

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede-Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo  
ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008

Sebastián Espinosa Velasco

2010

*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 su aprobación.*

*Sebastián Espinosa Velasco  
24-08-2010*

Universidad Andina Simón

Sede-Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo  
ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008

Sebastián Espinosa Velasco

2010

Tutor: Marco Morales Tobar

Quito

## RESUMEN

El presente trabajo académico se propone auscultar el alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución de 2008. Para el efecto, se remonta a los antecedentes que precedieron la implantación del Estado Constitucional de Derechos y Justicia y los componentes que han pretendido modular su fisonomía. Profundiza sobre el principio de aplicación directa de las garantías fundamentales y la obligación de los jueces y funcionarios públicos de garantizar su vigencia.

En el segundo capítulo, se aborda el principio de legalidad y su proyección en la doctrina, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, poniéndose énfasis en el estudio de las potestades administrativas y las notas características que las clasifican en regladas o discrecionales, así como sus formas de control. Como colofón a este capítulo, se explora la vinculación de dicho principio, con los del debido proceso y seguridad jurídica.

El tercer capítulo encara el conflicto entre los principios constitucionales de legalidad y aplicación directa de la Norma Fundamental, así como la facultad de los operadores jurídicos de ponderar su vigencia. Se detiene en el análisis del surgimiento irremediable de la pugna entre la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional por la convivencia de jurisdicciones y la facultad revisora del máximo órgano de control constitucional. Del mismo modo se proponen mecanismos para armonizar la aplicación de ambos principios en el marco de las competencias de los operadores jurídicos, llegando a su desenlace mediante planteamiento de conclusiones.

*Dedicatoria:*

*A mi familia y a Maríagaby por el cariño y empuje de siempre.*

## **TABLA DE CONTENIDOS**

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPITULO I: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA .....</b>	<b>8</b>
1.1 El alcance de la implantación de un Estado constitucional de Derechos y Justicia .....	8
1.2 La aplicación directa de las garantías fundamentales. ....	25
1.3 La obligación de los jueces y los funcionarios públicos de garantizar la aplicación directa de la Constitución.....	33
<b>CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: APUNTES NORMATIVOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES .....</b>	<b>48</b>
2.1 Las potestades de la Administración.....	48
2.2 Las potestades regladas .....	65
2.3 Las potestades discrecionales.....	68
2.3.1 El control de la discrecionalidad administrativa .....	72
2.4 El principio de legalidad y su vinculación con los principios del debido proceso y seguridad jurídica.....	77
<b>CAPITULO III: LA TENSION ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>87</b>
3.1 Conflicto entre dos principios reconocidos constitucionalmente.....	87
3.2 La ponderación de los operadores jurídicos.....	96
3.3 El surgimiento de un conflicto .....	102
3.4 La pugna entre la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional a propósito de este conflicto de principios. ....	108
3.5 Mecanismos para armonizar la aplicación de ambos principios en el marco de las competencias de los operadores jurídicos. ....	118
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>129</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>133</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>135</b>

## INTRODUCCIÓN

La expedición de la nueva Constitución de la República del Ecuador en octubre de 2008, planteó nuevos paradigmas en el ordenamiento jurídico nacional, desarrollando con mayor dedicación la vigencia y aplicación directa de los derechos fundamentales, lo que involucra la obligación esencial de los administradores públicos a respetar y ejecutar este principio. Correlativamente la proclamación del Ecuador como un Estado de Derechos y Justicia presupone que la finalidad última y fundamento de la existencia del propio Estado radica en la garantía de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, los cimientos que sustentan la visión formalista y clásica del Estado de Derecho como una organización objetiva, regida por un ordenamiento jurídico ante el cual deben subordinarse todas las instituciones y ciudadanos de tal organización jurídico- política, se ha debilitado, cuestionándose con mayor profundidad, la robustez del principio de legalidad, piedra angular del sistema administrativo, de la creación de la institucionalidad estatal y en general, de todo el obrar de quienes ejercen el poder público.

Paralelamente no puede soslayarse el raigambre histórico del principio de legalidad como el fundamento del obrar de la Administración Pública y sustento ineludible de la edificación sobre la que se construye la teoría del Estado de Derecho. Partiendo de la premisa de que la norma jurídica crea las instituciones y dota de competencias a los órganos que ejercen potestades públicas, en un nuevo marco constitucional que transversalmente privilegia la aplicación de garantías fundamentales, tomando como eje de todo acción estatal la persona humana, es evidente que el horizonte del ejercicio de las actividades del Estado, no se circunscribe exclusivamente a los espacios regulados por la norma.

En ese sentido, la concepción absoluta que consagra a la norma como principio y límite de la actividad estatal, así como de la delimitación de los derechos de las personas frente a las potestades públicas, exige que dentro de los nuevos paradigmas constitucionales, se emprenda una reflexión destinada a vislumbrar el alcance del principio de legalidad bajo estos nuevos

parámetros, a fin de que por un lado, se propongan mecanismos legales que logren salvaguardar en la práctica, la inmediata vigencia de las garantías fundamentales en sede administrativa, y, por el otro, se planteen limitaciones al sacrificio del principio de legalidad cuando su inexistencia o inaplicación riña con la permanencia de una garantía fundamental, previniendo al máximo que el obrar administrativo se vea desprovisto de diques que contengan el actuaciones arbitrarias por parte del poder público.

## **CAPÍTULO I**

### **EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA**

#### **1.1 El alcance de la implantación de un Estado constitucional de Derechos y Justicia**

El sostenido proceso de desinstitucionalización de nuestra incipiente estructura estatal, acelerado desde el derrocamiento del presidente Abdalá Bucaram en 1997 e intensificado en los posteriores gobiernos, imposibilitados de concluir su mandato, produjo el surgimiento de una corriente política de ruptura que consecuente con la convulsionada historia de la república, posicionó como panacea de los profundos e irresolubles conflictos de gobernabilidad de nuestro país, la instauración de una Asamblea Constituyente, para la elaboración de una Constitución destinada a enterrar los males que desde tiempos inmemoriales han aquejado a la sociedad ecuatoriana, apenas 10 años después de haberse expedido la Constitución Política de 1998 que reformó sustancialmente la Carta Política de 1979.

En esta vorágine revolucionaria los conceptos de legalidad, imperio de la ley o seguridad jurídica se subordinaron a los cálculos políticos destinados a allanar el camino para el diseño de un nuevo orden constitucional. Prueba de aquello constituyen las pugnas entre los poderes Ejecutivo y Legislativo desatadas a inicios del año 2007, las cuales fueron provocadas con gran anticipación por el entonces candidato presidencial Rafael Correa, que en su triunfadora campaña electoral, se negó a presentar lista de representantes al Congreso Nacional dentro del período 2007-2011, por considerarlo un órgano corrupto e ilegítimo y por tanto, de indispensable eliminación.

El aplastante triunfo de dicho proyecto político y de su principal promesa de campaña empezó a instrumentalizarse mediante la expedición del Decreto 002 de 15 de enero de 2007, a través del cual el Presidente de la República convocó a consulta popular, ordenando la remisión de su estatuto al Tribunal Supremo Electoral a fin de que disponga el trámite correspondiente, resolución que desencadenó una tensa disputa entre los poderes constituidos. De esta contienda, la peor parte la llevaría el Congreso Nacional, desmembrado por la resolución<sup>1</sup> del Tribunal Supremo Electoral que destituyó al grupo de diputados opuestos a dicho proceso y que sobre la base del artículo 155 de la Ley de Elecciones<sup>2</sup>, acusó a los parlamentarios de interferir en el funcionamiento de los organismos electorales. Tal suerte se extendería posteriormente a los miembros del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de dicha resolución<sup>3</sup>, decisión que les costaría su cargo, a través de la resolución 28-065 del Congreso Nacional, mediante la cual, fueron reemplazados y sus sucesores como era de esperarse, anularon el acto jurídico provocante de la controversia.<sup>4</sup>

Posteriormente y una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, su primer mandato, subordinó el orden constitucional *“a la voluntad política de la Asamblea,*

---

<sup>1</sup>Resolución PLE-TSE-2-7-3-2007 R.O 39, Segundo Suplemento, 12-03-2007.

<sup>2</sup> **Art. 155 Ley de Elecciones:** “Serán reprimidos con la destitución del cargo y la suspensión de los derechos políticos por el tiempo de un año: e) La autoridad, funcionario o empleado público extraños a la Organización Electoral que interfuere en el funcionamiento de los organismos electorales”

<sup>3</sup> Luis Fernando Torres refiere que dentro del caso 0448-07-RA que declaró la inconstitucionalidad del acto administrativo que destituyó a los diputados opuestos al proceso instaurado para la consulta popular no se permitió que se publique en el Registro Oficial. No obstante “fue notificada a los recurrentes y tiene calidad de documento público, al haber sido aprobada por los magistrados, horas antes de ser desalojadas del Tribunal. Cuenta con la certificación del Secretario, y, además, fue revocada mediante resolución del TC publicada en el Registro Oficial 138 (s) de 31 de julio 2007. En *Presidencialismo Constituyente*, Cevallos, 2009, pg. 220.

*expresada en mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y demás decisiones*”<sup>5</sup>:

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos, sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos. Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos a su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente.<sup>6</sup>

El desconocimiento de la vigencia de los poderes constituidos, subyugados de forma abrupta al ejercicio del poder público sin limitaciones de orden jurídico, puede tomarse como un primer síntoma de la progresiva degradación que iba a sufrir el principio de juridicidad, con el derrocamiento de la noción constitucional de Estado de Derecho, sustituida posteriormente por la consagración del Estado de Derechos y Justicia.

En este orden de ideas y en el marco de la instauración del Estado de Derechos y Justicia, el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila ilustra sobre la existencia de tres modelos de Estado: a) el estado absoluto; b) el estado de derecho o estado legal de derecho; c) el estado constitucional de derecho. Por el primer modelo, la autoridad radica del monarca por tanto las normas y estructura del poder devienen y se concentran en una sola persona, razón por la cual, en palabras del autor, no existiría un reconocimiento de derechos sino a lo sumo de privilegios. Por su parte, el segundo modelo se caracteriza

---

<sup>5</sup> Luis Fernando Torres, *Presidencialismo Constituyente*, Cevallos, Quito, 2009, pg. 258.

<sup>6</sup> Mandato 1, 29 de noviembre de 2007, Registro Oficial- Suplemento, 233 de 30.11.2007.

porque la ley determina la autoridad, noción edificada sobre el principio de tripartición de poderes, en virtud de la cual *“los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”.*<sup>7</sup> De manera que, el reconocimiento de derechos precisa de reconocimiento legal y protección jurisdiccional; en este contexto, la principal crítica que ha recibido tal expresión estatal deviene del hecho de que *“la burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “democracia absoluta” y en este modelo no hay mayor diferencia al anterior. Las personas que tienen ciertas características son ciudadanas; el resto de personas –que es la mayoría en términos numéricos- sigue siendo vasalla o súbdita”.*<sup>8</sup>

Finalmente, por el tercer modelo, el Estado constitucional, *“la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder”.*

Sobre este tipo de Estado, añade el propio Ramiro Ávila:

La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. **En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites**

---

<sup>7</sup> Ramiro Ávila, Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Editor Ramiro Ávila, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, pg. 20.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, pg. 21.

**del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos.** En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios. **La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento (...)**<sup>9</sup>

(Lo subrayado me pertenece)

En el ámbito doméstico, los pilares sobre los que se erige el sistema jurídico-político nacional, serían la soberanía popular y la democracia; esta última, según el autor constituiría el medio para la consecución de derechos. Interpretación obsecuente con el denominador común de los actos de los poderes públicos a partir de la convocatoria de la consulta popular para la instauración de la Asamblea Constituyente de Montecristi, que ha sido el avasallamiento de lo político sobre lo jurídico. De suerte tal, que la crítica de Ávila a los modelos de Estado absoluto y legal de derecho, invadidos por fuerzas políticas dominantes, es plenamente extrapolable al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, pues al ser dicho modelo estatal, construido sobre la teoría fundacionista del *poder constituyente* y la devaluación del principio de

---

<sup>9</sup> Íbidem, pg.21.

juridicidad, el contenido de los derechos y garantías enlistados constitucionalmente estará también irremediablemente subordinada, a los vaivenes políticos.

Al respecto el jurista ecuatoriano Fabián Corral considera que *“la renuncia que hizo la Asamblea Constituyente a definir al Ecuador como “Estado de Derecho” es uno de los episodios más significativos en términos políticos y jurídicos. Es la abdicación de la legalidad como única forma de expresión del poder y como medio de relación entre la Administración Pública y los ciudadanos. Es la huida del principio de la sujeción de la autoridad a la ley.”*<sup>10</sup>

Aparentemente esta transformación dinamitaría la piedra angular del Estado de Derecho: el principio de juridicidad. En ese sentido, Miguel Carbonell a propósito de la instauración del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sostiene que *“la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino en la naturaleza de la democracia.”*<sup>11</sup>

Es incuestionable que el contenido democrático de las normas es un valor inmanente a un Estado de Derecho construido como medio para la consecución de la libertad de los ciudadanos, no obstante, resulta irresponsable y pernicioso que se señale al principio de juridicidad, como antagónico a los valores del Estado constitucional.

En ese sentido, el intenso activismo político de los jueces constitucionales patente en sus ampulosos fallos, pródigos en los halagos a la implantación de un Estado constitucional, respetuoso y promotor de los derechos y la democracia, acusado como

---

<sup>10</sup> Fabián Corral, Las Paradojas de la Constitución Ecuatoriana de 2008 en *La Constitución Ciudadana*, Taurus, Quito, 2009, p. 279.

<sup>11</sup> Miguel Carbonell, Pasado y Futuro del Estado de Derecho en *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, pg. 19.

inexistente hasta la expedición de la Constitución del 2008 es por decir lo menos, inconsecuente con la realidad.

La propia reforma constitucional de 1998 establecía en su artículo 18:

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

De la lectura de esta norma, fluye con claridad que el Ecuador ya contaba con una estructura estatal fundamentada en la jerarquía suprema de los derechos y garantías constitucionales, aplicables directamente ante toda autoridad pública. Por lo que, la abolición de la noción de Estado de Derecho con la consecuente degradación del principio de juridicidad no constituye de ninguna manera un avance para el efectivo goce de los derechos reconocidos en la Constitución; al contrario, allana el camino para que el ejercicio del poder por parte de los administradores públicos, se ejerza en un escenario de arbitrariedad.

Si bien es cierto que el principio de juridicidad atraviesa una crisis profunda, no es menos cierto que el importante elenco de relaciones jurídicas que cotidianamente se generan entre administrador público y administrado debe sustentarse en normas jurídicas discutidas por los representantes elegidos democráticamente por los ciudadanos, dotadas de límites precisos, publicadas oficialmente e impugnables.

En su obra previamente referida, Carbonell al abordar la crisis del principio de legalidad, sostiene:

(...) En el primer aspecto, la crisis afecta al principio de legalidad, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del Estado legislativo de Derecho. Y tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas cada vez en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el clásico principio de la *ignorantia legis* en materia penal no excusa. Así, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la “*iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados” del viejo Derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del Derecho, según el antiguo modelo premoderno, con la consiguiente pérdida de certeza, de eficiencia y de garantías.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Ibídem, pg. 20.

Coincido con el autor en el diagnóstico de los males que aquejan al “Estado legislativo de Derecho” agravada por la potestad de creación normativa arrogada por la totalidad de autoridades públicas excepto por aquella que constitucionalmente le corresponde la expedición de normas legales, la Asamblea Nacional; nefasta situación que genera un entramado normativo desordenado y caótico. Sin embargo la coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico constituyen en primer plano, recaudos a ser garantizados por el legislador, empero la salvaguarda de su vigencia debe ser efectivizada posteriormente a través del control jurisdiccional y constitucional encargada a los jueces.

En este contexto, resulta terminante la reflexión del politólogo Teodoro Bustamante que a propósito de la recepción del neoconstitucionalismo en nuestro sistema jurídico y tribunales, apunta:

Al leer la Constitución y conocer que esta ha sido inspirada en el "neoconstitucionalismo", queda la sensación de que esta tendencia del derecho no es más que una majadería adobada con petulancia académica. He tratado de averiguar un poco sobre ella y he llegado a la conclusión de que tal impresión es falsa. **Lo que se ha llamado neoconstitucionalismo es fundamentalmente una preocupación, en la cual se trata de revalorar la primacía de ciertos preceptos éticos básicos por sobre las inconsistencias o contradicciones del andamiaje legal más positivista. En esa perspectiva, el neoconstitucionalismo no es, como algunos torpes repetidores de esa palabra parecerían decir, un anticonstitucionalismo, sino un constitucionalismo que quiere tomarse en serio el tema de los derechos básicos.**

En esta perspectiva, se proponen múltiples mecanismos para tratar de garantizar en la vida social real los valores y los derechos que se promulgan. Si eso fuese bien hecho, creo que nadie tendría nada que objetar. **Enfatizan también el rol de los jueces para,**

**creando jurisprudencia, dar contenido e interpretar las leyes.** Nada demasiado nuevo, aunque si influenciado por la tradición anglosajona.

