, que dentro del ámbito de la codificación constitucional actual existen dos clases de leyes: orgánicas y ordinarias; por lo que, si se sigue la tesis de Zavala, cabe preguntarse cuál es el rango jerárquico del ERJAFE, esto es, si es orgánico u ordinario. El ERJAFE fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 411 de 31 de marzo de 1994³⁸, posteriormente en la Constitución de 1998 se incorpora la categoría normativa de ley orgánica. En dicha codificación se agrega la disposición transitoria vigésimo segunda señalando que el Congreso Nacional, en el plazo de seis meses, determinaría las leyes vigentes que tendrán la calidad de orgánicas. En aplicación de dicha disposición transitoria, mediante Resolución Legislativa publicada mediante Registro Oficial N° 280 de 8 de marzo del 2001, no aparece el ERJAFE calificado como ley orgánica por parte de la Legislatura. Entonces, al no haber sido determinada por el Congreso Nacional como ley orgánica, sería una ley ordinaria.

Pero ocurre que de conformidad con el número 1 del artículo 142 de la Constitución Política del Ecuador, por la materia que regula el ERJAFE, si se estima que tiene el carácter de ley, no podría sino ser ley orgánica. Ello refuerza la idea de que el ERJAFE no tiene rango de ley, peor aun de ley orgánica, ya que no fue calificada así por la resolución del Congreso Nacional que calificó como orgánicas a las normas preconstitucionales que tienen ese carácter. Por otra parte, debemos considerar una situación por demás importante, y es que en

³⁷ La ley formalmente consiste en el acto normativo aprobado por la legislatura, siguiendo el trámite de formación previsto en la Constitución.

³⁸ En donde evidentemente no existía diferencias entre leyes orgánicas ni ordinarias.

el Código Político ecuatoriano no se contempla la delegación legislativa de la que habla Zavala; es decir, no existe una mención específica en donde prescriba la Constitución ecuatoriana la posibilidad de que el Congreso Nacional delegue a otro órgano el ejercicio de la potestad legislativa. Es por eso, que la doctrina determina que para que exista delegación legislativa se debe cumplir con cinco requisitos indispensables que son: que sea en materias específicas, que se lo determine en la Constitución, por ende que sea expresa, que se determine claramente el órgano delegante, así como el órgano al que se delega (órgano delegado).

Es por lo dicho, que en países como Venezuela,³⁹ Colombia,⁴⁰ Perú,⁴¹ Chile,⁴² España, entre otros, sí existe esa posibilidad. Francia, por ejemplo, en donde la Constitución de la V

³⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 203 que dice:

“Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes. (...) (...) Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes de base deben fijar el plazo de su ejercicio”.

⁴⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 150 número 10 que dice:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

10. - Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.”

⁴¹ Constitución Política del Perú, artículo 104° que dice:

“El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.”

⁴² Constitución Política de la República de Chile, artículo 61 que dice:

“El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley.

Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.

La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República.

La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.

República de 1958, sí permite mediante prescripción expresa, que se delegue la posibilidad de dictar normas de carácter y rango legal por parte del Ejecutivo, es decir, el órgano delegado (que en este caso es el Ejecutivo) es el que regula determinados aspectos que se señalan en la ley marco⁴³.

La POTESTAD DELEGATORIA ejercida por el Congreso o Parlamento de cada uno de esos países, para algún asunto específico, está contemplada en la Constitución,⁴⁴ lo que es la simple aplicación del principio de Derecho Público que se explica con el antiguo aforismo de que en esta rama del Derecho, a diferencia del Derecho Privado, “solo se hace lo que está expresamente permitido”, lo que se consagra en la Constitución Política del Ecuador en su artículo 119. Es decir, la facultad de delegar potestades es sumamente restrictiva, debido a que, en principio, iría en contra de la naturaleza jurídica del equilibrio de poderes, porque se deja que se regule tal o cual materia con rango de ley a un órgano determinado que no integra la Función Legislativa, lo que indiscutiblemente va en contra de la esencia misma de la teoría de frenos y contrapesos entre las Funciones del Estado⁴⁵, propia del Estado de Derecho moderno. En otras palabras, no existe el control habitual que existiría respecto de una ley, ya que, en este caso, el órgano delegado dictaría las normas delegadas con fuerza de ley sin un control político, como sí sucede en la expedición de las leyes de modo ordinario.⁴⁶

Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.”

⁴³ Es preciso indicar que en países como Costa Rica, la Constitución solo prohíbe la delegación legislativa en determinadas materias. En cambio en constituciones como la Chilena, se señala taxativamente lo que el Congreso Nacional puede delegar.

⁴⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA y Tomas RAMÓN FERNÁNDEZ al hablar de la relación existente entre ley y reglamento, manifiestan acertadamente sobre el origen de la delegación legislativa, argumentando que nace en la fase final de la III República francesa, pero debido a problemas sustanciales en su aplicación ya que se abuso de esta principio, se suprimió en la IV República. En la Constitución de la V República se retoma este principio entre las relaciones ley-reglamento en donde se expresa que la delegación se materializa con un reglamento expedido por el órgano delegado y que dicho reglamento se convierte en una suerte de prolongación de la ley, tomo I, op., cit., p. 235.

⁴⁵ Considero que debido a que no se podría controlar políticamente la expedición de estas normas con fuerza de ley, la doctrina ha optado por restringir este principio, precisamente para no caer en una delegación absoluta de leyes, como sucedió en Francia en la fase final de la III República.

⁴⁶ Iniciativa, tramite y aprobación legislativa, sanción o veto presidencial, el Presidente de la República intenta en algunos casos control previo de constitucionalidad.

Es importante tener en cuenta que el carácter de ley formal y material está dado por la Constitución únicamente; en este sentido, sólo ésta es la que determina qué procedimiento se debe seguir para la formación de una ley, prescribiendo lo que es competencia de ley orgánica y de ley ordinaria, en las respectivas reservas de ley. Así mismo, la Constitución debe contemplar lo que puede ser regulado (materialmente) mediante una delegación legislativa, o lo que queda excluido de la posibilidad de delegar, para que así pueda ser considerado, dicho acto normativo, con rango de ley. Por todo lo dicho, es imperativo determinar que la facultad de delegación legislativa esté contemplada constitucionalmente, ya que ésta es la única que le puede dar el carácter de ley (orgánica u ordinaria) a un acto normativo expedido bajo la figura del Decreto Ejecutivo como producto de una delegación legislativa.