**Pero hay más. Esa corriente expresa claramente la necesidad de examinar la relación entre la Ley y el funcionamiento real de la sociedad.** Lo que podríamos llamar una sociología del derecho. Pero esto parece claramente por sobre las capacidades de los émulo locales de tal perspectiva. Su discurso nunca aborda la manera concreta en la que la sociedad funciona, y se limita a producir delirantes retóricas que, multiplicando derechos, procedimientos y recursos, llegan a producir el triste resultado redactado en Montecristi.

**No, esta interesante corriente del derecho no pretende abolir las normas elementales de un funcionamiento bajo un Estado de Derecho. No reniega de los elementales principios de que las leyes deben ser claras, no contradictorias. No reniega del principio de justo proceso.**

**Lo que es cierto es que no es una corriente decantada y, así, sobre ella pululan oportunistas que pretenden justificar con este nombre lo que es simplemente incapacidad para sumir todo lo serio, toda la responsabilidad que exige construir y mantener funcionado un sistema jurídico.**<sup>13</sup>

Comparto con el editorialista que son ajenas a las características del neoconstitucionalismo, la degradación del principio de juridicidad y la negación de su inmanencia al Estado de Derecho, conforme lo han establecido nuestros jueces constitucionales. En esa dirección es fundamental que en el ámbito jurisdiccional se confronte la constitucionalidad de las normas tanto en el orden jerárquico para la salvaguarda del bloque de constitucionalidad como en su conformidad con los valores y principios reconocidos en la Carta Magna, en aras de su legitimidad y justicia.

---

<sup>13</sup> Teodoro Bustamante, Neoconstitucionalismo y obscenidad, Diario Hoy, Quito, 8 de julio de 2009.

Precisamente tal garantía constituye uno de los más altos deberes de todo estado y en ese sentido es falaz argüir que el nacimiento de dicha obligación, acaeció con la implantación del Estado de Derechos y Justicia.

Los magistrados del Tribunal Constitucional al autoproclamarse jueces de la Corte Constitucional trazaron las primeras líneas jurisprudenciales que marcarían la fisonomía de la noción del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, a partir de la diferenciación de los principales sistemas jurídicos que rigen al Occidente: Common Law y Europeo Continental. En su sentencia, los flamantes jueces consideraron:

(...) La conversión de la Ley en fundamento y límite del ordenamiento, supone la reducción del Derecho a la ley y la sumisión de ella a todas las otras fuentes, lo que significa que en este modelo, la ley no se encuentra sujeta a ninguna norma superior.

**En el modelo constitucional francés, la Constitución queda reducida a una mera declaración política de principios; y por ende se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley, como la única manifestación jurídica idónea de la voluntad general, de tal suerte que la Constitución queda reducida en este esquema a un elemento accesorio y dependiente de la formulación legal.**

(...) Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, acercando el modelo continental europeo al modelo del Common Law norteamericano, debiendo recordarse que en la tradición jurídica norteamericana quien crea el derecho es el juez constitucional y quien establece el procedimiento de la producción y unificación del ordenamiento jurídico es el control constitucional, siendo la propia Constitución considerada como una norma jurídica directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico; lo que Kelsen recogió al indicar que las Constituciones no son

solamente “reguladoras de la creación de las leyes, sino de su contenido material”, es decir, que además fijan “derechos fundamentales que se convierten en principios, direcciones y límites para el contenido de leyes futuras”.

**(...) Sin embargo, el ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen, a comienzos del siglo XIX, ha sido influenciado exclusivamente por el paradigma constitucional Europeo Continental y por ello, a pesar de la gran cantidad de cambios constitucionales que ha sufrido el país, el sistema de fuentes que ha regido en Ecuador es substancialmente el mismo desde el origen de la República, y solo ha variado con la publicación de la nueva Constitución.<sup>14</sup>**

La constante reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional que proclama que en el Ecuador ha regido un modelo constitucional subyugado a la dictadura de la ley no convierte a esta mera enunciación en una presunción incuestionable. En ese sentido, los flamantes magistrados constitucionales y los neoconstitucionalistas criollos han sido incapaces de proveer evidencia clara acerca del real predominio de un sistema en el que los jueces encargados de ejercer la jurisdicción constitucional, se hayan abstenido de aplicar la Constitución de forma directa debido a una subordinación fáctica a la ley. En la sentencia referida, los magistrados al reforzar su argumento de la preeminencia del “modelo constitucional francés” en nuestro país, sostuvieron:

“Pese a que las múltiples manifestaciones retóricas incluidas en muchas de las Constituciones históricas Ecuatorianas y particularmente en las de 1979 y 1998

---

<sup>14</sup> Resolución del Tribunal Constitucional mediante el cual sus magistrados asumen la calidad de jueces de la Corte Constitucional, R.O (S) 451 de 22 de octubre de 2008.

según las cuales es “*un Estado Social de Derecho*”, en Ecuador nunca hubo Estado social porque no se produjeron ninguno de sus elementos esenciales.”<sup>15</sup>

Evidentemente los argumentos invocados por los magistrados constitucionales no se compadecen con la gravedad de dicho señalamiento. Tampoco nuestros tratadistas han podido auxiliar con suficiencia a los magistrados constitucionales, en su intento por promover la trascendencia de la instauración un nuevo paradigma constitucional:

Al formularse el carácter constitucional del Estado, se incluye y se supera cualitativamente el Estado de legalidad y el Estado de Derecho, lo cual implica que la legalidad se vuelve un componente de la constitucionalidad y que la Constitución sea fuente de fuentes, instrumento de los derechos y distribuya las competencias normativas que se ejercerán bajo la vigilancia de la Corte Constitucional, de tal manera que la Asamblea Nacional ni podrá extender sus competencias en detrimento del poder constituyente, ni restringirlas en beneficio del poder reglamentario, en tanto que el Presidente de la República se limitará a la ejecución de las leyes, la regularidad de sus actos administrativos y la justicia ordinaria aplicará, en forma inmediata y directa, la Constitución, haciendo prevalecer los derechos fundamentales. **Del régimen de la ley transitamos al régimen de la Constitución.**<sup>16</sup>

En el evidentemente complejo, proceso de construcción conceptual del Estado Constitucional de Derechos de Justicia, que según sus críticos, apunta a la consolidación del ejercicio discrecional del poder por parte de las autoridades públicas,

---

<sup>15</sup> Resolución del Tribunal Constitucional mediante el cual sus magistrados asumen la calidad de jueces de la Corte Constitucional, R.O (S) 451 de 22 de octubre de 2008

<sup>16</sup> Carlos Castro Riera, Valoración jurídico-política de la Constitución de 2008 en *Desafíos Constitucionales: La Constitución de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, pg. 113.

en razón del vaciamiento del principio de legalidad de dicha noción, el menoscabo de la órbita de libertades de los ciudadanos sería inminente:

El concepto de Estado de Derecho implica que tanto la base o fundamento del poder, como los medios para ejercer el poder sean jurídicos, no sólo políticos o administrativos. Es la única forma de garantizar la seguridad de los asociados y la efectiva vigencia de sus libertades, porque entonces las potestades públicas requieren de motivación específica, de legitimación por la norma preexistente y quedan sometidas a límites precisos, no simplemente especulativos. Esto implica que tanto la atribución de potestades a la autoridad, o asignación de competencias, cuanto las actividades reguladoras de la conducta de los asociados, deben consistir en reglas jurídicas promulgadas, publicadas e impugnables por la vía contenciosa o de control constitucional y, por cierto, derivadas de la Constitución. Eso además dota de estabilidad y previsibilidad a la conducta del poder, lo que no ocurre si el Gobierno queda investido constitucionalmente de atributos vagos, indefinidos, como son las denominadas políticas públicas.<sup>17</sup>

La incidencia de las políticas públicas en el nuevo diseño constitucional merece un pormenorizado análisis académico que excede el ámbito de la presente investigación, no obstante, logra advertirse su protagónico papel en la desvalorización del principio de juridicidad en la implantación del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. El impacto de tal debilitamiento debe ser cuidadosamente ponderado, pues a la luz de las reflexiones expuestas, la aplicación de dicho principio en armonía con los principios y valores constitucionales, es una herramienta insustituible en la consecución de los

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*, pg. 271.

derechos y garantías reconocidos en la norma primera y en la construcción de las relaciones jurídicas entre el poder público y los ciudadanos.

En esta línea resulta paradigmática, la sentencia interpretativa dictada por los magistrados de la Corte Constitucional, quienes a propósito de la supremacía constitucional y el alcance de un Estado de Derechos y Justicia, concluyeron:

En Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos que se representan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.<sup>18</sup> (Lo subrayado me pertenece)

Tal sentencia desarrolla la transformación progresiva de la Constitución “*hasta llegar a ser una norma, lo que implica por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma. Lo anterior, como bien*

---

<sup>18</sup> Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, Registro Oficial- Suplemento 479, 2 de diciembre de 2008.

*señala Ignacio de Otto, trae sustanciales secuelas frente a la interpretación de la Constitución, a saber:”*

- a) Habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico conforme al texto constitucional.
- b) Habrá de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conformes con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad.
- c) En la aplicación concreta del Derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y solo si ésta no dice nada se aplicarán las normas secundarias; y,
- d) La condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales (ipso constitutione) y general previa petición de parte, para las normas infraconstitucionales posteriores a la Constitución.

La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional, es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional.” (Lo subrayado me pertenece)

A la luz de esta y posteriores sentencias de la Corte Constitucional que sostienen que “*con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa*

*político y se convierte en norma jurídica*”<sup>19</sup>, lo que propiamente entraña el reconocimiento de un bloque de constitucionalidad, resulta totalmente contradictorio que dentro de esa línea argumentativa, sean los mismos jueces, quienes denuesten el principio de juridicidad.

Por consiguiente, dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el ordenamiento jurídico es presidido por la Constitución, lo que implica su aplicación prevalente para la resolución de controversias jurídicas, la confrontación constante ante las normas infra constitucionales para comprobar la adecuación a su texto y la interpretación obligatoria por parte de todos los operadores jurídicos en el sentido que más favorezca a su vigencia. La aplicación de tales recaudos al tiempo que preservan el contenido de los derechos y garantías constitucionales, resguarda el orden jerárquico y permanencia del bloque de constitucionalidad.

## **1.2 La aplicación directa de las garantías fundamentales.**

El principio de aplicación directa de la Constitución presupone la existencia de una norma jurídica superior en cuyos fines y valores deben confluir todas las normas de inferior jerarquía y que en palabras de Gustavo Zagrebelsky produce una función unificadora del derecho:

(...) Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad, en un conjunto de principios y valores constitucionales, sobre los que, a pesar de

---

<sup>19</sup> Registro Oficial 451 de 22 de octubre de 2008.

todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una conversión general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados no en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ellas.<sup>20</sup>

Sobre la base de este consenso general que consagra los valores y principios más elevados de la sociedad jurídicamente organizada, se proyecta el principio de aplicación directa de la Constitución.

Al respecto los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Carta Magna, disponen:

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

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

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

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

**5.** En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, **deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.**

---

<sup>20</sup>Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil, Ley, derechos y justicia, Trotta, Madrid, 1997, pg. 40.

De la lectura de estas disposiciones se evidencia que el principal deber del Estado se funda en la salvaguarda de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales al que se articula, la obligación de toda autoridad pública de aplicarlos en función de la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia.

Conforme se ha analizado a lo largo del capítulo, es indispensable que dentro de un Estado de Derecho no se pierda de vista a la Constitución como la ley se suprema que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, estructurado en función del cumplimiento de los derechos fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional en su sentencia interpretativa destinada a dilucidar la conformación de la Corte Nacional de Justicia durante el período de transición, concluyó:

Según se desprende del texto de la decisión del 20 de octubre de 2008, esta Magistratura tenía como meta preservar el carácter normativo de la Constitución y la eficacia directa de la Carta Fundamental; y particularmente, de las garantías jurisdiccionales de los derechos, desde el día de entrada en vigencia de la misma, propósito que por supuesto es constitucionalmente valioso, desde la perspectiva de la definición del Estado ecuatoriano como Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

(...) En el Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; **b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución;** c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución;

**d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.**<sup>21</sup>

En consonancia con los argumentos invocados en este capítulo y lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Política de 1998, se infiere que los rasgos básicos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia no difieren con los atribuidos al Estado de Derecho en el ámbito nacional, que ya confería a la Carta Magna eficacia directa y fuerza obligatoria sobre todos los poderes del Estado.

La evidencia jurisprudencial sobre este aserto es abundante de las sentencias emitidas por los distintos tribunales constitucionales nacionales que precedieron a la autoproclamada Corte Constitucional y que en el tema que nos ocupa, garantizaron la aplicación directa de la Constitución. El Tribunal Constitucional al analizar la naturaleza del apremio y su inconstitucionalidad al convertirse en una medida de penalización indefinida, concluyó:

**OCTAVA.-** Que la prisión por deudas no existe en nuestra tradición constitucional desde su abolición expresa constante en el Art. 26, numeral 5 de la Constitución de 1906, sin que, como puede ocurrir y ocurre en este caso, por una deficiencia normativa que en su lectura literal del último inciso del Art. 141 del Código de la Niñez y la Adolescencia, conduce a una restauración de esta figura superada en nuestra propia legislación constitucional y que, debemos pensar, jamás estuvo ni pudo estar en la intención del legislador, **cuyos límites a la hora del ejercicio legislativo se encuentran restringidas a lo dispuesto en el mismo texto constitucional.** La norma

---

<sup>21</sup> Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC, Resolución s/n (Suplemento del Registro Oficial 466, 13-XI-2008)

protectiva y de apremio existe con deficiencia, sin que por ello podamos sostener que confronte constitucionalmente, pues es su aplicación literal y restrictiva, bien vale decir rudimentaria, la que pone en riesgo el derecho a la libertad. **Desde luego, es el operador jurídico el que debe aplicar la norma con recto sentido constitucional, y desde luego, el legislador, el que debe superar sus deficiencias, completándola y estableciendo un límite de duración del apremio en el caso que se ha enunciado y regulado de modo precario.**

**NOVENA.-** Que la interpretación de la Ley, debe hacerse, en todo caso, por mandato constitucional, a la luz de su texto y comprensión, según dispone el Art. 273 de la Constitución, norma expresa de su jerarquía y supremacía que consta del Art. 272, y adicionalmente, por su aplicación directa e inmediata, de contenido y razón material de realización de los derechos que protege, según dispone el Art. 18 del mismo texto, por lo que, el mentado último inciso del artículo 141 que hemos comentado, sólo puede entenderse a la luz de las disposiciones constitucionales y, mientras no exista legislación expresa, en aplicación del principio pro libertad, dentro de los límites que la propia norma en su extensión completa determina.”<sup>22</sup> (Lo subrayado me pertenece)

De los considerandos expuestos, fluye con claridad que nuestros tribunales ya habían asumido cabalmente su obligación constitucional de aplicar directamente los derechos y garantías previstos en la Carta Magna bajo el régimen del Estado Social de Derecho<sup>23</sup>, modelo adoptado también por el constituyente colombiano en su Ley

---

<sup>22</sup> CASO No. 0086-2006-HC, Gaceta Constitucional 22, Enero – Abril 2007, Tribunal Constitucional, Quito, 2007, pg. 179.

<sup>23</sup> **Constitución de la República del Ecuador de 1998: Art. 1.-** El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural, y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.

Fundamental de 1991, que conforme apreciamos de la siguiente sentencia<sup>24</sup>, no ha sido óbice para la consolidación de la Constitución como una norma jurídica suprema, vinculante a todos los poderes públicos y coincidente con las demandas del neoconstitucionalismo:

Así mismo, una particularidad concreta del Estado Social de Derecho que introdujo el Constituyente de 1991, respecto del marco constitucional anterior, es que la Constitución además de ser suprema en el ordenamiento jurídico, tiene carácter vinculante o fuerza normativa, lo cual significa que vincula a todo el poder público. Dicho en otros términos: no es apenas un referente formal o retórico en el sistema de fuentes formales del derecho, sino que se trata de una verdadera norma jurídica. Carácter vinculante de la constitución que, para el neoconstitucionalismo, significa que además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Por tal razón, puede afirmarse como lo hace el profesor Luis Prieto Sanchís<sup>25</sup>, “*que los documentos adscribibles al neoconstitucionalismo se caracterizan, efectivamente, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia va no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata.*”(Subrayas y negrilla por fuera del texto original).

---

El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.

La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

<sup>24</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T267/10 de diecinueve (19) de abril de dos mil diez (2010), tomada de la página web: <http://www.corte.constitucional.gov.co/relatoria/2010/T-267-10.htm>.

<sup>25</sup> Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Neoconstitucionalismo (s). Edición de Miguel Carbonell, Ed. Trotta, cuarta edición, Madrid, 2009; Citado en la sentencia T267/10 de diecinueve (19) de abril de dos mil diez (2010).

Sentencias como la citada, provocan irremediablemente inquirirnos acerca del motivo que ha incitado el empecinamiento de nuestra autoproclamada Corte Constitucional, en vilipendiar el sistema constitucional amparado en el modelo del Estado Social de Derecho a la luz de la Constitución Política de 1998 y acusarlo de subordinarse a un modelo legicétrinco, cuando es evidente que los rasgos básicos que jurisprudencialmente se han atribuido al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no difieren a los que caracterizan a un Estado de Derecho, excepto en la interpretación que ha acuñado nuestra corte, respecto a la vigencia del principio de juridicidad a la luz del nuevo paradigma constitucional.

Reforzando dicha argumentación, sobre el principio de aplicación directa de la Constitución, la propia Corte Constitucional de Colombia ha concluido:

*Al respecto, este Tribunal en sentencia T-1094 de 2008<sup>26</sup> dijo que “[l]a fuerza normativa de la Constitución significa entonces que se ha constituido de manera definitiva en sí misma en fuente del derecho y por tanto aplicable directamente por los jueces en el cumplimiento de la misión que les ha sido confiada, pasando de ser norma de aplicación indirecta para ser norma que se aplica junto con la ley o incluso frente a ella.<sup>27</sup>*

Profundizando nuestro estudio en el marco de obligación de toda autoridad pública de aplicar directamente la Constitución así como la consolidación del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico, debe evaluarse el alcance de la labor interpretativa de tales autoridades, tomando en consideración que dicha corriente privilegia la ponderación en el análisis de la conformidad normativa a la Carta Política.

---

<sup>26</sup> M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>27</sup> Considerando citado en la Sentencia T267/10 de diecinueve (19) de abril de dos mil diez (2010).

En esta línea, acota Jaime Cárdenas Gracia:

El neoconstitucionalismo, a diferencia del “excesivo positivismo”, presenta a la Constitución como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico; pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de métodos tradicionales del derecho sino mediante la ponderación. La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso; la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento deben verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino otro heterogéneo en donde los sentidos y significados de la Constitución son plurales y en ocasiones, difícilmente compatibles.<sup>28</sup>

Este pasaje exhibe con mucha claridad los nuevos desafíos ante los que se enfrentan las autoridades que ejercen jurisdicción constitucional. Los sentidos y significados constitucionales que por su pluralidad son acusados por el autor como difícilmente compatibles, deben clarificarse con una prolífica labor jurisprudencial por el máximo intérprete de la ley fundamental, la Corte Constitucional. Sin embargo y teniendo presente las obligaciones que imponen a los funcionarios públicos aplicar directa e inmediatamente la Constitución así como interpretar los derechos y garantías constitucionales en el sentido que más favorezca su efectiva vigencia, las cuales se imbrican con su subordinación al principio de legalidad, debe dilucidarse el real alcance que la ponderación y colocación de ley en segundo plano, tendría en el ámbito administrativo.

---

<sup>28</sup> Jaime Cárdenas Gracia, Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006, p. 45.

### **1.3 La obligación de los jueces y los funcionarios públicos de garantizar la aplicación directa de la Constitución.**

El principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución<sup>29</sup> impone una obligación ineludible a las autoridades públicas, que entraña de manera indiscutible, una tarea de interpretación de los derechos constitucionales en sede administrativa. Bien afirma Agustín Grijalva que “*por una elemental necesidad lógica y política*”, la Corte Constitucional “*no es el único intérprete de la Constitución*”.<sup>30</sup> En ese sentido, los artículos 11, numeral 5, 426 y 427 de la Ley Fundamental, consagran la aplicación de la norma e interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales, así como su aplicación directa por parte de todas las personas, autoridades e instituciones, incluyendo juezas y jueces. De manera que, puede

---

<sup>29</sup> La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición han enlistado al principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución como principios de la justicia constitucionales:

**a) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Art. 4.-** Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

**2. Aplicación directa de la Constitución.-** Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

**b) Resolución PLE-CNE-9-11-2-2009 (Registro Oficial 554, 23-III-2009).**

**Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición:**

**Art. 3.- Principios de la justicia constitucional.-** La justicia constitucional ecuatoriana se regirá por los siguientes principios:

**b) Aplicación directa e inmediata de la Constitución.-** Las normas constitucionales y las de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, son de aplicación directa e inmediata.

No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos deberán aplicar la Constitución en los casos sometidos a su conocimiento, aunque las partes no la invoquen.

<sup>30</sup> Agustín Grijalva, Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional en *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derecho e instituciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pg. 273.

colegirse que la Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, pero en relación a otros intérpretes como jueces y autoridades administrativas, a quienes también se les ha encargado la obligación de aplicar los referidos mandatos constitucionales.

En este ámbito profundiza el mismo Grijalva, que *“la creación- imposible por cierto- de un intérprete único significaría la muerte de la Constitución, puesto que ella constituye un marco axiológico permanente y dinámico para infinidad de actos y normas por parte de múltiples operadores jurídicos, y de los ciudadanos mismos”*.<sup>31</sup>

Siguiendo esta reflexión, fluye con claridad que la aplicación de las normas constitucionales no puede someterse exclusivamente a la subsunción mecánica e inanimada de prescripciones normativas a casos concretos, no obstante no puede soslayarse la naturaleza de la Constitución como norma jurídica y el principio de juridicidad, como garantía del debido proceso.

Al respecto, resulta esclarecedora la sentencia emitida por la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 13 de octubre de 2008, que en el análisis del principio de supremacía constitucional, concluyó:

La Constitución de la República, es la Ley Suprema; y las normas secundarias y de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales; de consiguiente, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, u otras disposiciones que de cualquier manera se hallaren en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones; por ello, el principio de supremacía de la Carta Política sobre los demás actos jurídicos que integran el ordenamiento del país da como resultado

---

<sup>31</sup> Ibídem, p. 273.

el instrumento del constitucionalismo, garantizando el ejercicio democrático del poder frente a los riesgos del autoritarismo y la arbitrariedad.<sup>32</sup>

En este marco, resulta razonable que los órganos encargados de interpretación constitucional distintos a la Corte Constitucional, se constituyan en garantes de la vigencia de las prescripciones de la Constitución de la República y de su jerarquía suprema en el ordenamiento jurídico.

En este orden queda claro que la interpretación del alcance del contenido de los derechos constitucionales correspondería en primera instancia a los órganos jurisdiccionales y de forma generalmente obligatoria a la Corte Constitucional. Quedando a los intérpretes administrativos, la vigilancia del orden jerárquico de aplicación normativa, a menos de que se someta a su conocimiento una transgresión manifiestamente grosera y evidente a la Carta Política.

Jaime Cárdenas Gracia, autor previamente citado, acerca de la experiencia mexicana en la aplicación directa de la Constitución, expone:

Un concepto clave para el Estado de derecho consiste en que los jueces y autoridades apliquen el derecho válido. Este postulado es de difícil realización en México. Los jueces comunes y las autoridades administrativas no saben si la norma que aplican es válida o, lo peor, tienen que aplicarla a sabiendas de que es inválida, pues no tienen el poder, por lo menos así lo dice el dogma, para apartarla aun en el caso de que sea evidentemente contraria a la Constitución. El conjunto de nuestros jueces y funcionarios no puede tener un papel crítico con su derecho, ni un compromiso con su actuación: son autómatas que suelen pronunciar mecánica y maquinalmente las palabras de la ley.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. Pág. 3597. (Quito, 13 de Octubre de 1998)

<sup>33</sup> *Ibíd.*, pg. 51.

Afortunadamente, nuestra Carta Magna consagra como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales (artículo 3), reconoce el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Ley Primera y en los instrumentos internacionales ante cualquier servidor público administrativo o judicial (artículo. 3, numeral 11), impone a toda autoridad administrativa o judicial precautelar el debido proceso a través de la vigilancia del cumplimiento de las normas y derechos de las partes (artículo 76, numeral 1) y exige la que las normas constitucionales se interpreten por el tenor literal que se ajuste a la Constitución en su integralidad (Art. 427).

Sobre la vinculación del Derecho administrativo con los derechos fundamentales, el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas, manifiesta:

La Administración Pública- que es un término simplificador de una realidad distinta, como es la existencia de las administraciones públicas- en Ecuador es, consecuentemente, tutora y garante de los derechos fundamentales que consagran nuestra Constitución y los tratados internacionales válidos y vigentes en la república. Tales derechos, como hemos dicho, transversalizan todo el ordenamiento jurídico nacional y el Estado en su actividad legislativa, administrativa, judicial, de control y en la participación democrática, tiene por finalidad su vigencia.<sup>34</sup>

El análisis de este autor corrobora el delicado deber de la Administración Pública en la salvaguarda de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución.

En esa dirección, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales señala dentro de los principios procesales de la justicia constitucional, el debido proceso

---

<sup>34</sup> Jorge Zavala Egas, La Constitución de 2008 y la Administración Pública en Ecuador en *La Constitución Ciudadana*, Taurus, Quito, 2009, pg. 70.

y el de aplicación directa de la Constitución; éste último rige sobre todo servidor público, administrativo y judicial, de oficio o a petición de parte.

Se desarrolla dicha disposición en el artículo 142 del mismo cuerpo legal en el que se dispone:

**Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.**

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

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

A la luz de artículo, si bien es cierto que se reitera la obligación de los jueces, autoridades administrativas y servidores de la Función Judicial de aplicar las disposiciones constitucionales sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en normas de menor jerarquía, se establece la limitación de que únicamente en el caso del surgimiento de duda razonable debidamente motivada, provocada por una norma jurídica contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, sean los jueces de oficio o a petición de parte, quienes suspendan la tramitación de la causa y remitan en consulta el correspondiente expediente a la Corte Constitucional. El artículo 143<sup>35</sup> de dicho cuerpo legal desarrolla los efectos del fallo.

En ese sentido se extrae que en el caso del surgimiento de una controversia por la identificación de una norma contraria a la Constitución dentro de un proceso, únicamente los jueces están legitimados a suspender la causa y remitir su expediente a consulta.

En consecuencia, se infiere que en sede administrativa, si bien se establece la obligatoriedad de las autoridades a aplicar directamente la Constitución, en el surgimiento de un caso análogo previsto en la norma precitada, no estaría reconocida la facultad de suspender el trámite de un procedimiento, ni de remitir su expediente a consulta.

---

<sup>35</sup> **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Art. 143.- Efectos del fallo.-** El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

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

Tanto más el artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone que la finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad, es “*garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales*” y; que, **corresponde a los jueces** “*la aplicación de las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.*”

De modo general, podría concluirse que las autoridades administrativas estaría vedadas de inaplicar disposiciones contrarias a la Constitución y menos aún interpretar o ponderar principios o valores constitucionales.

Sobre tal imposibilidad que en el sistema jurídico mexicano se extiende a los jueces, el tantas veces citado, Jaime Cárdenas Gracia reclama:

“Lo que resulta intolerable para nuestro derecho es la ausencia, aun con el mantenimiento del control concentrado, de un mecanismo jurídico para que los jueces y las autoridades puedan preguntar al órgano de control constitucional sobre la constitucionalidad de la norma secundaria. Urge en México el establecimiento de la cuestión de inconstitucionalidad como vía para que el Poder Judicial Federal, o en su caso, el futuro Tribunal Constitucional, se pronuncien sobre la legitimidad de las normas secundarias a pedido de los jueces y de las autoridades administrativas de país, tal como ocurre en Austria, Alemania, España, Italia y Bélgica, que regulan en su ordenamiento este control concreto de normas.”<sup>36</sup>

Volviendo al ámbito doméstico, la limitación que se advierte en materia interpretativa a las autoridades administrativas tiene relación directa con el principio de juridicidad y la presunción de legalidad de las normas jurídicas.

---

<sup>36</sup> Ibídem, pg. 53.

Acerca de la interpretación constitucional de carácter administrativo, Héctor Fix-Samudio, ilustra:

(...) Lo anterior significa que las propias autoridades administrativas deben armonizar las disposiciones ordinarias que deben aplicar directamente con los preceptos constitucionales, los cuales a su vez, sirven de fundamento de validez de las propias normas legales ordinarias. Esta interpretación constitucional administrativa debe estimarse menos amplia que la que realizan los organismos jurisdiccionales, que en la mayor parte de ordenamientos de nuestra época pueden decidir con efectos particulares o generales sobre la constitucionalidad de las leyes, **en virtud de que las autoridades administrativas no están facultadas para desaplicar, y mucho menos, anular, las disposiciones legislativas por estimarlas contrarias a las normas constitucionales.**<sup>37</sup>

(Lo subrayado me pertenece)

Este razonamiento además de concordar plenamente con las normas jurídicas invocadas, resguarda la vigencia del principio de juridicidad. En este contexto resulta indispensable que la aplicación directa de normas constitucionales más aún ante el evento de surgimiento de conflictos sea modulada con rigurosidad en sede administrativa, en aras del principio de seguridad jurídica y sujeción del poder público al ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas y en armonía con lo señalado por Agustín Grijalva, una de las tareas urgentes y centrales de la nueva Corte Constitucional es la de “*contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos constitucionales*”, aunque “*los contenidos esenciales de los derechos puedan hallarse en la propia Constitución y*

---

<sup>37</sup>Héctor Fix Samudio, Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional en *Interpretación Constitucional*, Tomo II, UNAM- Porrúa, México, 2005, pg. 557.

*en el Derecho internacional de los derechos humanos, así siempre éstos sean demasiado generales y abstractos frente a la complejidad y diversidad de la legislación y de los casos concretos que se aplica”.*<sup>38</sup>

Además de las dificultades anotadas, la inexistencia del orden jerárquico de derechos conforme lo establecido en el artículo 11, numeral 6 de la Constitución, demandan establecer con claridad el alcance interpretativo de los operadores jurídicos administrativos “*a partir de una comprensión de la Constitución como orden o sistema de valores que se proyecta sobre el derecho ordinario o infraconstitucional*”, de acuerdo a la teoría neoconstitucional <sup>39</sup>, complejidad que se desarrolla en el artículo 427<sup>40</sup> de la Carta Magna, que exige la interpretación de las normas constitucionales por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

Sobre este aspecto, Agustín Grijalva en base del carácter democrático de la Constitución, cita a Peter Haberle, quien “*ha planteado la necesidad de una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*”:

“En los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución.”<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> *Ibíd*em, p. 279.

<sup>39</sup> Pedro Serna Bermúdez, Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006, pg. 213.

<sup>40</sup> **CRE, Art. 427.**- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

<sup>41</sup> Peter Haberle, *El Estado Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 150 en *Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*, Agustín Grijalva, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pg. 273.

No obstante, reflexiona Grijalva que dicha concepción “*corresponde a la de una sociedad democrática en que mayorías y minorías se sujetan a los derechos y procedimientos constitucionalmente establecidos, pero permanente debatidos en su alcance por todos los ciudadanos*”. En este orden, concluye el jurista nacional que debe diferenciarse el valor jurídico y efecto práctico de las interpretaciones en función de sus intérpretes.<sup>42</sup>

En este sentido, la Corte Constitucional señalando la dificultad que genera a los operadores jurídicos, el principio de inexistencia de orden jerárquico entre derechos, invoca los principios de interpretación constitucional para la resolución de conflictos y determina como los más importantes a los de unidad de la Constitución, armonización y ponderación<sup>43</sup>, mismos que se recogen en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Íbidem, pg. 275.

<sup>43</sup> Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, Registro Oficial- Suplemento 479, 2 de diciembre de 2008.

<sup>44</sup> **Art. 2.-** Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.
3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.
4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

**Art. 3.-** Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se

Tales principios no pueden soslayar la vigencia del principio de legalidad que postula “*la primacía jurídica de la Constitución y de la Ley en sentido material; es decir la sumisión total de la acción administrativa a lo que se ha denominado el “bloque de legalidad”*”<sup>45</sup>, plexo normativo al cual se circunscribe también, la obligación constitucional de los operadores jurídicos de aplicar directa e inmediatamente los derechos y garantías establecidos en la Carta Suprema, que en aspectos correspondientes al debido proceso (artículo 76), garantías penales (artículo 77) y jurisdiccionales (artículo 86), por ejemplo, constituyen verdaderos preceptos jurídicos que para desplegar sus efectos, no requieren ni admiten de ningún tipo de interpretación de acuerdo al artículo 426 de la Ley Primera.

Al respecto, resulta ilustrativa la consulta absuelta por la Procuraduría General del Estado, acerca de la composición de los miembros activos del CONARTEL:

---

aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

<sup>45</sup> Fernando Garrido Falla, La Justicia Administrativa, Tecnos, Madrid, 2005, pg. 18.