Por otro lado, es importante referirnos ahora a la derogación que hizo la Ley de Modernización, en su disposición transitoria primera⁴⁷, a la Ley de Régimen Administrativo, puesto que algunos juristas⁴⁸ manifiestan que en virtud del principio de especialidad, lo único que derogó la Ley de Modernización en su transitoria primera, son aquellas normas que contemplaba la Ley de Régimen Administrativo en lo referente a la potestad del Presidente de la República de dictar el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo y no al resto de prescripciones. Es decir, la Ley de Régimen Administrativo, como ley general está vigente, en lo que no regula el ERJAFE, puesto que como ya lo anotamos, la derogatoria que hace la Ley de Modernización solo se refiere a lo que el ERJAFE materialmente regula en la Función Ejecutiva, cosa que antes de la mencionada reforma, no podía hacerlo por que existía una ley que regulaba muchos asuntos de competencia del ERJAFE. Es importante mencionar este aspecto debido a que el ERJAFE no podría referirse a materias fuera de la Función Ejecutiva,

⁴⁷ La disposición transitoria primera de la Ley de Modernización del Estado determina:

“PRIMERA. – Hasta tanto se expida el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se estará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Administrativo”.

⁴⁸ Es preciso indicar que según los técnicos del sistema informático LEXIS, la Ley de Régimen Administrativo está vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo cual la dicha ley consta en el sistema informático como vigente.

como sí lo hace la Ley de Régimen Administrativo. Debido a esto, es que sólo en lo que respecta a la Función Ejecutiva, la Ley de Modernización deroga lo que trata el ERJAFE, mas no deroga toda la Ley de Régimen Administrativo, que trata muchas materias que no le corresponden al ERJAFE como por ejemplo las regulaciones que hace sobre el Ministerio Público, como organización y competencias, que por cierto fue derogado por la Ley Orgánica de Ministerio Público y no por la Ley de Modernización. En consecuencia, es menester puntualizar que si bien la Ley de Régimen Administrativo, está vigente, podemos ver que en la realidad no es una ley eficaz debido a que se han dictado leyes propias de cada órgano o institución a la que dicha ley normaba.

Con respecto a la vigencia de la Ley de Régimen Administrativo el Procurador General del Estado en diversos dictámenes como en los contenidos en los oficios N° 020052 de 12 de octubre de 2005, N° 0007028 de 8 de marzo de 2004, N° 19414 de 29 de agosto de 2001, N° 11752 de 24 de septiembre de 2004, ha señalado que dicha ley se encuentra plenamente vigente, y que ha sido derogada parcialmente y no de manera total como se ha venido creyendo. No nos olvidemos que respecto de los dictámenes del Procurador General del Estado, la letra e del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, señala, como atribución exclusiva de este funcionario la de absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, agregando que este pronunciamiento es obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley. En materia de asesoría y absolución de consultas, el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado reitera su carácter vinculante sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, la

que se realiza a petición de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

2.3.2 El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como reglamento autónomo

Por otro lado, se justifica al ERJAFE como reglamento autónomo, pero para comenzar con este análisis, primero tenemos que ubicar al ERJAFE como reglamento autónomo, en el rango normativo que éste tiene, que según la pirámide de KELSEN se ubicaría por debajo de las leyes ordinarias, con igual jerarquía que las ordenanzas municipales y por encima de los actos administrativos. La Constitución ecuatoriana actual, pone en la cúspide a la Constitución, según el artículo 272, después a los tratados internacionales, artículo 163, a las leyes orgánicas y ordinarias, artículo 143, de manera expresa; por otro lado, implícitamente, lo hace del resto de actos normativos y de actos que producen efectos subjetivos directos. Pero, del mismo modo, constitucionalmente algunas materias están reservadas a la ley. La misma Constitución prescribe que se dicten reglamentos independientes o autónomos con fines organizativos, como normas de clausura. Es decir reglamentos que nacen de una potestad constitucional, que sirven para organizar la administración pública como ocurre con el ERJAFE, y que están fuera del ámbito de la competencia legislativa. En este sentido el ERJAFE, como reglamento autónomo o independiente, se dicta al amparo del número 9 del artículo 171 de la Constitución,⁴⁹ es decir, regula la integración organización y procedimientos de la Función Ejecutiva. El fin de este reglamento es el de organizar, sin que

⁴⁹ Artículo 171 numero 9 de la Constitución Política de la República del Ecuador:

“Serán atribuciones y deberes del Presidente de la Republica los siguientes:

9. Dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva;”

de ningún modo éste pueda regular de manera abstracta deberes y obligaciones supliendo así a la ley, por el mismo hecho que regula materias diferentes.

Ahora bien, justamente allí es donde se genera el problema jurídico, puesto que el artículo 171 número 9 de la Constitución otorga la facultad al Presidente de la República de normar la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva, que en relación al número 1 del artículo 142, que corresponde a la reserva de ley orgánica, señala que serán materia de precepto orgánico las que regulen la organización y actividades de la Función Ejecutiva. No es muy claro qué materias son de ERJAFE y cuáles de ley orgánica, ya que las dos pueden regular la organización de la actividad administrativa. Debido a esta ambigüedad en nuestra Constitución, se hace imperativo señalar qué es materia de ERJAFE y qué es materia de ley orgánica u ordinaria.

Es importante señalar, una vez más, que el reglamento independiente o autónomo no es un reglamento de ejecución, ya que no desarrolla ningún precepto legal, sino que desarrolla una potestad nacida o permitida en la Constitución. El número 9 del artículo 171 de la Constitución vigente, que es resultado de la codificación de 1998, es el sustento jurídico del ERJAFE. Pero ya en la codificación del 1983⁵⁰ e incluso en el texto original de la Constitución de 1978-1979, aparece como atribución del Presidente de la República la expedición del Estatuto Jurídico Administrativo. En este sentido existía un problema para aquel entonces ya que estaba vigente en su totalidad la Ley de Régimen Administrativo, la cual no daba mucho margen para que el Presidente de la República expida un Estatuto pues, en primer lugar, la norma constitucional no determinaba la materia específica que debería ser

⁵⁰ En el artículo 78 literal e), se determina que el Presidente de la República dicte el Estatuto Jurídico Administrativo.

regulado por el Estatuto y, por otra parte, la Ley de Régimen Administrativo regulaba casi todas las actividades de la administración pública central.

De otro lado, es importante analizar el asunto de facultades y competencias que la Constitución le atribuye al ERJAFE, ya que siendo éste un reglamento autónomo, sus preceptos se aplican, en virtud del principio de competencia y no del principio de jerarquía, es decir, si una ley (orgánica u ordinaria) trata las materias reservadas constitucionalmente al ERJAFE, el problema se resuelve mediante la aplicación del principio de competencia y no de jerarquía como tradicionalmente lo hemos hecho hasta antes de la codificación 1998 de la Constitución.