CONARTEL: DETERMINACIÓN DE MIEMBROS ACTIVOS

CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE RADIODIFUSIÓN Y TELEVISIÓN,  
CONARTEL.

CONSULTA:

Sobre la aplicación del Art. 5-B de la Ley de Radiodifusión y Televisión que contraviene el alcance del Art. 232 y de la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador, para determinar si los representantes de la Radiodifusión y Televisión pueden ser miembros activos del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, considerando que este es el órgano de regulación y control que tiene a su cargo las decisiones y resoluciones vinculadas con la concesión o negativa de frecuencias de radiodifusión o canales de televisión u otros medios, en los que podrían tener interés dichos miembros respecto a las "áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a intereses de terceros que los tengan".

PRONUNCIAMIENTO:

El Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Radio y Televisión (AER) y el Presidente de la Asociación de Canales de Televisión del Ecuador (ACTVE) o quienes les subroguen, no pueden ser miembros activos del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL.

Se aclara que el presente pronunciamiento no constituye interpretación de la Constitución Política de la República expedida en el año 1998, que era facultad privativa del Congreso Nacional; igualmente, no implica interpretar la actual Constitución de la República del Ecuador, atribución conferida a la Corte Constitucional por el Art. 429 de la Constitución vigente.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> OF. PGE. No.: 04581 07-11-2008.15-XII-2009 (R.O. 143, 4-III-2010).

De acuerdo a lo que se ha desarrollado a lo largo del presente capítulo, el conflicto devendría de la aplicación jerárquica de la Carta Magna, por una norma preconstitucional que contravendría una de sus disposiciones. No obstante no corresponde ni al CONARTEL ni a la Procuraduría General del Estado<sup>47</sup>, en su calidad de órganos administrativos, declarar la inaplicabilidad de la norma, pero dentro de su ámbito, es su obligación aplicar la disposición jerárquicamente superior ante una contradicción expresa, entre la norma legal y la constitucional.

Por otra parte, puede apreciarse con mayor claridad, dentro de la consulta formulada por la Contraloría General del Estado, la solución de un conflicto de jerarquía normativa:

1. "La Contraloría General del Estado está incluida dentro del ámbito de aplicación a que se refiere el Art. 2 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, y por tanto se encuentra sujeta a las disposiciones de dicha Ley.
2. De ser afirmativa la respuesta a la primera pregunta, los débitos de los excedentes de caja de la Contraloría General del Estado dispuestos por este Ministerio al amparo del Art. 29 de la Ley de Presupuestos del Sector Público son procedentes; y, por tanto, el Ministerio de Finanzas no tiene ninguna obligación de restituirlos".

#### PRONUNCIAMIENTOS:

En el caso que se analiza no se cuestiona la vigencia de la Ley de Presupuestos del Sector Público sino la prevalencia de una ley orgánica sobre una ley ordinaria, que no puede modificarla ni prevalecer sobre ella ni siquiera a título de ley especial; y por

---

<sup>47</sup>**Constitución de la República del Ecuador.- Art. 237.-** Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

3. El **asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley**, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

respetable que sea la doctrina, las normas constitucionales, son claras, no requieren de interpretación alguna y deben aplicarse imperativamente.

Los criterios doctrinarios emitidos por anteriores administraciones de la Procuraduría General del Estado, no obligan a una administración posterior, tanto más cuanto que se apartan de los principios constitucionales vigentes.

La Contraloría General del Estado no se encuentra sujeta al Art. 2 de la Ley de Presupuestos del Sector Público; y por tanto, el Ministerio de Finanzas debe reintegrarle los recursos requeridos por dicho organismo de control.<sup>48</sup>

Las consultas invocadas permiten vislumbrar el ámbito limitado de interpretación reconocido jurídica, jurisprudencialmente y doctrinariamente, a los órganos administrativos, especialmente en lo tocante a la inaplicabilidad de normas que aparentemente contraríen la Constitución.

En tal sentido, bien afirma Héctor Fox- Samudio:

(...) Pero si los órganos de la administración no pueden realizar una interpretación constitucional de tipo *negativo*, es decir, negarse a aplicar una disposición legal por considerar que se opone o se aparta de las normas fundamentales, por el contrario están facultadas e inclusive obligadas, a realizar una interpretación *positiva*, para adecuar, como se ha dicho, los textos legislativos en que apoyan su actuación con las normas, principios y valores de la Constitución, los cuales a su vez, son el fundamento de los preceptos legales ordinarios.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> OF. PGE. N°: 08958 de 12-03-2008. (R.O. 365, 23-VI-2008)

<sup>49</sup> *Ibidem*, pg. 558.

De acuerdo a los argumentos desarrollados al largo del capítulo, la interpretación positiva a la que alude el autor, debe subordinarse en sede administrativa, a la aplicación de normas constitucionales que contengan preceptos jurídicos inequívocos que reguarden el orden jerárquico del sistema jurídico, en el caso de un conflicto entre normas.

Por consiguiente, la labor interpretativa de las autoridades públicas distintas a la Corte Constitucional, debería circunscribirse exclusivamente en el ámbito administrativo y preliminarmente en sede judicial, a determinar que se respete el orden jerárquico de aplicación de normas y a impedir la emisión de actos que contradigan las normas constitucionales de forma expresa e inobjetable, sin perjuicio de la facultad reconocida a los jueces de suspender la tramitación de una causa ante la identificación de una norma con vicios de constitucionalidad. De modo que, en resguardo del principio de juridicidad no es aceptable que en sede administrativa se dilucide el alcance de principios y valores constitucionales o se declare la inaplicabilidad de una norma jurídica.

## CAPÍTULO II

### EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: APUNTES NORMATIVOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

#### 2.1 Las potestades de la Administración

El reconocimiento de la importancia histórica del principio de legalidad<sup>50</sup> y de su valor paradigmático en la abolición del absolutismo y en la construcción de un sistema objetivo de relaciones de poder, erigido a partir de la limitación de prerrogativas del monarca en cuya voluntad residía la emisión, aplicación y ejecución de normas, las cuales además estaban blindadas de cualquier posibilidad de impugnación, ha sufrido una agresiva arremetida en la actualidad, por el surgimiento de corrientes que han señalado la necesidad de trascender de la tradicional concepción de la Constitución como norma suprema y cúspide del ordenamiento jurídico, a su proyección como un conjunto de valores y principios destinados a dotar de legitimidad a la función estatal, organizar la convivencia humana y garantizar el efectivo goce de derechos.

Sin perder de vista la supremacía de la Constitución y la aplicabilidad directa de los derechos que la sustentan, la instauración de un Estado de Derechos y Justicia que se aparta del Estado de Derecho consagrado en la Carta Magna de 1998, ha provocado en nuestro sistema, el menoscabo del principio de legalidad, prácticamente intocado hasta la actualidad. En ese sentido, el quiebre planteado por los doctrinarios afines al neoconstitucionalismo, radica en avanzar del estadio del positivismo jurídico al de constitucionalidad.

---

<sup>50</sup> En la Constitución grancolombiana de 1821 que en su artículo 55 regulaba las atribuciones “exclusivamente propias” del Congreso, se incluyó una nota que resaltaba que, “*El principio de legalidad en materia tributaria ha regido ininterrumpidamente desde los tiempos pre-republicanos hasta la actualidad*”.

Como prueba fehaciente de la recepción de tal corriente por parte de nuestra autoproclamada Corte Constitucional, resulta muy ilustrativa su posición frente a la noción de Estado de Derecho, como producto de la Revolución Francesa:

El Estado de Derecho en su versión francesa, conocido también como Estado de legalidad o Estado legicéntrico, se identifica por ser un Estado legislativo, lo que implica la supremacía del Parlamento sobre los otros poderes del Estado; la reducción de todo el Derecho a la ley; la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del Estado (principio de legalidad); la subordinación a la ley, de los derechos de los ciudadanos; la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley; y a la conversión de la Constitución en una simple ley de organización del poder, que puede ser modificada por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes. En definitiva, en el modelo de Estado de Derecho francés, la Constitución queda reducida a una declaración política de principios y se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley.<sup>51</sup>

No obstante es indispensable dilucidar si la cultura jurídica basada en la supremacía ley ha sido efectivamente tuitiva de los derechos de los ciudadanos o si por el contrario su fortalecimiento ha contribuido a petrificar el status quo, que por arbitrio de quienes dominan el procedimiento legislativo, ha vaciado los principios y valores que primigeniamente convocaron a los pueblos a promulgar una carta de navegación.

Tal inquietud, que anima el debate entre constitucionalistas clásicos y neoconstitucionalistas y sobre el que ciertamente se ha gastado mucha tinta, sin haberse alcanzado hasta el día de hoy soluciones pacíficas, tiene una incidencia directa en el

---

<sup>51</sup> Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición; Resolución S/N, Suplemento del Registro Oficial 466, 13-XI-2008.

quehacer administrativo cotidiano, al constituirse su sede, en un espacio de dilucidación de derechos constitucionales, de conformidad con el artículo 11, numeral 3 de la norma primera.

En este orden de ideas, merece indicarse que la ley contiene su razón de ser en la limitación del poder. Con razón, afirma Jorge Zavala Egas que *“el poder limitado o ejercido de acuerdo a Derecho es creador de éste y, por ello, las normas de derecho positivo no tienen otra fuente que el poder y estas mismas normas son sancionadas por el poder, de tal suerte que las normas jurídicas tienen por misión limitar el poder que las crea y que las sanciona.”*<sup>52</sup>

En ese sentido, la subordinación del poder al derecho es un principio inmanente al Estado; sin tal garantía simplemente una sociedad objetivamente organizada, que contenga el cotidiano desbordamiento del obrar público en protección de los derechos fundamentales, no podría existir.

El jurista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar Guerrón concibe como los principales caracteres del Estado, la división de funciones y mutuo control de los órganos que las ejercen, la legitimación democrática del poder público, la subordinación del poder al derecho, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la responsabilidad pública. Bajo la premisa de que la soberanía y el poder del Estado no son absolutos *“sino que tienen límites objetivos que vienen dados por la misma naturaleza del Estado y por la norma jurídica, cuya principal misión es el establecimiento de la justicia y del bien común”*, condicionados además por los derechos subjetivos de las personas cuya razonable regulación corresponde también

---

<sup>52</sup> Jorge Zavala Egas, *La Agonía del Derecho*, Edino, Guayaquil, 2008, pg. 17.

a tal organización objetiva a la luz del pacto social; sobre la subordinación del poder al derecho, el referido autor manifiesta<sup>53</sup>:

(...) El conjunto de todos estos límites objetivos del poder y de la soberanía del Estado provienen de su naturaleza y configuran el Derecho al que el Estado está sujeto y del que no puede apartarse sin renunciar a su ley constitutiva y esencial. Derecho que, tanto en su fondo como en su forma, no es el que rige las relaciones interindividuales, sino el derecho propio del cuerpo y de la institución estatal, es decir, el Derecho Público o Político. «No se trata, en efecto, de someter al Estado a una norma exterior “apolítica”, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio. De este modo, no sólo se concilia muy bien la soberanía estatal con la sumisión del Estado a un derecho objetivo, de naturaleza propiamente política, sino que no se comprende ni concibe sino mediante esta sumisión: el concepto de una soberanía absoluta del Estado o de sus órganos, haciendo abstracción del fin propio del Estado, destruye la idea misma de la agrupación estatal. Por alto que sea un poder, aunque sea soberano, permanece, por su naturaleza de poder, encadenado a su función, dominado por su fin. O, si no, deja de ser un poder de derecho para degenerar en un puro fenómeno de fuerza».<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Fondo Editorial Andrade y Asociados, Quito, 2007, p. 13.

<sup>54</sup> Jean Dabin, *Doctrina General del Estado*, traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 115 y siguientes, en *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Fondo Editorial Andrade y Asociados, Quito, 2007, p. 14.

Es impensable despojar a la producción del derecho de las corrientes políticas que la inspiran, no obstante, el ejercicio de dicho poder requiere encausarse dentro de los diques que la norma modula en el marco del respeto de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los fines del Estado. El principio de legalidad en sí, constituye la fuente y el marco de la actuación administrativa, limitación y garantía destinada a la protección de los derechos de los ciudadanos, que en tanto destinatarios del ejercicio de funciones públicas, precisan de certeza y racionalidad en el accionar de la Administración, mismo que debe estar subordinado de modo incondicional e irrestricto al ordenamiento jurídico.

En ese sentido resulta incontestable, que el principio de legalidad se encuentra íntimamente ligado al de división de funciones, tomando en cuenta que ambos se orientan a impedir el abuso del poder. Conforme reza la célebre frase de Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes”, *“es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”*.

Por consiguiente, el principio de legalidad como fuente y límite del obrar administrativo reconoce la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico y por tanto su supremacía se proyecta en el bloque normativo. Adicionalmente dicho principio debe garantizar y traducir *“actitudes y respuesta que se reclaman en un Estado de Derecho de base constitucional”*, que en palabras de Víctor Bazán, son:

- “La obligación de *garantizar el valor seguridad jurídica*, lo que equivale a afianzar niveles sustentables de predictibilidad y previsibilidad jurídicas, certidumbre en las

relaciones con el poder y regularidad estructural y funcional del sistema por medio de sus normas e instituciones.

- La *prohibición de arbitrariedad*, es decir, el imperio del principio de razonabilidad que – en palabras de ZAGREBELSKY- ha pasado de requisito subjetivo de jurista a requisito objetivo del derecho; y entre otros aspectos.<sup>55</sup>
- La misión de propender al *desarrollo humano y al progreso económico con justicia social*, disminuyendo los niveles de marginalidad, exclusión y pobreza y procurando que la distribución de la riqueza sea más equitativa, punto en el que –en clara síntesis- HABERLE advierte que aunque las fórmulas usadas por distintas Constituciones varían (Estado Social, Estado Social y Democrático; etc.); en el fondo quieren decir lo mismo: El Estado Constitucional comprometido con la *justicia social*.<sup>56</sup>

En virtud de lo expuesto, fluye con claridad que el principio de legalidad es el pilar del sistema administrativo y que la germinación de nuevos paradigmas, que se traducen en obligaciones a los operadores jurídicos en especial en lo tocante a los agentes administrativos, cuando se someta a su conocimiento la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, impone la necesidad de dilucidar el alcance de dicho principio y la garantía de su vigencia, al ostentar igualmente categoría constitucional, conforme lo determina el artículo 226 de la Carta Magna:

---

<sup>55</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, CA ed., Trotta, trad. De Marina Gascón, Madrid, 1999, p.147, en *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Víctor Bazán, Konrad Adenauer Stiftung, Quito, 2009, pg. 7

<sup>56</sup> Peter Haberle, El Estado constitucional, UNAM y Pontificia Universidad Católica del Perú, trad. de Héctor Fix Fierro, Lima, 2003, pp.224-225, en *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Víctor Bazán, Konrad Adenauer Stiftung, Quito, 2009, pg. 7.

**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Merece indicarse que la redacción del artículo 119 de Constitución Política de 1998 referente al reconocimiento del principio de legalidad como fundamento del obrar público, coincide en su redacción de modo casi íntegro con el artículo 226 transcrito.<sup>57</sup>

De la lectura de esta norma se extrae que, por un lado la atribución de potestades únicamente puede devenir de la Constitución y la ley y por el otro, que su ejercicio no puede rebasar los límites que las configuran. Es decir que la atribución de potestades por parte de la Constitución y la ley, al tiempo que habilita el ejercicio de competencias por parte de un órgano, las limita.

Como bien ilustran García de Enterría y Ramón Fernández:

El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y

---

<sup>57</sup> **Constitución Política de 1998, Art. 119.-** Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.

Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento

construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración, no puede actuar simplemente.<sup>58</sup>

Los referidos autores desarrollan con claridad meridiana los alcances del principio de legalidad en armonía con lo prescrito en el artículo 226 de la Constitución.

En ese sentido, el principio de legalidad garantiza que el poder público se ejerza por los cauces legítimamente constituidos y por tanto su vigencia constituye garantía de protección de los derechos ciudadanos y expresión fundamental del debido proceso, conforme concluyó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de febrero de 1998, al referirse a la prescripción de acciones del servidor público:

SEXTO.- En el escrito en el que se funda el recurso de apelación del fallo de la Junta de Reclamaciones, el demandado sostiene que en el fallo apelado se ha analizado solamente las formalidades de hecho desechando los aspectos de fondo, como son los actos en los que el actor fue protagonista, **siendo así, por otra parte que la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica no ha intervenido en los sumarios, razones por las cuales solicita se revoque el fallo venido en grado. Ante todo conviene señalar que si bien es cierto que, conforme enseña la doctrina, lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el de el debido proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar**

---

<sup>58</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás -Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, Civitas, Madrid, 2006, p. 449.

**simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otros el de legítima defensa.** De allí que las omisiones de plazos, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, **no constituye la omisión de simples solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las leyes.** En consecuencia, tales omisiones e irregularidades obligan necesariamente al juzgador a declarar la ilegalidad del acto impugnado por más que la motivación de éste fuera aceptable y justificare la resolución adoptada.<sup>59</sup> (Lo subrayado me pertenece)

A la luz de esta sentencia debe quedar claro que el principio que proscribe el sacrificio de la justicia por omisión de solemnidades<sup>60</sup> debe imbricarse con el de benignidad administrativa, los cuales conjugados con el principio de legalidad se orientan a la protección de los derechos de los administrados, para cuya afectación ineludiblemente debe respetarse el debido proceso y procurarse la previsibilidad de las actuaciones públicas.

El artículo primero de la Constitución que consagra la instauración del Estado de Derechos y Justicia, dispone además que *“la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la*

---

<sup>59</sup> Expediente No. 4-99, R.O. 214-S, 17-VI-99

<sup>60</sup> **Constitución de la República del Ecuador; Art. 169.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

### *Constitución.*

De este artículo puede extraerse que, si bien la soberanía radica en el pueblo y su voluntad es el fundamento de la autoridad, su ejercicio debe efectuarse a través de los órganos de poder público y las formas de participación previstas en la ley fundamental. En lo que respecta al ejercicio de la soberanía a través de los órganos de poder público, se infiere que aquellos pertenecen al poder constituido por lo tanto, regido al ordenamiento jurídico y como tales, dotados de potestades que derivan de la Constitución y la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 de la Carta Política.

En este orden de ideas, la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha sido contundente en ratificar al principio de legalidad como el fundamento del obrar administrativo:

Por lo general los actos administrativos se exteriorizan a través de acuerdos, resoluciones, decisiones, decretos, disposiciones, órdenes, autorizaciones, permisos, etc., emitidos por cualquiera de las tres funciones del Estado. Es así como Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y además sus organismos y dependencias expiden actos administrativos. Ahora bien, los actos administrativos producen efectos jurídicos directos que crean, modifican o extinguen derechos subjetivos y que pueden ser impugnados judicialmente ante la jurisdicción contencioso administrativa. **Lo que es evidente es que la noción de acto administrativo, está íntimamente relacionada con la sumisión de la Administración Pública a un determinado régimen de derecho o dicho en otras palabras al principio de legalidad, verdadera cláusula regía dentro de un estado de derecho.** Al respecto cabe citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien manifiesta que: ‘el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma’. (Eduardo García de Enterría y Tomás

Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo 1, Octava Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 539). **El acto administrativo al expedirse, nacer o crearse ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice y prevea ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley.** Del análisis anterior se desprende claramente que para que pueda iniciarse una acción contencioso administrativa, debe existir una manifestación de la voluntad de la administración que vulnere un derecho o interés directo del recurrente, situación que no ha ocurrido en el caso por lo que bien hizo el Tribunal 'a quo' al desechar la acción por prematura.<sup>61</sup> (Lo subrayado me pertenece)

Es incontestable por tanto, la imperatividad de tutelar la vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de los poderes públicos; por esa razón no es admisible asumir que el principio de aplicación directa de la Constitución transita en contravía al de legalidad, al tener que considerarse, que la propia Carta Magna es la norma que preside el ordenamiento jurídico y constituye la base a partir de la cual, se proyectan ambos principios.

Sin embargo la jurisprudencia de la autoproclamada Corte Constitucional, ha sido renuente a reconocer al principio de legalidad como un fundamento esencial del Estado de Derecho, conforme se aprecia del siguiente extracto, que se apoya en uno de los ensayos académicos de su presidente:

---

<sup>61</sup> Resolución No. 407, R.O. 50, 28-III-2003.

Contrario a lo dicho, el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998. [...] El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Así, el Ecuador, ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. **El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social.**<sup>62</sup>

En virtud de lo analizado en el capítulo precedente, ni la Corte Constitucional ni los neoconstitucionalistas nacionales, han logrado proveer de suficiencia y autonomía conceptual a la denominada “fórmula del paradigma constitucional”. Según Luis Fernando Torres, el tránsito del Estado social de derecho a Estado constitucional de derechos y justicia únicamente ha significado que “*el derecho ya no tiene el encargo primordial de limitar al poder político*” con la complicidad de la justicia constitucional, representada por la Corte Constitucional, a la que “*se le encargó una amplia de competencias para que refunde el derecho ecuatoriano*”, con la condición de que “*la interpretación*

---

<sup>62</sup>Patricio Pazmiño Freire, en, Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 11; tomado de la *Sentencia No. 002-09-SAN-CC, R.O. 566-S, 8-IV-2009*.

*constitucional la realice sobre la base de la voluntad de los constituyentes de Montecristi.*”<sup>63</sup>

Criticando la intencionada deformación de la teoría constitucional en el ámbito doméstico, el mismo autor reflexiona:

No es conveniente que el neoconstitucionalismo se apodere totalmente del derecho ecuatoriano. Por ello, es urgente recuperar los ideales del constitucionalismo clásico, tal como los entendieron los ingleses en los siglos XIII y XVII: la limitación del poder por medio de la separación de poderes y la comprensión de la ley como norma general, abstracta, declarada y no creada artificialmente. (...)

La Asamblea constituyente de Montecristi fue invadida por el neoconstitucionalismo. ¿Qué tipo de Estado constitucional construyó esta Asamblea? ¿Acaso un Estado concentrado, sin el concepto tradicional de Ley, con una pluralidad de ordenamientos jurídicos y jueces constitucionales poderosos que le dan coherencia al sistema?

El lado negativo del neoconstitucionalismo es el excesivo poder de los jueces constitucionales. El lado positivo, su vocación por los derechos fundamentales. En todo caso, es importante descubrir lo que preserva el neoconstitucionalismo del constitucionalismo clásico.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*, Presidencialismo constituyente, pg. 329.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, Presidencialismo constituyente, pg. 330.

Evidentemente la recepción de este desdibujado neoconstitucionalismo en nuestro sistema jurídico tiene una incidencia directa en la plena vigencia del principio de legalidad, al pretenderse despojar de los rasgos básicos del flamante modelo de Estado, a la juridicidad como fuente y limitante del ejercicio del poder constituido.

En el ámbito de la atribución de potestades de la Administración y su vinculación indisoluble al principio de legalidad, Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández, enseñan:

No tendría objeto que intentásemos precisar aquí las relaciones entre el Estado (en el amplio sentido de toda forma política suprema) y el derecho. Sí debe decirse, no obstante, que toda organización política se apoya necesariamente en una concepción determinada del derecho y actúa desde y en virtud de la misma. En la medida en que todo poder pretende ser “legítimo” (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden “tener derecho” al mando), todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de un Estado es un Estado de derecho. La formulación kelseniana de una identificación entre Estado y derecho es una simple expresión, más o menos afortunada de este postulado.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 413.

Este categórico argumento, invalida cualquier posibilidad de atribución de potestades por fuera de la juridicidad. En este contexto, añaden los propios autores que *“toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar simplemente.”*<sup>66</sup>

El Tribunal Constitucional del Ecuador, al abordar los componentes básicos de un Estado Social de Derecho a propósito de la potestad de creación de tasas, consideró:

Que, el artículo 1 de la Constitución Política, preceptúa que el Ecuador es un Estado social de derecho. La noción de Estado social de derecho está conformada por tres principios que deben presentarse simultánea y unívocamente: **‘juridicidad, responsabilidad y control’**. **Por el principio de juridicidad ‘El derecho regula minuciosa e imperativamente la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y de sus relaciones con los derechos de los individuos’, el cual debe ser respetado en su concepción más amplia, es decir, tanto el derecho positivo como sus principios generales, que son la expresión del derecho natural. Pero no son sólo los gobernantes quienes deben someter sus actos a la juridicidad, sino todos los hombres.** El principio de responsabilidad supone que la violación a la juridicidad acarrea consecuencias jurídicas. Finalmente, el principio de control establece la necesidad de que los órganos del poder público fiscalicen el respeto a la juridicidad.<sup>67</sup> (Lo subrayado me pertenece)

---

<sup>66</sup> Ibídem, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 423.

<sup>67</sup> Resolución No. 017-2002-TC, R.O. 692, 28-X-2002

De la lectura de este extracto, se evidencia que nuestras magistraturas constitucionales regidas al Estado social de derecho avanzaron del ámbito del principio de legalidad estrechamente vinculado al positivismo jurídico, al de juridicidad que se proyecta no sólo en el campo regulado por la norma, sino en el de los principios generales y los derechos fundamentales proclamados en la Constitución.

Acerca de este avance conceptual, el jurista ecuatoriano Marco Morales Tobar, ilustra:

En la actualidad, se debe mirar el principio de legalidad con mucha mayor amplitud, puesto que el administrador público y la función administrativa no solo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino a la juridicidad de sus actos, esto es han de tener presente al derecho en su conjunto, a la misión que como función pública deben desarrollar, es decir la consecución del bien común, todo ello enmarcado dentro del principio de responsabilidad en su actuación, para que conforme el mandato del artículo 227 de la Carta Primera, sus actuaciones estén enmarcadas en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia. Pero además de aquello, la visión en la que deben fundar sus actuaciones será social, con lo que la libertad de sus realizaciones estará siempre restringida al ámbito de lo social. De otra parte, lo novedoso de la nueva carta radica en el hecho de que las actuaciones de los servidores públicos, siempre estarán sujetas a evaluación, cuestión que luce coherente con el sentido del nuevo orden jurídico, en tanto lo que se quiere lograr son niveles de la mayor calidad, eficiencia y excelencia.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Marco Morales Tobar, Derecho Procesal Administrativo, Editorial de la UTPL, Loja, 2010, pg. 17.

En tal sentido podría afirmarse que, de de la vigencia del principio de juridicidad irradian las garantías de la limitación en el ejercicio del poder, seguridad jurídica y debido proceso.

De manera que no es posible escindir al interés público del ejercicio de las potestades administrativas, que, *“no es el interés propio del aparato administrativo, sino del interés de la comunidad, a la cual, como precisa el artículo 103. 1 de la Constitución española, “la administración pública sirve con objetividad a los intereses generales (...)”. Lo cual comporta dos consecuencias, que viene a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto de la del derecho subjetivo; negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la administración como organización; positivamente la administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias”*.<sup>69</sup>

De lo anotado, se infiere que la atribución de potestades por parte del ordenamiento jurídico debe adherirse al fin público que se expresa en el texto constitucional. Tal mecanismo *“condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades”*<sup>70</sup>.

Como conclusión a este acápite bien vale indicar, que las potestades administrativas se dividen en potestades regladas y potestades discrecionales.

---

<sup>69</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 428.

<sup>70</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 428.

## 2.2 Las potestades regladas

Sobre la base de los principios proclamados en la Declaración de los Derechos de 1789, que consagran el derecho a la libertad (“los hombres naces y mueren libres”; artículo 1), legalidad (“todo lo que no está prohibido en la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena; artículo 5)<sup>71</sup>, reserva de ley en cuya virtud se exige que toda restricción a la libertad originaria precise de una ley (artículo 4), García de Enterría es categórico al afirmar que *“la administración no puede pretender un poder general sobre los ciudadanos, que era el dogma básico del absolutismo, sino solo potestades concretas, construidas por la ley analíticamente, como simples excepciones singulares a la situación básica de libertad”*. En tal sentido, *“la existencia de tales libertades o derechos fundamentales impide necesariamente reconocer poderes ilimitados a la administración frente a los ciudadanos; es justamente, la primera función de institución de tales libertades o derechos básicos”*.<sup>72</sup>

Queda claro que la atribución de potestades públicas a la Administración en aplicación del principio de juridicidad constituye un recaudo para la vigencia de las libertades de los ciudadanos, quienes también en su relación con el Estado, están obligados constitucionalmente a respetar el ordenamiento jurídico.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> La Constitución de la República del Ecuador, al reconocer los derechos a la en su artículo 66, desarrolla en su numeral 29, letra d)

29. Los derechos de libertad también incluyen:

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

<sup>72</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 432.

<sup>73</sup> **Constitución de la República del Ecuador; Art. 83.-** Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.

La indeterminación de fronteras para el ejercicio del poder desconoce tanto el ámbito subjetivo de los derechos de las personas, como el objetivo, en el caso de las organizaciones, lo que se traduce en la anulación del derecho a la libertad.

Partiendo de la premisa de que la atribución expresa de potestades administrativas en aplicación del principio de legalidad rige tanto al ámbito reglado como discrecional, en el primer caso *“la ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (...)”* o en el segundo caso; definiendo *“en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad”*, remitiendo a *“la estimación subjetiva de la administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (por ejemplo: construcción de una obra pública, ascensos o designaciones colectivas de funcionarios o de cargos), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales de la decisión aplicable (por ejemplo: fijación del quantum de una subvención, determinación del contenido de la norma reglamentaria, plan urbanístico, etc.), bien de ambos elementos”*.<sup>74</sup>

De manera que el ejercicio de las potestades regladas *“reduce a la administración a la constatación (accertamento, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo, lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente”*.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 435.

<sup>75</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 435.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, al comparar las potestades regladas de las discrecionales, ha concluido:

(...) Con fines doctrinarios, cabe señalar que la facultad o poder discrecional es el conjunto de facultades que la autoridad ejerce sin que ninguna regla positiva de derecho le trace el camino que debe seguir en cada caso (Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 1966, p.152), en tanto que la **potestad reglada, vinculada u obligatoria, es aquella que la ley otorga y exige imperativamente al órgano administrativo, y cuyo cumplimiento es una obligación ineludible. Entonces, una actuación es reglada cuando la ley o el reglamento lo prevé expresamente y determina, de manera rigurosa su contenido y forma. La doctrina moderna del derecho administrativo sostiene que las facultades discrecional y reglada pueden coexistir en el acto administrativo y son consideradas como cualidades del mismo; por lo tanto, no se puede aceptar la alegación del actor en el sentido de que si la Ministra Fiscal tenía facultades discrecionales no las tenía regladas. En el caso en examen, el proceso de convocatoria, otorgamiento de puntajes y conformación de la terna constituyen actos reglados por naturaleza, en tanto que para la designación entre los tres mejor puntuados, el Ministerio Público, debe hacer uso de su facultad discrecional, la misma que está atribuida a todos los órganos públicos.** Sin ese margen de discrecionalidad, la administración simplemente no podría funcionar. Sin que sean necesarias otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto.- Sin costas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese. ...”<sup>76</sup> (Lo subrayado me pertenece)

---

<sup>76</sup> Resolución No. 67-07, Sala de lo Contencioso Administrativo, E. E. 9, 11-I-2008

En virtud de los argumentos expuestos, puede determinarse de manera concluyente, que la Administración ante una potestad reglada cumple una mera labor de ejecución al verificar el cumplimiento del presupuesto de hecho, labor que no precisa de valoración subjetiva alguna, por parte del administrador.

### **2.3 Las potestades discrecionales**

Al iniciar el análisis de las potestades discrecionales, en su célebre ensayo “*La lucha contra las inmunidades del Poder*”, Eduardo García de Enterría, citó al jurista suizo Hans Huber, quien elocuentemente se refirió a aquellas “*como el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho*”.<sup>77</sup>

Y ciertamente tal manifestación no es exagerada, habida cuenta que la discrecionalidad, definida por el propio García de Enterría, como la “*libertad de apreciación por la Administración*”, ha sido una fuente inagotable de conflicto en el ámbito doctrinario, normativo y jurisdiccional administrativo.

En este orden el artículo 2 del Reglamento de Control de la Discrecionalidad, dispone:

**Art. 2 del Reglamento de Control de la Discrecionalidad.- DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.-** La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni

---

<sup>77</sup> Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, pg. 9, documento tomado de la página web, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962\\_038\\_159.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962_038_159.PDF), julio de 2010.

sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.

En el acápite anterior se había manifestado que las potestades discrecionales difieren de las regladas, en el sentido de que la misma ley reconoce un margen de interpretación al administrador expresado en uno de los elementos del acto. Eduardo García de Enterría, señala cuatro elementos reglados por la ley en toda potestad discrecional:

(...) la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y-dentro de este-a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> *Ibíd.*, La lucha contra las inmunidades del poder, pg. 437.

En este ámbito, resulta evidente que la discrecionalidad constituye una expresión del principio de legalidad con límites especialmente tasados, encadenados al fin de la actividad pública que es atribuida al organismo, titular de la potestad. Por lo que la doctrina ha sido categórica en insistir que la discrecionalidad no significa bajo ningún punto de vista arbitrariedad. Buen ejemplo de aquello, constituye lo anotado por el doctor Marco Morales Tobar:

El margen de actuación de la autoridad administrativa, no le puede llevar a consideraciones *extralege*, su libertad de actuación y el sentido de apreciación de la realidad fáctica en ningún caso le puede alejar de la determinación racional de las cosas, de tal suerte que como veremos más adelante, el obrar administrativo no puede convertirse en arbitrario, despótico, totalitario ni atrabiliario, es decir, debe guardar ciertas formas y rituales en su proceder, a los efectos de que al momento de fiscalizar dichas actuaciones, las mismas tengan sustento en cuestiones de orden jurídico y técnico.<sup>79</sup>

De manera que debe reconocerse que el reconocimiento de potestades discrecionales es consustancial a la dinámica administrativa, en virtud de cuyos fines es indispensable asumir al ordenamiento jurídico como una estructura versátil y cambiante. No se compadece con la realidad, la postura tendiente a defender la gestión administrativa como un “*simple juego automático de normas*”, así su control, constituya “*un desafío para la justicia*”.<sup>80</sup>

La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en armonía con la concepción jurídica moderna sobre la discrecionalidad administrativa, concluyó:

---

<sup>79</sup> *Ibíd*em, Derecho Procesal Administrativo, pg. 30.

<sup>80</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 437.

(...) La ley es la única fuente de los actos administrativos, exista o no en estos elementos discrecionales (Art. 119 de la Constitución Política de la República). La diferencia está en que la ley o el reglamento en la mayor parte de los actos regla hasta el detalle la realización de los actos administrativos, siendo este el caso de los actos reglados, pero puede suceder que, **si bien la ley regla la posibilidad del nacimiento del acto administrativo, deja algún detalle o elemento sin reglar, dejando al criterio subjetivo del administrador y en tal evento estamos ante la existencia de actos administrativos en los que el administrador puede ejercer la potestad discrecional. La labor del Juez en el primer caso, es decir en el de los actos administrativos totalmente discrecionales, se reduce a establecer si el administrador cumplió con toda la normatividad establecida por la ley; en tanto que habiendo elementos discrecionales en un acto administrativo, el Juez debe ejercer su labor de control de la legalidad, primero estableciendo si el administrador al producir el acto administrativo, cumplió con los elementos reglados que en él existen y si esto ocurre, tendrá que someter el caso a los métodos de control de la discrecionalidad que la moderna doctrina administrativa los acepta universalmente.** Y es que conforme hemos demostrado anteriormente en todo acto administrativo existen elementos reglados aunque coexistan elementos discrecionales. La doctrina universal ha establecido la existencia de por lo menos cuatro elementos reglados en todo acto administrativo en el que se haya ejercido la potestad discrecional, los cuales aparecen de la normatividad legal. Estos son: a) La existencia misma de la potestad; b) La extensión de tal potestad discrecional, la cual conforme señalamos anteriormente no puede ser absoluta; c) El órgano atribuido de la competencia para ejercer la potestad discrecional; y, d) El fin por el cual la ley ha concedido tal potestad discrecional al administrador (...).<sup>81</sup> (Lo subrayado me pertenece)

---

<sup>81</sup> Resolución No. 298-2001, R.O. 552, 10-IV-2002.

Por consiguiente, no debe perderse de vista que la discrecionalidad se refiere a la existencia de elementos discrecionales dentro de un acto administrativo que se compone tanto de actos específicamente tasados como de *“otros configurados por la administración subjetiva de la administración ejecutora”*.<sup>82</sup> Por lo tanto, tales elementos discrecionales en la medida que constituyan una manifestación legítima de autoridad pública, encuentran su origen y límites en la propia norma jurídica.

### **2.3.1 El control de la discrecionalidad administrativa**

Los denodados intentos por sustraer a la discrecionalidad administrativa del control judicial, históricamente han activado el debate acerca del alcance de la actividad administrativa y de su control en sede jurisdiccional.

Nuestra vetusta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968, en su artículo 6, ha apartado de la jurisdicción contencioso administrativa, las cuestiones que *“por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración.”*

Salta a la vista la inconstitucionalidad de dicha disposición, irregularidad que no ha constituido obstáculo para que se examine la constitucionalidad y legalidad de los actos discrecionales en los tribunales domésticos, debiendo aceptarse no obstante, la penosa concertación jurisprudencial entorno a dicho criterio.

---

<sup>82</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 437.

García de Enterría, al referirse a la Ley de lo Contencioso Administrativo española de 1952, en la que constaba una disposición similar a la transcrita, acusando la inaceptabilidad de su contenido en un Estado de Derecho, reseñaba:

Conocen ustedes sobradamente el concepto de poderes discrecionales, de actos discrecionales. El sistema de la inmunidad judicial de los mismos, presente todavía en la Ley anterior de 1952, era el de la eliminación pura y simple de todos los actos discrecionales en bloque. Allí donde se daba un acto discrecional—y debemos decir que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad—, allí, el juez, sin más, constatando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo.<sup>83</sup>

El origen de la inmunidad judicial que se les ha pretendido atribuir a los actos discrecionales radica en su histórica equiparación a los actos políticos o de imperio conforme se aprecia del artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador.

De modo afortunado, surgió *“tempranamente (en el primer tercio del siglo XIX) en Francia el recurso llamado de “exceso de poder” como una excepción a esa inmunidad, para controlar, aunque excepcionalmente, los actos de autoridad en alguno de sus aspectos, ya que no en su fondo”*.<sup>84</sup>

En la actualidad, todo intento por sustraer cualquier acto de la administración pública del control constitucional, constituye una violación flagrante a la vigencia del Estado de Derecho y a los derechos fundamentales que consagra.

---

<sup>83</sup> *Ibíd*em, La lucha contra las inmunidades del poder, pg. 117.

<sup>84</sup> *Ibíd*em, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pg. 446.

El mismo García de Enterría es categórico, al sostener que no existe acto de la Administración Pública, exento de control jurisdiccional:

Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados.<sup>85</sup>

En este contexto, la disposición del artículo 173 de la Constitución dispone:

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

Son incontables las veces que la Administración Pública ha pretendido sustraer el control de sus actuaciones a través del patético mecanismo de atacar la impugnabilidad de los mismos, en función de su denominación. De modo que el término “actos administrativos”, no debe mirarse de modo restrictivo conforme la definición que le ha conferido la ley y la doctrina, sino que debe asumirse como toda manifestación de la potestad administrativa. Sobre este aspecto, el voto salvado emitido a propósito de las facultades del Congreso Nacional en relación a la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, patentiza el deber ser del alcance del control de las actuaciones administrativas en un Estado de Derecho:

---

<sup>85</sup> Ibídem, La lucha contra las inmunidades del poder, pg. 191

SEXTA.- En el desarrollo del Derecho Administrativo, dos manifestaciones de poder han buscado la exclusión del control, a saber, los llamados actos discrecionales y los actos políticos o de gobierno; **sin embargo, en el orden doctrinario, legislativo y jurisprudencial, estas prerrogativas que favorecen la arbitrariedad han sido excluidas, aunque no por ello, el poder deje de ser recurrente en invocar estas figuras para justificar ciertas actuaciones y excluirlas del control.** En nuestro ordenamiento constitucional, es importante remitirnos, en orden de comprensión sistemática, a las siguientes disposiciones normativas de valor superior: el Art. 196 de nuestra Constitución que consagra el principio fundamental de tutela general de los actos administrativos generados por cualquier autoridad pública, por la que, entonces, no existe acto, manifestación de poder que no esté sometida a control; los Arts. 20, 21 y 22 que establece los principios de responsabilidad pública, lo que es lo mismo decir la noción y principio de un Estado Responsable o justiciable, por sus acciones y omisiones; y, lo dispuesto en los Arts. 120 y 121 de nuestra Constitución, por la que se consagra el principio de responsabilidad de los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, los que, en ningún caso, están exentos de responsabilidades en el ejercicio de Funciones públicas. **Por tanto, en un Estado de Derecho, donde el control judicial y constitucional es consustancial a su propia existencia como Estado, tal control no puede ser mera declaración y se desenvuelve en los ámbitos simultáneos y concurrentes señalados: a) No existe manifestación de potestad, de ningún órgano ni función pública excluida de control; b) El Estado es responsable por las acciones y omisiones de sus funcionarios; c) La función pública, definida como servicio a la colectividad que exige capacidad, honestidad y eficiencia, impone responsabilidad a los funcionarios, dignatarios y servidores, sin exclusión, en el cumplimiento de sus Funciones y servicios.**<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> Resolución No. 0003-2005-TC, R.O. 413-S, 8-XII-2006

Apuntala lo defendido en dicho voto, lo señalado por el Dr. Marco Morales Tobar en relación a la añeja e incansable práctica administrativa, de sustraer sus actos de control jurisdiccional:

En consecuencia, no es aceptable que simples fórmulas denominativas o apasionados debates doctrinarios, sustraigan a las manifestaciones de actuación administrativa de la tutela judicial efectiva y de su control jurisdiccional. Categórico es Pablo Esteban Perrino (2003), al concluir que el acto administrativo no es el objeto del proceso “sólo se constituye en un determinado tipo de controversia contenciosa administrativa, en un presupuesto de aquélla”. (El derecho a la tutela judicial efectiva, Revista de Derecho Público: Proceso Administrativo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 264)<sup>87</sup>

Por los argumentos expuestos, fluye con claridad que las potestades administrativas indistintamente de que sean regladas o discrecionales, devienen del ordenamiento jurídico y por lo tanto la legitimidad de su ejercicio, se perfecciona con el cumplimiento de sus fines, los cuales indefectiblemente habitan en la norma jurídica. De manera que, la divergencia entre ambos tipos de potestades radica en la inclusión de un elemento discrecional dentro del acto, lo que involucra que dentro del control jurisdiccional se evalúe la concordancia de su aplicación con el propósito de la norma.

En definitiva, asumir a la legalidad como una posibilidad y no como un imperativo dentro de un Estado de Derecho, significa la demolición de la estructura de una sociedad regida a las disposiciones de un poder objetivo, jurídicamente organizado.

---

<sup>87</sup> *Ibídem*, Curso de Derecho Procesal Administrativo, pg. 114.

Se ha demostrado que tanto la degradación del principio de legalidad como la insistencia en la inmunidad judicial de determinados actos de la Administración, apuntan al derrumbamiento de los controles para el ejercicio del poder público.

Como colofón al presente acápite, el diagnóstico de Fabián Corral respecto a esta nueva noción constitucional es muy decidor:

Todo este esquema previsto en la Constitución está relacionado con la laxitud de las normas jurídicas para el Estado, bajo el argumento, que paulatinamente se irá perfeccionando, de que al no ser Ecuador un “Estado de derecho” en los términos ortodoxos y liberales del concepto, la “legalidad” será no un mandato, sino una opción, y las políticas se convertirán en fértil campo para ejercer potestades discrecionales no impugnables.<sup>88</sup>

#### **2.4 El principio de legalidad y su vinculación con los principios del debido proceso y seguridad jurídica**

Teniendo presente que el principio de legalidad constituye la piedra angular de un Estado de Derecho, no es forzoso inferir que su respeto constituye presupuesto de la vigencia de los principios del debido proceso y seguridad jurídica.

El artículo primero de nuestra Constitución al proclamar que la soberanía radica en el pueblo, “*cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución*”,<sup>89</sup> está reconociendo el establecimiento de una sociedad organizada

---

<sup>88</sup> Ibídem, Las Paradojas de la Constitución Ecuatoriana de 2008, pg. 274.

<sup>89</sup> **Constitución de la República del Ecuador; Art. 1.-** El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

jurídicamente que tolera el ejercicio del poder a través de los órganos constituidos cuyo nacimiento y potestades devienen de la norma jurídica.

Correlativamente el más alto deber del Estado que consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Carta Política, se lo liga al principio de responsabilidad de la Administración Pública<sup>90</sup>, garante fundamental de los principios y reglas del debido proceso.

---

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

<sup>90</sup>**Constitución de la República del Ecuador; Art. 233.-** Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

El artículo 76<sup>91</sup> de la norma primera dispone que “*en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso*”, que se compone básicamente de las garantías a a que toda autoridad

---

<sup>91</sup> **Constitución de la República del Ecuador; Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

administrativa o judicial salvaguarde el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; la presunción de inocencia; el principio de reserva legal en materia de tipicidad de infracciones; la nulidad de pruebas obtenidas en violación a la Constitución o la ley; la proporcionalidad entre infracciones y sanciones, la aplicación de la sanción menos rigurosa en caso de conflicto de leyes así como el elenco de los derechos a la defensa que se enlistan en el numeral 7 del referido artículo, de los cuales destacan en el ámbito administrativo, los derechos de motivación y a recurrir a las resoluciones en todos los procedimientos en los que se decidan derechos.

Asimismo el artículo 169 de la Carta Magna proscribire el sacrificio de la justicia por la sola omisión de solemnidades y destaca como principios del sistema procesal a los de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, los cuales deben destinarse a asegurar las garantías del debido proceso.

A este elenco de garantías, debe agregarse el derecho a la seguridad jurídica prescrito en la Constitución<sup>92</sup>, el que además ha sido consagrado jurisprudencialmente como componente del derecho fundamental al debido proceso:

SEGUNDO.- Cuando se acusa violación a las disposiciones constitucionales, este cargo ha de ser analizado en primer lugar, ya que al ser la Constitución Política de la República la norma suprema del Estado, a la cual han de ajustarse todas las normas secundarias y las actuaciones de la autoridad pública y de los ciudadanos, la afirmación de que se está desconociendo los mandatos contenidos en la Constitución impone revisar en primer lugar y con especial detenimiento tal aserto, ya que de ser fundado el

---

<sup>92</sup> **Constitución de la República del Ecuador.- Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

cargo, todo lo actuado quedará sin valor ni eficacia alguna, por lo que no puede realizarse ligeramente una afirmación de esta naturaleza, sino que se ha de proceder con seriedad, responsabilidad y respeto tanto frente al texto constitucional como en relación con la autoridad y los ciudadanos en general. El principio contenido en el numeral 26 del artículo 23 de la Carta Política, al igual que otros principios constitucionales que aseguran el debido proceso y el acceso a los tribunales de justicia, y las demás garantías constitucionales establecidas en los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia ‘... constituyen garantías básicas sobre las cuales se construye el sistema jurídico del país y, particularmente, el sistema judicial. Son guías para que el legislador dicte las normas que los van desarrollando, y para que éstas se interpreten y apliquen en forma cotidiana y permanente en los casos concretos que están en conocimiento de los jueces. Pueden éstos violar tales principios, pero al mismo tiempo se violarán las normas secundarias que son la aplicación concreta de estas garantías, de tal manera que si se alega que en una resolución judicial se ha producido tal violación, ésta debe ser probada puntualmente, determinando con absoluta precisión en qué parte de la sentencia se desconoce el principio constitucional invocado. No cabe la violación en abstracto de tales principios, ni puede constituir el fundamento de la alegación, la insatisfacción que puede sentir un litigante si el juez no acepta su pretensión o la acepta parcialmente, porque considera, con la plenitud de su potestad de juez, que no existen en el proceso los fundamentos de derecho o de hecho que sustenten la reclamación formulada...’, conforme lo dijera este Tribunal en su Resolución No. 50 de 11 de marzo del 2002, dictada en el juicio 173-2001. Sobre la garantía constitucional a la seguridad jurídica, Alberto Wray (‘El debido proceso en la Constitución’, en *Iuris Dictio*, revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, vol. 1, No. 1, enero 2000, p. 39) dice: ‘En la doctrina, el concepto alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros. Propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico

proscribe cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta. No se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. Si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. **Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica. Esto ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas. De aquí nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica. De hecho, esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo.’ La seguridad jurídica no es sinónimo de inmovilismo; el derecho tiene una dinámica acorde con la evolución de las sociedades y debe permanentemente ajustarse a las necesidades de ésta.** En la especie, el recurrente se ha limitado a decir que se ha violado su derecho a la seguridad jurídica, ‘al establecer el nefasto precedente de que cualquier persona por el simple hecho de elaborar facturas a nombre de terceras personas, pueda demandarlas y exigir el cumplimiento de obligaciones inexistentes, sin probar el origen o motivo de las mismas.’, argumento que no se compadece con lo que la jurisprudencia y doctrina citadas dicen, por lo que esta acusación carece de fundamento.” (Lo subrayado me pertenece)

Queda claro que el principio de seguridad jurídica se proyecta en el ejercicio de la potestad normativa y no en las manifestaciones individuales del órgano en el ejercicio de sus funciones.