El principio de competencia, debe ser entendido “(...) como el conjunto de materias que una norma determinada está llamada a regular por expreso mandamiento de otra que goza de jerarquía superior”⁵¹. En este caso específico, si la Constitución, como norma suprema, determina por ejemplo, que el Presidente de la República regule el número de ministerios competencias y denominación⁵², en normas expedidas en ejercicio de esa potestad, una ley no podría prescribir otros parámetros para regular la integración de la Función Ejecutiva. En dicho ejemplo, la ley será inconstitucional, por violar una potestad que el mismo Código Político ha atribuido al Presidente de la República. Además, en el evento señalado se debe aplicar la norma reglamentaria que el Presidente ha expedido en virtud de este principio –de competencia-, y no aplicar la disposición legal en virtud del principio de jerarquía, ya que la Constitución determina que para el ejemplo propuesto, la competencia exclusiva corresponde

⁵¹ Adrián Roberto LOVATO GUTIÉRREZ; *Ley Orgánica en la Constitución Ecuatoriana y en el Derecho Comparado*; Tesis Doctoral en la PUCE, Quito, p. 106

⁵² El artículo 176 de la Constitución Política del Ecuador determina:

“Los ministros de Estado serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y lo representarán en los asuntos propios del ministerio a su cargo. Serán responsables por los actos y contratos que realicen en el ejercicio de esa representación.

El número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia, serán determinados por el Presidente de la República.”

(sólo) al Presidente de la República. Debido a este principio de competencia, la ley que regule la integración de la Función Ejecutiva, sería inconstitucional, ya que invadiría una materia que la Constitución ha previsto se regule mediante reglamento autónomo y que en función de este principio prevalecería sobre cualquier norma legal, incompetente para normar dichos asuntos.

En sustento de lo ya dicho, Rafael OYARTE MARTÍNEZ manifiesta que: “En caso de conflicto entre normas orgánicas y comunes, el punto de solución se encuentra en la aplicación del principio de competencia, que se encuentra íntimamente ligado a la *reserva de ley orgánica*, esto consiste que si la Constitución *manda* que determinadas materias sean reguladas por medio de normas de carácter orgánico, la ley ordinaria no podría invadir dicho campo que, insistimos, es de exclusiva competencia de la norma orgánica.”⁵³. Lo dicho corrobora el Tribunal Constitucional ecuatoriano que mediante resolución 029-2003-TC publicada en Registro Oficial No 210 de 13 de Noviembre del 2003, determina que el ERJAFE es un reglamento autónomo, que nace de una potestad constitucional y que materialmente se refiere exclusivamente a asuntos netamente organizativos, por lo que debe ser aplicado en función del principio de competencia:

“1° Que, como se expresa en los considerandos de este cuerpo normativo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que contiene la disposición impugnada, fue emitido por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad prevista en el número 9 del artículo 171 de la Constitución, disposición que atribuye al Jefe del Estado la potestad de "dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva", es decir, en definitiva, la de dictar un reglamento autónomo;

2° Que, un reglamento autónomo debe regirse, de modo general, a las prescripciones de la ley y, naturalmente, de la Constitución (artículo 272), ocurriendo que, en el caso del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, existen materias que son de exclusiva regulación por parte del Primer Mandatario, como es el caso del número de ministerios,

⁵³ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, “La Ley Orgánica en la Constitución Ecuatoriana y en el Derecho Comparado”, Quito, Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, marzo, 1999, p. 118

su denominación y asuntos de su competencia (art. 176, inc. 2°, CE), las que, en consecuencia, quedan fuera del ámbito de competencia de la ley; y,

3° Que, en consecuencia, en caso de contradicción entre el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y una ley, la solución de la contradicción normativa no se resuelve por el principio jerárquico o por el de especialidad (que sólo es aplicable entre normas de una misma jerarquía dispositiva), sino por el principio de competencia material. Así, de este modo, tal como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva tiene competencia exclusiva para regular los asuntos de integración y organización de ese Poder del Estado, no podría ni invadir materias que se reservan por mandato constitucional a las leyes, sean éstas orgánicas u ordinarias (artículos 141 y 142 de la Constitución Política), ni contener disposiciones que se refieran a dependencias que no forman parte de esta Función del Estado.”

3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación de la Constitución es un fenómeno relativamente nuevo que se origina a partir de la segunda mitad del siglo XX. En el caso del Ecuador incluso se suele interpretar la Constitución conforme al artículo 18 del Código Civil, pero sucede que históricamente la única interpretación que a la Constitución se la ha hecho es por parte del Congreso Nacional, es decir, una interpretación política.

La interpretación constitucional de modo general toma importancia cuando la Constitución es “norma”, esto es aplicable a casos y no para la mera elaboración de otras normas, lo que conocemos hoy en día como justicia constitucional con sus propias reglas. Las reglas tradicionales se usan para la interpretación constitucional, pero no son suficientes, ya que acudir al Código Civil para la interpretación constitucional es dejar la determinación del contenido de la Constitución en manos de reglas contenidas en cuerpo inferior. A lo largo de este capítulo nos vamos a referir a la diferencia que existe entre la interpretación de la ley y la interpretación constitucional, para lo cual tendremos que hacer presente los diferentes

métodos de interpretación de la norma que existen, para así poder comprender de una mejor manera este tema.

La importancia de la interpretación constitucional en este tema de investigación hace que necesariamente debamos determinar claramente lo que se entiende por interpretación constitucional, puesto que, se pudiese argumentar que la tesis aquí planteada no es correcta por motivos de mala interpretación, que en este caso en concreto es puramente constitucional, lo que torna a este capítulo en base fundamental del problema y de la tesis aquí planteada, que en gran medida se deriva de una errónea interpretación de las normas constitucionales.

3.1 Interpretación literal o gramatical

Esto es, asignar a las palabras empleadas en las normas constitucionales su significado exacto que dichos vocablos tienen en el lenguaje ordinario, y asignar su sentido natural u obvio. El criterio gramatical presupone que ningún elemento en la norma carece de significado, pero puede suceder, como es natural, que la Constitución no contenga normas desarrolladas, por lo que la interpretación literal no es suficiente para interpretar un texto breve como por ejemplo cuando la Constitución en su artículo 35 número 3 habla de la “intangibilidad”, sabemos que es lo intangible pero no cuál es el alcance de la norma, lo cual nos induciría a error si es que interpretamos utilizando este método. Las críticas a este método de interpretación se fundamenta en su aparente simplicidad, pues la riqueza en la actividad humana y sus resultados no pueden ser conocidas a través de una sola manera como ya lo ejemplificamos⁵⁴.

⁵⁴ Vladimiro NARANJO MESA, “*Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*”, ed. Temis, séptima edición, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 411

3.2 Interpretación sistemática

Esto es, considerar a la Constitución como un todo, ya que la Constitución es un cuerpo normativo ordenado, completo, sin contradicciones, por lo que si se quiere un ordenamiento jurídico “sistémico” la Constitución también debe serlo. Se parte de la base de que la Constitución recoge los principios generales de la sociedad en la cual la Constitución va a tener aplicación, y al cual deben cometerse las normas de inferir jerarquía, a fin de obtener un sistema jurídico coherente que le permita al interprete determinar cada situación conforme el sistema jurídico impuesto por el constituyente en caso de la interpretación constitucional⁵⁵.

Este método tiene dos funciones, que son por un lado interpretar al ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, e interpretar a la Constitución conforme a ella misma. El Tribunal Constitucional ecuatoriano ha determinado: “*La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas, debe interpretarse de forma tal que exista correspondencia y armonía entre ellos. Excluir la interpretación que conduzca a anular o privar de eficiencia algunos de sus preceptos*”. Así se traslada la interpretación tradicional a la Constitución como principio de unidad de la Constitución. De este modo si un acto normativo viola normas constitucionales o Derechos Fundamentales, la vía no es amparo determinado en el artículo 95 de la Constitución, sino acción inconstitucionalidad determinado en el artículo 276 número 1 de la Constitución ecuatoriana, por ejemplo.

Pero no solo que la Constitución tiene que interpretarse como un todo, sino que como ya lo hemos manifestado, la Constitución es la base fundamental del ordenamiento jurídico estatal, en donde se tiene que prevenir el contenido de normas futuras que estén subordinadas

⁵⁵ Vladimiro NARANJO MESA, “*Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*”, op., cit., p. 413

a la norma suprema. Es así que se deben tomar en cuenta en este método no solo principios de interpretación de la propia Constitución, sino también principios de interpretación de todo el ordenamiento jurídico, es decir, principios de interpretación de los diferentes actos normativos que emanan de la Constitución para evitar irregularidades en el ordenamiento jurídico, ya que, a partir de dicho sistema existe todo un conjunto de normas coherentes y sistemáticas que deberán obedecer a principios generales de Derecho que a continuación explicaremos, y que servirán para interpretar normas infra constitucionales para mantener la armonía de cualquier sistema jurídico.

3.2.1 Principio de competencia

El principio de competencia, debe ser entendido “(...) como el conjunto de materias que una norma determinada está llamada a regular por expreso mandamiento de otra que goza de jerarquía superior”⁵⁶. En este caso específico, si la Constitución, como norma suprema, determina por ejemplo, que el Presidente de la República regule el número de ministerios competencias y denominación⁵⁷, en normas expedidas en ejercicio de esa potestad, una ley no podría prescribir otros parámetros para regular la integración de la Función Ejecutiva. En dicho ejemplo, la ley será inconstitucional, por violar una potestad que el mismo Código Político ha atribuido al Presidente de la República.

Este principio que aparece en la reforma y codificación constitucional de 1998, y se lo aplica en la solución en caso de conflicto normativo, incluso entre normas de distinta

⁵⁶ Adrián Roberto LOVATO GUTIÉRREZ, *Ley Orgánica en la Constitución Ecuatoriana y en el Derecho Comparado*, op., cit., p. 106

⁵⁷ El artículo 176 de la Constitución Política del Ecuador determina:

“Los ministros de Estado serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y lo representarán en los asuntos propios del ministerio a su cargo. Serán responsables por los actos y contratos que realicen en el ejercicio de esa representación.

El número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia, serán determinados por el Presidente de la República.”

jerarquía, como se va a explicar. Hay que tener en cuenta que en caso de conflicto entre leyes orgánicas, ordinarias y materias excluidas de la ley como son los reglamentos ya referidos, el punto de solución se encuentra en la aplicación del principio de competencia, que se halla íntimamente ligado a la reserva máxima de ley orgánica, mínima de ley ordinaria y de exclusión legislativa en caso de ciertas materias asignadas en la Constitución ecuatoriana, como ya nos hemos referido anteriormente. Es por lo tanto que en función de este principio, la solución a problemas de antinomia normativa no se encuentra en la aplicación del principio de especialidad, ni tampoco en la aplicación del principio de jerarquía⁵⁸.

Si la Constitución manda que determinadas materias sean reguladas por medio de normas de carácter orgánico la ley ordinaria no podría invadir dicho campo ya que es de exclusiva competencia de la norma orgánica. En definitiva, a través del principio de competencia, en caso de conflicto entre normas contenidas en leyes orgánicas y ordinarias en materias determinadas por la Constitución como de carácter ordinario, las leyes de carácter ordinario priman sobre las orgánicas en dichas áreas. Según este principio la ley orgánica es una ley como cualquier precepto legal,⁵⁹ y su primacía no se obtiene por otorgarle a aquella el carácter de suprallegal, que en este caso no lo tiene, sino por la competencia exclusiva respecto de las materias que el Código Político señala.

A pesar de que en el Ecuador, el constituyente en apariencia pretende otorgar a la ley orgánica una jerarquía superior respecto de la ley ordinaria, ello no quiere decir, como ya se señaló, que siempre que se presente un conflicto entre esas normas deba aplicarse el principio jerárquico, caso que se produce en el evento que la ley orgánica regule materias no reservadas por el artículo 142 de la Constitución a preceptos orgánicos. Este predicamento podría llevar a

⁵⁸ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, op., cit., p. 90-92

⁵⁹ Las leyes orgánicas provienen del mismo órgano legislativo, en uso de sus atribuciones ordinarias, no de un órgano especial o con atribuciones especiales como, por ejemplo, al ejercerse el poder constituyente,

dos situaciones distintas: el primero sería inaplicar la ley orgánica por vulnerar el inciso final del artículo 142, esto es, excederse del dominio máximo legal orgánico y, la segunda, estimar que los preceptos de esa ley orgánica extralimitada no sean inconstitucionales por sí mismos sino su jerarquización, esto es, considerar que sus contenidos, en verdad, son ordinarios y aplicar, por ende, los principios de especialidad o de *lex posteriori*, según corresponda⁶⁰.

Para ello, lo primero que se debe aplicar es el principio de competencia, es decir, comprobar si lo normado se encuentra dentro de la reserva de ley orgánica u ordinaria, o dentro de la exclusión legislativa, evento en el cual, no cabe duda que primaría sobre la ley ordinaria u ordinaria o sobre una materia excluida de la ley (por competencia y no necesariamente por jerarquía, pues un precepto ordinario no puede invadir la reserva orgánica, ni viceversa). Pero si la ley orgánica está fuera de la reserva, no podría primar por sobre la ordinaria, ni siquiera argumentando su declarada jerarquía superior, aunque se debe reiterar las dos soluciones posibles: estimar inconstitucional el precepto orgánico extralimitado y, por tanto, no aplicarlo, o bien considerar la inconstitucionalidad de la jerarquización y, por ende, aplicarlo como norma ordinaria y determinar la solución por el principio de especialidad. Ambas opciones no son excluyentes sino distintas. Así, en los casos concretos que conocen los jueces, éstos sólo podrían inaplicar el precepto y no la jerarquización (artículo 274 de la Constitución ecuatoriana), mientras que el Tribunal Constitucional, en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución, que lo analizaremos más adelante, podrían salvar la constitucionalidad del cuerpo normativo declarando la inconstitucionalidad sólo de la categorización como norma orgánica, con lo que retomaría su verdadera naturaleza de ley ordinaria⁶¹.