Acogiendo la defensa de los derechos fundamentales como el pilar fundamental sobre el cual descansa el Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de julio de 2003, ante la acción de amparo constitucional propuesta en contra del Gerente del Primer Distrito de la CAE por la imposición de una salvaguarda y/o sobretasa a la importación de bienes y servicios, en la parte considerativa de su sentencia manifestó<sup>93</sup>:

Que, el inciso primero del artículo 257 de la Constitución de la República dispone que "Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos". Esta norma consagra el principio de reserva de ley en materia tributaria, el cual es recogido por el Código Tributario en su artículo 3, cuando determina que La facultad de establecer, modificar o extinguir tributos es exclusiva del Estado, mediante Ley; en consecuencia, no hay tributo sin Ley". **Ahora bien, el establecimiento de un tributo implica la determinación de sus elementos esenciales, a saber, el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía o la forma de establecerla, y las exenciones y deducciones, tal como lo prevé el artículo 4 del Código Tributario.**

**Tal determinación de elementos constituye una exigencia que impone, no una norma específica, sino el ordenamiento jurídico todo.** En efecto, si en éste se encuentran incorporados derechos fundamentales, y si el actuar de los poderes públicos

---

<sup>93</sup> RO 129, 21 de julio de 2003, Nro. 151-03-RA

está condicionado por la legalidad y la legitimidad, jurídicamente la aplicación práctica del tributo reclama definiciones. **Tal es una exigencia de la seguridad jurídica, del respeto al derecho de propiedad y de la subordinación de la administración tributaria al derecho, conforme a los artículos 23 numerales 23 y 26, y 119 de la Constitución de la República**". (Lo subrayado me pertenece)

Con razón concluyó el máximo Tribunal de interpretación constitucional, que la aplicación práctica del tributo debe acreditar la preexistencia de una norma jurídica que defina sus elementos esenciales, independientemente de su jerarquía, pues tal demanda constituye una exigencia del ordenamiento jurídico ya que en el caso de la relación jurídica tributaria, se involucran indefectiblemente derechos fundamentales de los cuales pueden destacarse, los de propiedad, seguridad jurídica y subordinación de los poderes públicos al Derecho.

Por consiguiente es nítida la relación indisoluble entre los principios de legalidad y seguridad jurídica en la vigencia del debido proceso, mismos que conforme se ha demostrado, tienen una presencia transversal en la propia Constitución de Montecristi, que fundó el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

De tal suerte que, es por decir lo menos irresponsable interpretar que la categorización del estado como "constitucional de derechos y justicia" se orienta a la progresiva degradación del principio de legalidad conforme ha pretendido la autoproclamada Corte Constitucional. La propia Carta Magna en instrumentos que penetran el sistema jurídico en múltiples aspectos, como el caso de las políticas

públicas, contempla su sometimiento al orden jurídico y la consecuente posibilidad de impugnarlas en el ámbito judicial y constitucional.<sup>94</sup>

Como colofón, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional cuyos miembros posteriormente se autoproclamaron magistrados de la Corte Constitucional, en la cual tales jueces se declararon incompetentes para revisar los mandatos constituyentes en resguardo del principio de juridicidad<sup>95</sup>:

Existen también claras razones jurídicas que sustentan esta decisión y que tienen que ver con la naturaleza jurídica y la función constitucional que desarrolla el Tribunal Constitucional.

En el plano jurídico constitucional, no hay que olvidar que el Tribunal Constitucional es un órgano del poder constituido, lo cual significa que está supeditado al principio de legalidad establecido en el artículo 119 de la Constitución, según el cual: “las instituciones del Estado (...) no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley”.

En la medida que los artículos 276 de la Constitución Política, 18 y 23 de la Ley de Control Constitucional, establecen cuáles son las atribuciones del Tribunal, y en ellas no

---

<sup>94</sup> **Constitución de la República del Ecuador; Art. 88.**- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

<sup>95</sup> Citando al autor De Otto, en dicha sentencia el Tribunal Constitucional, definió al principio de juridicidad :

Principio de Juridicidad es el nombre contemporáneo del clásico principio de legalidad según el cual mientras los particulares son libres de hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley, el Estado solo puede hacer aquello que le está estrictamente atribuido en una norma jurídica. Sobre el particular Ver: De Otto, I. Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes, Editorial Ariel, Barcelona, 1988.

se incluye la facultad de revisar la constitucionalidad de los Mandatos Constituyentes, ni de ningún acto de la Asamblea desarrollado en ejercicio del poder constituyente, es evidente que el Tribunal Constitucional carece de competencia para juzgar la constitucionalidad de este tipo de actos.

En consecuencia, la conclusión es obvia, en el caso que nos ocupa, existe lo que la doctrina procesal internacional, se conoce como inepta demanda, por falta absoluta de competencia.”<sup>96</sup>

Resulta inadmisibles que el Tribunal Constitucional haya resignado su deber jurídico irrenunciable de revisar la constitucionalidad de toda manifestación jurídica de los poderes públicos, cobijándose falazmente en el principio de legalidad. Sin embargo en el tema que nos ocupa, la promoción y protección de los derechos fundamentales que constituye el deber más alto del Estado constitucional de Derechos y Justicia no es alcanzable sin la limitación jurídica del ejercicio de poder, a través de la expedición de normas claras, determinadas y ciertas en aras del derecho de seguridad jurídica que al igual que el principio de legalidad, se inserta en las garantías del debido proceso.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Expediente No. 0043-07-TC, Pleno del Tribunal Constitucional, R.O. 286-S, 3-III-2008

<sup>97</sup> La Corte Constitucional de Colombia al analizar el alcance de la cosa juzgada dentro de la sentencia C-467/09, estableció que el principio de legalidad forma parte del debido proceso:

“El principio de legalidad, que forma parte del debido proceso, se halla consagrado en varias normas constitucionales, principalmente en los artículos 6 y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden ser juzgados “*sino conforme a las leyes preexistentes*” y que “*sólo son responsables por infringir la constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. Así mismo, acerca de la regulación de las atribuciones de los funcionarios públicos, los artículos 122 y 123, inciso 2, determinan que estos “*ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento*” y que “*no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*”. Por último, en cuanto a la responsabilidad de los empleados públicos, el artículo 124 superior establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos.”

## CAPÍTULO III

### 3. LA TENSION ENTRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

#### 3. 1. Conflicto entre dos principios reconocidos constitucionalmente

Demostrada la categoría de los principios de juridicidad y aplicación directa de la Constitución, como pilares fundamentales de un Estado de Derecho, no es admisible que la vigencia de uno, signifique el vaciamiento del contenido del otro.

Por el contrario y a la luz del artículo 11, numeral 6 del Código Constitucional, la interdependencia e idéntica jerarquía de los principios y derechos reconocidos en la en ley fundamental, exige que los operadores jurídicos armonicen su aplicación de forma integral a fin de no menoscabarlos en su labor interpretativa, en el grado que corresponda a cada uno, sean éstos jueces o autoridades administrativas.

Sobre este respecto el Tribunal Constitucional del Ecuador ha concluido:

Que, se hace necesario señalar que el Juez Constitucional debe tener presente ciertos principios de interpretación, enriquecidos por la doctrina internacional constitucional, como aquel de la unidad de la constitución. **Según este principio, la**

**norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional, y agregaríamos, en concordancia con los instrumentos internacionales legalmente aprobados. El segundo principio es el de concordancia práctica, según el cual los bienes constitucionales protegidos deben ser coordinados y ponderados en un momento dado y frente a un caso concreto, se tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas de la Constitución. El tercer principio es el de eficacia integradora de la Constitución, en virtud del cual, uno de los propósitos fundamentales de ésta, es lograr la unidad política y de todos sus componentes y hacia allá hay que dirigir una serie de decisiones** (agregaríamos que la concepción correcta es la de la unidad política, como medio de paz y de armonía sociales y de un desarrollo sostenido, equitativo y dignamente justo). Por último el principio de la fuerza normativa de la Constitución, claramente consignado en nuestra Carta Política, según el cual se reconoce su supremacía, cuyas normas prevalecen sobre cualquier otras las que deben mantener conformidad con sus disposiciones, caso contrario carecen de valor (artículo 272).<sup>98</sup> (Lo subrayado me pertenece)

Lamentablemente, nuestra Corte Constitucional se ha atrincherado en la posición de consagrar el nuevo paradigma constitucional inaugurado por el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, arremetiendo contra la noción del Estado de Derecho:

**Se ha criticado mucho esta forma de Estado escogida por la Asamblea Constituyente, tildándola, generalmente sin argumentos, de novelería**

---

<sup>98</sup> Expediente No. 078-99-TP, R.O. 346-S, 24-XII-99.

**constitucional.** Quienes sostienen esta tesis crítica, consideran que la única forma de Estado, no es más que una digresión retórica dirigida a encubrir el autoritarismo implantado en el Ecuador.

(...) **El Estado de Derecho hace tiempo, después de la primera guerra mundial, abandonó en casi todo el mundo la forma de Estado de legalidad, como una manera de salir de la crisis social derivada de las carencias del Estado policial, que solo garantizaba la igualdad formal de los ciudadanos a través de la ley, pero que mantenía intactas las desigualdades e inequidades sociales.** Dio paso al Estado social de Derecho, que fue reemplazado en América Latina y en algunos lugares del sur de Europa y Europa del Este después de 1989, por el Estado social del mercado.

**La crisis del modelo neoliberal y las promesas incumplidas del Estado social de mercado, han llevado a la discusión teórica sobre la necesidad de reemplazarlo, especialmente en América latina, donde el Estado social nunca tuvo realización efectiva y esta sustitución se hace, precisamente por el Estado Constitucional de los derechos.**

Cuando se habla del Estado constitucional de los derechos, nos referimos a un tipo de Estado democrático e igualitario, que busca superar las limitaciones del Estado liberal en sociedades altamente inequitativas como las latinoamericanas. Es un estado constitucional porque se trata de una forma estatal sometida al derecho, pero en primer lugar, a la norma constitucional; es un estado igualitario, porque busca garantizar a la población mínimas condiciones de vida digna y la eliminación progresiva de las desigualdades sociales; y se trata de un estado democrático, porque propone la superación de la democracia representativa (democracia formal), a través de la participación protagónica de la ciudadanía en los asuntos del Estado (democracia sustancial).

Finalmente, lo que es más importante, se trata de un Estado jurídicamente vinculado a la realización de los derechos, porque éstos dejan de ser postulados retóricos y máximas de optimización, para convertirse en razón de ser material del estado mismo, que adopta una función instrumental que le dota de legitimidad: la realización efectiva de los derechos fundamentales, lo cual significa hacerse cargo de los problemas reales y cotidianos de las personas de carne y hueso, para lo cual, lo primordial es la garantía efectiva, vía judicial de los derechos.

El Estado constitucional de los derechos, constituye efectivamente el perfeccionamiento del Estado de legalidad, en el que se redimensiona en primer lugar, el carácter de la ley, como fuente principal material del ordenamiento jurídico, en el que se consagra sin embargo una supremacía constitucional meramente formal; en el nuevo paradigma, la primacía de la Constitución es real e implica que todas las fuentes del derecho, incluida la ley tienen la posición subordinada que la Constitución les asigna.

**Este nuevo Estado ecuatoriano no es, por supuesto, un Estado de legalidad como el que imperaba en el Ecuador hasta el 20 de octubre de 2008; y por tanto, no puede ser enjuiciado, como pretenden los críticos de la nueva Constitución, con las categorías analíticas que explicaban teóricamente al Estado europeo decimonónico. El estudio del Estado constitucional de los derechos, implica la adopción de nuevas metodologías e instrumentos de interpretación y comprensión de la realidad jurídica, que van más allá de la separación de poderes y la consagración formal de los derechos de las personas. El Estado ecuatoriano actual es un estado jurídicamente comprometido con la realización efectiva de los derechos, que se han convertido en instrumentos de materialización del buen vivir que propugna la Constitución.**<sup>99</sup> (Lo subrayado me pertenece)

---

<sup>99</sup> Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC, Segundo Suplemento de Registro Oficial, 12 de diciembre de 2008.

La sentencia transcrita patentiza el intenso activismo político de la Corte Constitucional, que avasalla aquella noción de estado asentada en la delimitación jurídica del poder como garantía a las libertades ciudadanas, privilegiando la concepción de un estado, comprometido con “*la realización efectiva de derechos*” y la “*materialización del buen vivir*”, a “*través de nuevas metodologías e instrumentos de interpretación y comprensión de la realidad jurídica*”,<sup>100</sup> mecanismos indeterminados cuyos rasgos básicos, la máxima magistratura, ha sido incapaz de desarrollar hasta la fecha. Correlativamente, la delimitación de las fronteras, dentro de las cuales deban aplicarse tales “metodologías e instrumentos”, en sujeción a la norma constitucional que impone a las autoridades jurídicas aplicar directamente la Constitución, conlleva la necesidad de delimitar el alcance de dicha obligación en sede administrativa.

Es tramposo asumir al principio de legalidad como la mera conformidad a la ley, en los términos acuñados por nuestra Corte Constitucional. Si bien el principio de legalidad primordialmente, establece la competencia y el control de los organismos públicos, lo que demanda que tales componentes se proyecten en una norma jurídica, no puede inferirse que dicha condición se traduzca en “el irracional apego a la ley”, al contrario, su salvaguarda, ampara la previsión de que toda limitación de derechos que opera al activarse toda manifestación del poder público tenga su sustento en el ordenamiento jurídico. Tal recaudo evidentemente debe ser una condición *sine qua non* de todo Estado de derecho, independientemente del grado de diferenciación que alcance; léase Estado social de derecho, Estado social de mercado, etc.

En este contexto, Roberto Islas Montes, acota:

---

<sup>100</sup> *Ibíd.*, Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC.

Por otra parte, existe un grado de legalidad superlativo: la constitucionalidad o supralegalidad. Rolando Tamayo y Salmorán dice que **“es fácil percatarse (de) que el “principio de constitucionalidad” (...) no es sino un caso especial de legalidad. Esta establece la competencia y el control, y la conformidad del ejercicio de la competencia y el resultado de ella con el ordenamiento supremo del Estado; además, faculta y vigila la adecuación de los actos de autoridad al orden supralegal,** porque

(...) en un Estado de derecho moderno, no basta con la existencia de normas jurídicas y con el apego a las mismas por parte de quién (es) detenta (n) el poder político sino que **es necesario, para garantizar efectivamente el imperio de la legalidad, que esas normas cuenten con una serie de características en su origen y estructura...y que sean aplicadas respetando determinados criterios (...)**<sup>101</sup>-

La diferencia entre la legalidad y la constitucionalidad es que aun las leyes como actos del Estado deben adecuarse al ordenamiento jurídico; **así, el principio de legalidad establece que todo acto emanado del Estado se adecue a las leyes y a la Constitución, y que aun aquellos actos no subordinados a ley alguna deben adecuarse a la Constitución.**<sup>102</sup> (Lo subrayado me pertenece)

En tal sentido, es coherente asumir que los principios de constitucionalidad y legalidad si bien difieren en el grado, convergen en un mismo fin, el cual radica en la salvaguarda del ordenamiento supremo del Estado, cuyo deber más alto consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

---

<sup>101</sup> Cita de Los publicistas, o.cit. “Excursus II”, p.241 en *Sobre el principio de legalidad*, Rubén Islas Montes, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2009, pg. 103.

<sup>102</sup> Rubén Islas Montes, *Sobre el principio de legalidad en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, pg. 103.

La tensión suscitada entre los principios de legalidad y aplicación directa en el ámbito administrativo se desencadena en el escenario de la interpretación normativa. De manera que, se infiere que la aplicación directa de la Constitución no puede ser escindida de la obligación constitucional contenida en el artículo 427 que dispone que las normas constitucionales deban interpretarse por el tenor literal que más se ajuste a la Carta Magna en su integralidad y en caso duda, en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Sobre la fuerza normativa de la Constitución y su proyección en los principios de interpretación constitucional, la Corte Constitucional del Ecuador, concluyó:

Respecto a la Fuerza normativa de la Constitución el ex Tribunal Constitucional ecuatoriano se pronunció de la siguiente manera: "[...]el principio de la fuerza normativa de la Constitución, claramente consignado en nuestra Carta Política, según el cual se reconoce su supremacía, **cuyas normas prevalecen sobre cualquier otras las que deben mantener conformidad con sus disposiciones, caso contrario carecen de valor (artículo 272). Si una ley admite dos interpretaciones o más debe escogerse aquella que sea conforme con la Constitución y/o con los instrumentos internacionales referentes a los derechos fundamentales del hombre.** Jorge Carpizo, Linares Quintana y otros concuerdan en que los principios de interpretación constitucional son en especial: 1.- La unidad de la Constitución; 2.- El principio 'favor libertatis'; 3.- **La mayor jerarquía de la norma constitucional**; 4.- El principio de la divisibilidad de las normas impugnadas; y, 5.- Tener como principal referente las situaciones sociales, económicas y políticas existentes. De la amplia gama de principios o reglas mencionadas, por los distintos tratadistas, existe concordancia o coincidencia, con ligeras variantes en lo siguiente: a) Al dictar una resolución el Juez Constitucional

debe interpretar las normas constitucionales, no sólo como un medio para promover el actuar de la Carta Política, tomada en su integridad, sino como una unidad y en su conjunto, en relación directa con los instrumentos internacionales vigentes y en particular con la Carta Internacional de los Derechos Humanos de la ONU; b) Debe existir concordancia entre las normas antes mencionadas y si existe discrepancia darle preferencia a la parte dogmática sobre el resto de la Constitución y sobre todo la efectiva vigencia de los derechos humanos; c) **El principio de la fuerza normativa de la Constitución no puede ser eludido en ninguna circunstancia ya que sus normas prevalecen sobre las demás leyes, sean éstas referentes al derecho público o al derecho privado y consecuentemente sobre las disposiciones de la Ley Orgánica de la Función Judicial o Código de Procedimiento Civil;** d) **Las sentencias o resoluciones deben ser razonadas y ese razonamiento darse en todas las etapas de la misma**, es decir, sus considerandos deben estar sólidamente fundamentados, basados en principios generales y doctrinarios sin obedecer a la voluntad del juzgador o de cualquier otra contingencia; e) Las sentencias dictadas en un debido proceso deben cumplirse; y, f) Por último el Juez Constitucional no puede ignorar la realidad político social y económica dentro de cuyo contexto debe dictar su resolución y proyectándola a un futuro cercano, sin crear conflictos mayores y por el contrario coadyuvando para un ambiente de paz, armonía y justicia sociales. Si aplicamos estos parámetros, podemos acertar en la resolución del caso concreto [...].<sup>103</sup> (Lo subrayado me pertenece)

Si bien las directrices establecidas en la sentencia están destinadas a los jueces, las normas constitucionales invocadas (aplicación directa y supremacía de la Constitución e interpretación que más se ajuste a su tenor literal y que favorezca la vigencia de los derechos y garantías fundamentales), se extienden a las autoridades

---

<sup>103</sup> Sentencia No. 003-10-SCN-CC, R.O. 159-S, 26-III-2010.

administrativas. Desde luego, la labor interpretativa que demanda la aplicación de los referidos principios se desarrolla en un espectro reducido en el ámbito administrativo, por lo que dicha tarea no puede invadir competencias constitucionales conferidas a otros órganos, como la suspensión de tramitación de causas en el caso de que un juez considere que una norma contraviene la Constitución<sup>104</sup> o la dilucidación de la constitucionalidad de las normas, como bien le corresponde a la Corte Constitucional.