⁶⁰ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, op., cit., p. 90-92

⁶¹ Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, ibidem.

3.2.2 Principio de jerarquía

Este principio fundamentalmente determina que una norma superior prevalece sobre una de rango inferior. En el Ecuador evidentemente existe la aplicación de dicho principio general de Derecho, lo que sucede es que si la solución de antinomias normativas no se encuentra en el principio de competencia antes mencionado, debemos acudir a este principio para solucionar problemas de antinomias normativas. Evidentemente en caso de contradicción entre la Constitución y una ley orgánica u ordinaria, en función del principio de jerarquía se aplicará la Constitución; así mismo en caso de antinomias normativas entre leyes y reglamentos de aplicación o ejecución, se aplicará la ley. Es decir, dicho principio recogido en la Constitución ecuatoriana en su artículo 272 segundo inciso determina: *“Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, aplicando la norma jerárquicamente superior.”*, lo cual hace que en el sistema jurídico ecuatoriano sí se aplique el principio de jerarquía, pero evidentemente limitado en tanto y en cuanto no interfiera en la aplicación del principio de competencia antes referido.

3.2.3 Principio de especialidad

Se debe tener presente que una cosa es que existan leyes orgánicas y ordinarias, y otra que las normas en ellas contenidas puedan ser generales o especiales. Así, existen leyes ordinarias que son generales, como el Código Civil, y leyes ordinarias que son especiales, como la Ley de Inquilinato. Del mismo modo, una ley orgánica puede ser especial frente a otra norma orgánica, como ocurre entre normas contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; o la Ley de

Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito respecto de la Ley de Régimen Municipal, ambas calificadas de orgánicas, siendo la primera especial frente a la segunda. Ahora claro, insisto en que es imposible alegar que una ley ordinaria prevalece sobre una orgánica a título de ley especial, no solo por su diferente gradación normativa, sino por las reservas legales que determinan el principio de competencia. Lo dicho no quiere decir que, como se verá, todo conflicto entre preceptos orgánicos y ordinarios deba ser resuelto a favor de los primeros⁶².

3.3. Interpretación teleológica o finalista

Se fundamenta en atender a la finalidad que persigue la norma, esto se traslada también a la interpretación constitucional⁶³. Hay que tener en cuenta que la Constitución limitar el poder del Estado y protege los derechos fundamentales, esa es la finalidad del constitucionalismo. Así mismo, también tiene que ver con el contenido esencial de los derechos fundamentales - núcleo esencial- por lo que al interpretar la Constitución no se debe variar el contenido del derecho. En este sentido, por ejemplo, en el caso D'Hondt el Tribunal Constitucional ecuatoriano en el caso 025-2003-TC vacía de contenido el artículo 99 de la Constitución. En el voto salvado por el contrario se determina lo siguiente:

“DÉCIMO SEXTO.- Que, en definitiva, el método D'Hondt cumple los condicionamientos señalados en el artículo 99 de la Constitución: corresponde a un sistema de representación proporcional y es aplicable al sistema de lista abierta, que, como lo señala la doctrina, tiene ventajas y desventajas, como todas las fórmulas de adjudicación de puestos, lo que no es posible calificar en sede jurisdiccional constitucional, pues a esta Magistratura le corresponde fallar en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos impugnados y no en relación a la conveniencia o inconveniencia de un sistema determinado;

DÉCIMO SÉPTIMO.- Que, para mayor abundamiento, un fallo de esta Magistratura no podría tender al rompimiento del principio de

⁶² Rafael OYARTE MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, op., cit., p. 90

⁶³ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, ed. Marcial Pons, séptima edición, Madrid, 2000, p. 143

representación proporcional de minorías, eliminando el método D'Hondt, fundamentalmente porque no tiene competencia para reemplazarlo por otro, al no actuar como legislador positivo;”

El núcleo esencial de un derecho permite identificar al derecho en su sentido principal, es decir ese y no otro permitiendo su ejercicio legítimo y pleno. Por ejemplo si digo que los propietarios de ciertos bienes no puedan venderlos, mi derecho de propiedad se desfigura y se transforma en usufructo, y si no pueden gozarlos pero si venderlos se transforman en nudos propietarios.

3.4. Interpretación histórica

En este método se considera el origen de la norma, su historia fidedigna y el establecimiento de la norma como tal, por lo que se tiene que tomar en cuenta lo que quiso el constituyente al establecer una norma acudiendo a actas de la Constituyente y actas de la legislatura (poder constituyente derivado)⁶⁴. Pero se tienen limitaciones, ya que si la norma fue aprobada por consulta popular, no se sabe que es lo que se quiso decir en dicha norma, además, la interpretación constitucional no puede ser estática por que las circunstancias cuando se aprobó la norma pueden ser otras que cuando se apliquen.

Todos estos métodos descritos, si bien son aplicables a la interpretación constitucional, no son suficientes, ya que pueden haber ocasiones en las cuales nos veamos limitados para la interpretación de dichas normas. La diferencia entre la interpretación de la Constitución y la ley no reside en que las reglas de interpretación de estas últimas no valen para la primera, sino que tales reglas son condición necesaria y suficiente para la interpretación de la ley, en tanto que son condición necesaria pero no suficiente para la interpretación de la Constitución, pero

⁶⁴ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, ibídem.

son condición necesaria en tanto dichas reglas tiene que ser tomadas en cuenta a la hora de interpretar la Constitución⁶⁵. Así por ejemplo el artículo 247 inciso segundo de la Constitución al referirse de los recursos naturales determina: “*Estos serán explotados en función de los intereses nacionales*”, lo cual nos deja en una situación muy limitada ya que no sabemos a lo que se quería referir el constituyente cuando nos habla de intereses nacionales⁶⁶.

Los cuatro métodos analizados no tienen por qué conducirnos a resultados interpretativos distintos, aunque puede ocurrir que así sea. Obviamente la interpretación más segura es aquella que las cuatro reglas nos conducen al mismo resultado, pero es frecuente que las reglas o métodos no coincidan en los resultados y que haya que optar por una de ellas. En tal caso entre las reglas antes descritas no hay preferencia ya que cualquiera de ellas es igualmente válida para fundamentar una interpretación. Entonces ¿cómo es posible interpretar a partir de las reglas tradicionales estos preceptos? Hay operaciones de interpretación de la Constitución para las cuales las reglas tradicionales de interpretación son suficientes, pero para las que no, es necesario diseñar un método específico, que es lo que ha intentado la teoría constitucional con el método tópico que a continuación lo estudiaremos⁶⁷.

3.5. Método tópico

Mediante este método de interpretación se analiza la respuesta legislativa al problema que enfrenta la sociedad. La sociedad soluciona sus problemas con libertad casi total, y los únicos límites auto impuestos son los determinados en la Constitución -límites extremos- caso contrario se maniatra la sociedad frente al cambio. La interpretación constitucional es una

⁶⁵ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, ibídem.

⁶⁶ De este modo se podría interpretar que se debe explotar más para si beneficiarse de los recursos económicos producto de esa actividad o explotar menos y así mantener las reservas de hidrocarburos para las futuras generaciones.

⁶⁷ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, op., cit., p. 143-145

interpretación de límites, por lo que el legislador le corresponde hacer la norma, mientras que al Tribunal Constitucional le corresponde considerar si el legislador se ha quedado dentro de límites que él considera. Pero el límite del legislador es diferente al del Tribunal Constitucional ya que para el Tribunal Constitucional la Constitución es solo límite, no crea Derecho, nada más impide que se cree derecho anticonstitucional⁶⁸.

Es por lo dicho que la interpretación del Congreso Nacional es diferente a la del Tribunal Constitucional, ya que la una es positiva por parte del legislador -interpretación política que se orienta a solucionar problemas creando derecho- mientras que la que realiza el Tribunal Constitucional es negativa ya que dicha interpretación jurídica no busca soluciones a problemas sino que evita que se den soluciones que no se deben dar, por ejemplo la delincuencia, en donde la pena de muerte podría ser la solución, pero ocurre que esa solución está prohibida por la Constitución⁶⁹.

Es por lo dicho que el legislador debe auto limitarse al crear derecho, su interpretación política debe ser correcta jurídicamente. Mientras que el Tribunal Constitucional debe auto limitarse al revisar la interpretación del legislador y no reducir indebidamente el margen de interpretación política del legislador. Si el Tribunal Constitucional no se auto limita, bloquea el sistema político dejando sin respuesta a la sociedad y sus problemas. Es por lo dicho que se emplea o se debe emplear el método tópico ya que dicho método reconoce la legitimidad política y democrática del legislador como primer orden en la interpretación constitucional y sus normas, ya que el Derecho debe ser límite a la política, pero sólo límite y no reducir la política al Derecho -someterse pero no reducirse-. Esto hace posible un mínimo de seguridad no un máximo de seguridad -camisa de fuerza- por ello la interpretación constitucional es

⁶⁸ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 146-151

⁶⁹ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, ibídem

imprecisa frente a la interpretación jurídica, eso se da por la naturaleza de la Constitución. El método tópico se define por una serie de principios de interpretación constitucional por el que se busca un poco más de seguridad en el proceso racional de interpretación en función de sus principios de interpretación⁷⁰.

3.5.1. Principio de unidad de la Constitución

Este principio propuesto por Konrad HESSE quiere decir que la Constitución no se puede interpretar aisladamente, debe considerarse como un conjunto por lo que al interpretarla no sólo se debe acudir a una disposición constitucional sino que debe tener en cuenta todas las normas que tengan relación con el asunto a dilucidar⁷¹. Así por ejemplo el ejemplo el artículo 141 número 1 versus el artículo 18 inciso cuarto de la Constitución ecuatoriana, o también en el caso que es motivo de nuestro estudio, la potestad reglamentaria de ciertas materias determinadas en la propia Constitución vs. el dominio mínimo legal de ley ordinaria, en donde si no se aplica este principio enunciado, de la interpretación literal del artículo 140 de la Constitución se podría llegar a la errónea interpretación de que el legislador en uso de su facultad determina como norma generalmente obligatoria de interés común la creación y supresión de ministerios por medio de ley, lo cual no podría hacerlo en función de lo prescrito el artículo 176 último inciso, en concordancia con el artículo 171 número 9 de la Constitución ecuatoriana.

3.5.2. Principio de concordancia práctica

⁷⁰ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, ibídem

⁷¹ Vladimiro NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, op., cit., p. 408

Con este principio se pretende optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Es decir, en principio existe conexión entre bienes jurídicos protegidos por lo que si se contradicen, este principio nos da una pauta de interpretación adecuada, esto es, valorando en cada caso el derecho o bien protegido vulnerado, por ejemplo la honra e intimidad personal versus la libre expresión, en este caso por ejemplo si el Presidente de la República está en situaciones comprometedoras con una mujer y la prensa lo saca a relucir, no habría lesión a su derecho a la intimidad y honra, puesto que, no es lo mismo que una persona común y corriente cometa el mismo hecho y que la prensa lo divulgue, ya que en este último caso si se ataría afectando su derecho a la honra e intimidad, mientras que en el primer caso no por lo que prevalecería el derecho a la libertad de expresión. Es por lo dicho que se debe ponderar los valores en conflicto, salvo que la Constitución les dé prevalencia como por ejemplo en el artículo 48 de la Constitución en donde se da preferencia al derecho de los niños sobre los demás⁷².

3.5.3. Principio de eficacia integradora

Consiste tener en cuenta que uno de los propósitos fundamentales de una Constitución es la de buscar la unidad política del Estado todos sus elementos constitutivos. En este sentido, al interpretar una norma orgánica (función del Estado por medio de instituciones) se debe tomar en cuenta su colaboración para realizar los fines del Estado. Así por ejemplo el artículo 181 número 6 vs. los artículos 16, 17 y 23 de la Constitución ecuatoriana, por ello el hábeas corpus no se suspende en estado de emergencia⁷³.

3.5.4. Principio de fuerza normativa de la Constitución

⁷² Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, op., cit., p. 150

⁷³ Vladimiro NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, op., cit., p. 408

Aunque la interpretación de la Constitución pueda ser muy flexible, la Constitución es norma jurídica y no puede acabar perdiendo por la vía de la interpretación de la fuerza normativa ya que la Constitución fundamentalmente es límite, pero tiene que continuar siéndolo, principalmente de aplicación directa como lo prescriben los artículos 273 y 18 inciso tercero de la Constitución⁷⁴.

3.5.4. Principio de adaptación a las circunstancias

Esto es, que el intérprete al resolver un caso concreto debe buscar las normas la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizar la interpretación. Ello se da más con Constituciones breves y de larga duración como por ejemplo la Americana de 1787. Lo dicho se torna un poco más complicado cuando nos referimos a constituciones nuevas y además desarrolladas en donde no se encuentra mucho margen de interpretación, causando que dichas constituciones caigan en lo que SARTORI denomina *décalage*, que es el desfase que aparece a medida que la constitución envejece, a diferencia en el que la falta de adaptación afecta, por el contrario, también a constituciones recién nacidas⁷⁵. Cuando no existe esta coincidencia entre la norma y la realidad, se produce, entre otros fenómenos, su desgaste. Esta pérdida de conciencia constitucional nos puede llevar a la consecuencia de que, si se encuentra afectada gravemente, importa un grave escollo para alcanzar la más trascendente de las finalidades de la Constitución y, en general, del constitucionalismo, la limitación del poder.⁷⁶ Sin conciencia constitucional la

⁷⁴ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, op., cit., p. 150

⁷⁵ Giovanni SARTORI, *Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 23.

⁷⁶ Miguel Angel FERNÁNDEZ, "La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N°3, Santiago, Pontificia Universidad Católica, 1992, p. 465.

Carta Política no logra lo señalado por José Luis CEA EGAÑA: no es ni cumplida, ni venerada y tampoco perdurable.⁷⁷

La falta de adaptación del Texto Fundamental se produce cuando la Constitución que se ha dictado no responde a la realidad de la sociedad política en la que pretende regir. Como dice Germán BIDART CAMPOS, "tradiciones, costumbres, vigencias sociales, han de orientar la labor del poder constituyente, porque las constituciones se hacen para los pueblos, y no los pueblos para las constituciones".⁷⁸ Este es el caso de las Constituciones de algunos países del tercer mundo, "en algunos de los cuales, bajo la apariencia de una aproximación a la forma ideal del régimen burgués de derecho, se esconden los rasgos del autoritarismo, la violencia y la ausencia de una legitimación capaz de imponerse como consensual a la mayoría de la sociedad",⁷⁹ lo que ha ocasionado que "la existencia hoy de una constitución escrita no implica, en absoluto, *ipso facto* una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder".⁸⁰

⁷⁷ Ello es demostrado en el Ecuador no sólo por los continuos cambios de Constitución -dieciocho- y reformas constitucionales, sino también por su continuo desconocimiento por parte de los órganos del poder público.

⁷⁸ Germán BIDART CAMPOS, *Derecho Político*, 4a. ed., Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1972, p. 524-525. Este autor llega al extremo de señalar que dichos factores sociales incorporados a la Constitución argentina "configuran principios pétreos que no pueden alterarse sin quebrar el orden constitucional básico". Nosotros creemos que, si bien es cierto que una Constitución debe respetar la idiosincrasia del pueblo al que rige, no se configura por ello en una disposición intangible o limitación implícita, sino que el desconocimiento de tales factores afectaría a la conciencia constitucional, pero no al extremos de configurar una limitación al poder constituyente.

⁷⁹ Alvaro ECHEVERRI URUBURU, *Teoría Constitucional y Ciencia Política*, p. 194. Cfr. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 164-210, señala que como los Estados al momento de darse un Constitución se encuentran en diversos grados de desarrollo, y sus individualidades nacionales muy diferenciadas, es difícil darse un modelo de Constitución aplicable a todos; pero, por el contrario, es muy difícil encontrar Constituciones originales, la mayoría son "derivativas o derivadas": se aprecian las características de otras Cartas Políticas y se adaptan a sus realidades nacionales. En el mismo sentido, Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 516-517.

⁸⁰ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 213. Fabián CORRAL., "La reestructuración constitucional", en Ruptura, N°37, tomo II, Quito, PUCE, 1994, p. 25-26, señala esta falta de adaptación con la realidad social en las diversas Constituciones ecuatorianas, y específicamente la desadaptación de origen de la Constitución de 1978-79, a la cual señala como "el ejemplo extremo de la teoría política aplicada en abstracto a una sociedad. Probablemente, el esquema constitucional allí contenido es el que más se aleja de los datos de la realidad". Las causas de la señalada desadaptación, según este autor, han sido: la consideración a las coyunturales necesidades políticas, el inmediatismo electoral de las fuerzas políticas, la expedición de la Constitución como un acto político meramente formal, tomo ello por una visión "exclusivamente técnica del hecho político y de los fenómenos sociales", lo cual, añade, ha sido históricamente testificado por la "evidente falta de continuidad entre la sociedad real y el ideal expresado en las diversas cartas políticas". Del mismo modo, Galo PLAZA LASSO, "*La opción democrática en el Ecuador 1830-1980, en Política y Sociedad, Ecuador: 1830-1980*", Quito, Corporación Editora Nacional, 1980, p. 55-56, manifiesta la falta de adaptación de origen de las distintas Constituciones ecuatorianas al contener "enunciados y directivas muy por encima del nivel de la cultura cívica del pueblo", sin constituir una "legislación básica aplicable a nuestra realidad". Adicionalmente estos textos constitucionales se presentaban incapaces de resolver problemas "dentro del marco constitucional", o que incluían en el texto fundamental normas "dirigidas a solucionar problemas políticos del momento".

Este principio de interpretación no significa fraude a la Constitución ya que simplemente lo que se está realizando es una interpretación que adecue la norma suprema a la realidad. En este sentido se podemos evidenciar cuando la interpretación de la Constitución es fraude, como por ejemplo en el Ecuador cuando se ha tratado como forma de destitución a la cesación del cargo de Presidente de la República por parte del Congreso Nacional, interpretando inadecuadamente el artículo 167 del Código Político ecuatoriano⁸¹.

4. CONCLUSIONES

1. El Estado en función de su potestad normativa a través de sus órganos competentes determinados en el Código Político, dicta actos normativos que pueden ser leyes orgánicas y ordinarias en función de las reservas normativas asignadas por la propia Constitución al Congreso Nacional, así también dicta reglamentos excluidos del conocimiento de la ley en virtud de lo determinado en los artículos 171, número 9, 211, 160 y 263 de la Constitución y reglamentos de ejecución de la ley en virtud de lo determinado en el artículo 171 número 5 de la Constitución.
2. No existe diferencia jerárquica entre leyes orgánicas ni leyes ordinarias ya que ambas son leyes y su diferencia radica en la competencia material asignada a cada una de ellas. Ni la ley ordinaria se deriva de la ley orgánica, ni la ley orgánica se crea conforme a la ley ordinaria. Por ello en caso de conflicto entre este tipo de normas, la solución la encontramos aplicando el principio de competencia en virtud de las materias asignadas a cada tipo de norma.

⁸¹ Vladimiro NARANJO MESA, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, op., cit., p. 409

3. Lo mismo ocurre con ciertas normas reglamentarias ya determinadas y excluidas de la ley por la propia Constitución, puesto que dichas normas reglamentarias se crean y se fundamentan en la propia Constitución y no en normas de menor jerarquía, como las leyes, por lo que si materialmente una ley invade la materia reservada constitucionalmente al reglamento, dicha ley devendría en inconstitucional ya que dicha materia ha sido excluida de su desarrollo mediante norma de rango legal, por expresa disposición del Código Político.

4. El principio de jerarquía es aplicable a aquellas normas reglamentarias que se crean y fundamentan en la ley, es decir, en los reglamentos ejecutivos y delegados cuyo contenido es contrario al de la ley, mas no en la solución de antinomias normativas entre ley orgánica ni ordinaria, ni en materias excluidas del conocimiento de la ley como en los casos aquí mencionados.

5. Por último, cabe expresar que el principio de especialidad al igual que el de norma posteriori si se aplican, pero, entre normas del mismo rango jerárquico que regulan materias dentro del mismo de ámbito de competencia material.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. Álvarez Conde, Enrique. “Curso de Derecho Constitucional” Volumen I. Tercera Edición. Editorial Tecnos. Madrid. 1999.
2. Andrade Ubidia, Santiago, et. al., (editores). “La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano”, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
3. Anzola Gil, Marcela y Gaspar Caballero Sierra. “Teoría Constitucional” Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1995.
4. Bascuñán Rodríguez, Antonio. “El Principio de la Distribución de Competencia como criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicas”, en Revista Chilena de Derecho, número especial, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.
5. Bidart Campos, Germán, “Derecho Político”, 4ª. ed., Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1972.
6. Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Introducción al Derecho Constitucional Comparado”, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
7. Bobbio, Norberto. “Teoría General del Derecho”. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1997.
8. Borja y Borja, Ramiro. “Teoría General del Derecho Administrativo”, 2ª ed., Quito. Pudeleco. 1995.
9. Cea Egaña, Jose Luis, “Aproximación a la Conciencia Constitucional Chilena, en Revista Chilena de Derecho”, vol. 16, No. 2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1989.
 -“Bases de Ciencia Política y Derecho Constitucional”, 2ª. ed., Santiago-Chile, s.e., 1981.
 -“Derecho Público, sociedad y Estado, en Revista Chilena de Derecho”, vol. 16, No. 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1989.
 -“Lecciones y Cuestionarios sobre Teoría Política y Constitucional”, II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
 -“Revisión de la Teoría Constitucional”, en Revista de Derecho, vol. III, 1992
10. Díez, Manuel María. “Derecho Administrativo”, II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965.
11. Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”. Editorial Ciencia y Cultura. Argentina. 2001.
 -“El Procedimiento Administrativo”. Editorial Ciencia y Cultura. Argentina. 1999.
12. Echeverri Uruburu, Alvaro, Teoría Constitucional y Ciencia Política, 4ª. ed., Bogotá, Temis, 1990.
13. Escuin Palop, Vicente. “Elementos de Derecho Público”, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1999.
14. Escola, Héctor Jorge. “El Interés Público: como fundamento del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Desalma, 1989.
15. Fernández, Miguel Angel, “La Conciencia Constitucional y su Aplicación al caso Chileno”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 19, No. 3, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992.
16. Fernández Segado, Francisco, “La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional, en Revista de Legislación y Jurisprudencia”, p. 41-65.
17. Friedrich, Carl, “Gobierno Constitucional y Democracia”, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
18. García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomas Ramón. “Curso de Derecho Administrativo” Tomo I y II. Editorial Civitas. Décima edición. Madrid. 2001.

19. García Oviedo. "Derecho Administrativo". 7ma ed. Revisada por Martínez Useros. Murcia. 1959.
20. García-Pelayo, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", 5ª. ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1959.
21. García-Trevijano Fos, José Antonio. "Los Actos Administrativos", 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991.
22. Garrido Falla, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo", 6ta ed., Volumen I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973.
23. Granja Galindo, Nicolás. "Fundamentos de Derecho Administrativo", Quito, Editorial Universitaria, 1992.
24. Jaramillo Ordóñez, Herman. "La Justicia Administrativa", Loja, s.e., 2003.
25. Jellinek. "Sistema dei ditrittippubblici subbietivi". Trad. Italiana. 1912.
26. Jéze, Gastón. "Los Principios Generales del Derecho Administrativo". Trad. Esp. Vol. II, Buenos Aires. 1949.
27. Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho", decimoséptima ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981.
28. Loewenstein, Karl, "Teoría de la Constitución", 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1976.
29. Mouchet, Carlos. "Introducción al Derecho". Editorial Perrot. Duodécima edición. Buenos Aires.
30. Naranjo Mesa, Vladimiro. "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas" Séptima edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1997.
31. Nino, Carlos Santiago. "Introducción al Análisis del Derecho". Editorial Ariel. 8va edición. Buenos Aires. 1997.
32. Oyarte Martínez, Rafael. "Curso de Derecho Constitucional Tomo II", Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2005.
 - "La Ley Orgánica en la Constitución Ecuatoriana y en el Derecho Comparado", en Revista de la Facultad de Jurisprudencia, N° 1, Quito, PUCE, 1999.
 - "La Determinación del Dominio Legal en la Constitución Reformada", Quito, texto inédito, 2003.
 - "La Supremacía Constitucional", en libro de Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Tribunal Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Quito, 1999.
 - "La protección de los derechos fundamentales en el sistema jurídico". Ruptura, Revista Jurídica. N° 44. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2001.
33. Plaza Lasso, Galo, "La Opción Democrática en el Ecuador 1830-1980", en Política y Sociedad, Ecuador: 1830-1980, Quito, Corporación Editora Nacional, 1980.
34. Pereira Menaut, Antonio Carlos, "En Defensa de la Constitución", Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1986.
35. Pérez Royo, Javier. "Curso de Derecho Constitucional". Editorial Marcial Pons. Séptima edición. Madrid. 2000.
36. Romano, Santi. "Corso di Diritto amministrativo". 3ra ed. Italia. 1937.
37. Salgado Pesantes, Hernán, "Lecciones de Derecho Constitucional", Quito, AED, 1996.
38. Sartori, Giovanni, "Elementos de Teoría Política", Madrid, Alianza Editorial, 1992
39. Secaira Durango, Patricio. "Curso Breve de Derecho Administrativo", Quito, Editorial Universitaria, 2004.
40. Zavala Egas, Jorge. "Derecho Constitucional". Editorial Edino. Tomo I y II. Guayaquil. 1999.
 - "Introducción al Derecho Administrativo", Guayaquil, Edino, 2003.

-“El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en el ordenamiento jurídico”. CLD. Quito. 1995.