En ese sentido y en concordancia con lo establecido en el capítulo precedente, la obligación de las autoridades administrativas de armonizar su actuación a los preceptos constitucionales, no puede tomarse como una facultad de éstas, para decidir acerca la constitucionalidad de las normas, a través de su desaplicación o anulación, toda vez que la norma primera no le reconoce tales facultades.

Por consiguiente y en aras de la vigencia de la constitucionalidad, la aplicación directa de la Constitución no puede invadir terrenos de interpretación constitucional que corresponden a órganos distintos a los previstos en la norma primera, recaudo que compagina con los postulados del principio de legalidad en torno a la limitación del poder y designación de competencias.

### **3. 2 La ponderación de los operadores jurídicos**

Resulta interesante que la problemática abordada por este trabajo de investigación se haya desatado previamente en el Perú, a propósito de la sentencia del

---

<sup>104</sup> **Constitución de la República del Ecuador.- Art. 428.-** Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

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

Tribunal Constitucional, que reconoció a las autoridades administrativas la facultad de ejercer el control difuso de las normas de la Carta Magna.

Precisamente, dentro del caso Salazar- Yarlengue, el demandante interpuso la acción de amparo constitucional a fin de que se ordene *“a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido y que el recurrente considera violatorio de sus derechos constitucionales de defensa y de petición, consagrados en los artículos 139.º, inciso 3 y 2.º inciso 20, de la Constitución, respectivamente.”*<sup>105</sup>

Al respecto dentro de los fundamentos principales de su resolución, el máximo tribunal concluyó:

5. Un razonamiento en este sentido obliga a este Tribunal a hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales **tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra.** Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200.º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º).
6. **Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta,**

---

<sup>105</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso Salazar Yarlengue, EXP. N.º 3741-2004-AA/TC.

**al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución.** De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, **no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.**

21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

**22. En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.**

En su categórica sentencia, el máximo tribunal se remite a los albores del Estado Constitucional y a la estructura que lo precedía, forjada en el siglo XIX y asentada en la protección irrestricta del principio de legalidad en su sentido positivista y formal. En ese sentido se aboga por el redimensionamiento del principio de legalidad en sede administrativa y se acusa como intolerable escudarse en el mismo, para aplicar *“normativa manifiestamente inconstitucional”*. En palabras del tribunal, dicho proceder *“subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.º).”*

Coincido con dicha magistratura que el principio de legalidad no solo en el Estado constitucional sino en todo Estado sometido al derecho, *“no significa y simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y*

*principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales”.*

No obstante y reconociendo que la administración pública debe examinar las normas “*aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad*”, en razón de su finalidad orientada a la protección del interés general a través de la garantía de derechos, considero extralimitada la interpretación de los magistrados, que de conformidad con tales argumentos, reconoció a las autoridades administrativas a través del establecimiento de un precedente vinculante, el control difuso de la Constitución:

(...) Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

**Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución.** Para

ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.” (Lo subrayado me pertenece)

La crítica principal de los doctrinarios peruanos a este fallo radica en la manifiesta falta de competencia del Tribunal Constitucional para estatuir una competencia en favor de los órganos administrativos, inexistente en la Constitución y la Ley.<sup>106</sup> De modo que es imperativo reiterar la necesidad de separar el principio de aplicación directa de la Constitución, con la facultad exclusiva de determinar la constitucionalidad de las normas, que en nuestro ámbito corresponde únicamente a la Corte Constitucional. En tal sentido la facultad de interpretación constitucional que posteriormente provoque la inaplicabilidad de una norma, no deviene principalmente de la aplicación del principio de supremacía directa de la ley primera. En ese sentido si bien los órganos administrativos tienen la facultad y obligación de aplicar directamente las disposiciones constitucionales, lo dicho no involucra *per se*, la facultad de éstos para inaplicar normas contrarias al Código Constitucional, conforme la conclusión a la que arribó el Tribunal Constitucional del Perú.

---

<sup>106</sup> Ericka Baldwin Gayoso, acerca de este polémico fallo sostiene: “*Si bien compartimos la mayoría de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional a favor del control difuso de la Administración, cabe preguntarnos cómo la Administración Pública podrá ejercer una facultad que no le ha sido otorgada por la Constitución ni por la ley*”.

Tomado del ensayo “El control difuso en sede administrativa”, página web [www.grijley.com/jusjuris/alerta/jcoment/comentjuris4\\_1.pdf](http://www.grijley.com/jusjuris/alerta/jcoment/comentjuris4_1.pdf), página consultada en el mes de julio de 2010.

En ese sentido a la luz de los “*principios de conservación de la ley y de presunción de constitucionalidad*”<sup>107</sup>, la propia ley fundamental debe señalar de modo taxativo los órganos con facultad de interpretarla y debe demarcar el procedimiento que éstos debe seguir, previo a decidir la inaplicabilidad de una norma.

### **3.3 El surgimiento de un conflicto**

Resulta sumamente enriquecedor el debate suscitado en la atmósfera jurídica peruana a propósito del fallo constitucional invocado en el acápite precedente, que encarna la impostergable necesidad de una definición normativa, doctrinal y jurisprudencial, ante la colisión de los principios que proclaman la aplicación y eficacia directa de la Constitución, frente al principio de juridicidad que sustenta la actividad administrativa, en el camino de consolidación conceptual del Estado constitucional.

En este contexto el jurista peruano Alfredo Bullard, en su sugestivo ensayo “*Kelsen de Cabeza: Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas*”, en base a la sentencia constitucional referida previamente a la cual se suscribe con entusiasmo, realiza un completo análisis de los principios de legalidad y jerarquía constitucional, abordando la problemática del choque de ambos principios, que a la luz de una lectura restrictiva de la Constitución, significaría que una autoridad administrativa estaría imposibilitada para inaplicar una norma en sujeción al principio de legalidad. En ese sentido el autor denuncia el absurdo de dicha interpretación que se traduciría en un disposición de la propia Ley Fundamental, a que el administrador actúe inconstitucionalmente, al tener que aplicar en resguardo del principio de legalidad, una norma que la contravenga.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, El control difuso en sede administrativa, pg. 18.

Al respecto, Bullard plantea la siguiente hipótesis:

“Existen funcionarios de carne y hueso que han tenido que enfrentar el dilema del funcionario de nuestro ejemplo. Imaginemos qué sucede si el Congreso promulga un tributo que es claramente inconstitucional porque discrimina a los contribuyentes o porque no cumple con algunos de los requisitos establecidos por la Constitución para su validez. El Tribunal Fiscal ¿debería o no considerarse facultado a inaplicar ese impuesto por inconstitucional? En caso que no pudiera, el administrado tendría que ir al Poder Judicial y recién ahí podría cuestionar la validez de ese tributo, luego de un largo proceso y, quizás, hasta del cobro de un tributo inconstitucional. **Podrían ser embargados sus bienes, privado de su propiedad, y sujeto a la violación de su derecho, solo porque la Administración Pública está obligada a ser injusta.** Pero cuando el caso se ha presentado en la realidad, no es extraño encontrar situaciones en las que los funcionarios han actuado prefiriendo la Constitución sobre otra norma legal.”<sup>108</sup> (Lo subrayado me pertenece)

Planteadas la situación de esta manera, resultaría irrefutablemente injusta la aplicación de esta norma, no obstante en esta valoración no debe dejarse de advertir la gravedad que implicaría inaplicar una norma tributaria por su importancia en el financiamiento de cargas públicas en el caso concreto, lo cual conduciría a la relativización de la presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas por cualquier funcionario público.

Sobre la facultad de interpretación constitucional de las autoridades administrativas, el autor abunda:

---

<sup>108</sup> Alfredo Bullard, “Kelsen de Cabeza: Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas” en *Revista de Derecho Themis* 51.

Sin perjuicio de la discusión directa sobre la aplicación del control difuso, los propios funcionarios han encontrado caminos para hacer más o menos lo mismo sin entrar a la discusión de si se puede o no aplicar control difuso. Así, **cuando se han encontrado con un texto de dudosa constitucionalidad, han dicho que de dos interpretaciones posibles de una norma se debe preferir aquella que es consistente con la Constitución**, aplicando el principio de conservación de normas según el cual el intérprete debe preferir de dos posibles interpretaciones, aquella que conduce a la eficacia y validez de la norma. Ello implica identificar dos posibles interpretaciones, una de ellas constitucional y la otra no. Entonces, el intérprete, en este caso un funcionario de la Administración Pública, usa su facultad de interpretar las normas para descartar aquella interpretación de efectos inconstitucionales y quedarse con aquella que conduce a la vigencia y plena aplicabilidad de la misma. **Así, sin perjuicio de que se discuta si tiene o no facultades para inaplicar la norma, no se le puede negar su facultad de interpretarla**. Pero esta salida no resuelve todos los problemas. No resuelve el caso en que no se encuentren dos interpretaciones razonables, siendo una de ellas consistentes con la Constitución y la otra no. Si solo hay una interpretación o, habiendo dos, ambas son inconstitucionales, el dilema no tiene solución vía interpretación. Cuando ello se presenta, la discusión sobre la facultad de ejercer control difuso se torna inevitable.<sup>109</sup> (Lo subrayado me pertenece)

En ese sentido, se aprecia el limitadísimo espectro de interpretación de las autoridades administrativas, las cuales en el caso de conflicto estarían autorizadas a optar por la interpretación de la norma que sea consistente con la Constitución, pero en ningún caso a declarar su inaplicabilidad.

---

<sup>109</sup> Ibídem;

En esta línea, Segundo Linares Quintana al desarrollar las reglas de interpretación constitucional, señala aquella que prescribe que, “*los actos públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la Constitución pueden ser armonizados con ésta.*”<sup>110</sup>

Sobre esta regla el tratadista argentino enseña:

Como no puede suponerse por parte de los poderes públicos un propósito sistemático y deliberado de ejecutar actos contrarios a la ley fundamental de la nación, **los tribunales deben presumir la constitucionalidad de los mismos mientras no se demuestre lo contrario.** “Para decretar la invalidez de una ley- ha dicho la Corte Suprema-, deben mediar motivos reales que así lo impongan, por su discordancia sustancial con los preceptos de la Constitución...**Aun en los casos de duda entre validez o invalidez, ha de estarse siempre por la legalidad.** También ha resuelto el tribunal supremo argentino que “la presunta conformidad de las leyes nacionales o provinciales con las normas constitucionales, que es el principio cardinal de la división, limitación y coordinación de los poderes en nuestro régimen institucional no debe ceder- protrasgresión a ese principio y a esas normas- sino ante una prueba contraria tan contraria y precisa como sea posible.”<sup>111</sup> (Lo subrayado me pertenece)

Corroborando la posición asumida a la largo de la investigación, la desaplicación de una norma debe darse en casos especialmente tasados por órganos constitucionalmente reconocidos.

Al respecto el tratadista español Javier Pérez Royo sostiene:

---

<sup>110</sup> Segundo Linares Quintana, La Interpretación constitucional en *Interpretación Constitucional: Tomo II*, Porrúa, México, 2005, pg. 774.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, pg. 774.

(...) La Constitución, por el contrario tiene intérpretes privilegiados. La Constitución no es una norma destinada a ser interpretada por los ciudadanos y que dicha interpretación sea “verificada” por los jueces. Al contrario. La Constitución es el marco dentro del cual los ciudadanos se mueven para interpretar la ley. Es su interpretación de la ley la que controlan eventualmente los jueces. La interpretación de la Constitución camina básicamente por otros derroteros.

(...) La Constitución no es, por lo tanto una norma pensada para que los ciudadanos la interpreten en pie de igualdad y los jueces “verifiquen” cuál de las interpretaciones contradictorias es la mejor, sino que es una norma pensada para recibir una interpretación política controlada en su manifestación normativa en última instancia por un órgano *ad-hoc* no integrado en el Poder Judicial.<sup>112</sup>

Del argumento transcrito y de las normas constitucionales domésticas, se infiere que nuestro sistema consigna el monopolio de la máxima interpretación constitucional, a la Corte Constitucional. En tal sentido y de acuerdo al artículo 428 de la Norma Primera, los jueces ordinarios cumplen con la obligación de remitir a la máxima magistratura de control constitucional el expediente en el que aparecen normas que consideren, contravengan la Carta Magna; por lo que se descarta la competencia de los jueces a ejercer el control difuso de las normas constitucionales.

Si bien es cierto que el carácter vinculante de la Constitución presupone el reconocimiento de varios intérpretes, conforme se ha venido afirmando, es imperativo que dicha labor interpretativa deba gradarse en función del órgano que la ejerza. Al respecto y sobre la “interpretación ejecutiva”, José Antonio Rivera Santivañez sostiene:

---

<sup>112</sup> Javier Pérez Royo, La Interpretación de la Constitución en *Interpretación Constitucional: Tomo II*, Porrúa, México, 2005, pg. 889.

“La interpretación ejecutiva es aquella que desarrolla el órgano Ejecutivo al tiempo de elaborar las normas que son de su competencia, es decir, al elaborar los decretos o resoluciones supremas, con objeto de que las mismas se encuadren a los principios, valores y normas previstas en la Constitución.”<sup>113</sup>

Como conclusión al presente acápite puede afirmarse que en nuestro sistema jurídico, los órganos administrativos están desprovistos de la atribución para determinar la inaplicabilidad de una norma. Por lo tanto y de acuerdo al artículo 226 de la Constitución que consagra el principio de legalidad y su artículo 428 que establece el procedimiento para ejercer control constitucional, las autoridades administrativas deben aplicar la normativa vigente, disponiendo de un limitado margen de apreciación, lo cual por un lado no obsta a que sus actuaciones sean revisadas en sede judicial o contenciosa de acuerdo a los artículos 173 y 436 de la norma primera; tal limitación desde luego, no autoriza a los administradores a emitir actos nulos de pleno derecho, al enfrentarse ante una norma una categóricamente inconstitucional.

No obstante debe advertirse que de acuerdo a las férreas presunciones de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, inclusive la emisión de un acto administrativo por la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional, puede desencadenar efectos jurídicos:

(...) Hasta aquí, sin embargo, el planteamiento se mueve en el terreno de los principios. En el terreno de la realidad hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es un problema de hecho y que la administración puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea susceptible por sí de producir efectos. Dicho de otro modo, salvo en

---

<sup>113</sup> José Antonio Rivera Santivañez, La Interpretación Constitucional en *Interpretación Constitucional: Tomo II*, Porrúa, México, 2005, pg. 997.

el supuesto de actos inexistentes (pueden tenerse por tales la multa de tráfico impuesta por un simple particular o la orden de un agente público de ir a la Luna en automóvil), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material solo podrá ser destruida por el particular que la soporta utilizando las vías de recurso procedentes.<sup>114</sup>

Por lo tanto, es menester que la jurisprudencia module la obligación de los administradores públicos para confrontar sus actuaciones con las disposiciones constitucionales y su orden jerárquico en el sistema jurídico.

### **3.4 La pugna entre la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional a propósito de este conflicto de principios.**

A propósito de esta pugna la doctrina colombiana ha sido muy elocuente en denominarla “choque de trenes”, desatada a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, que sustrajo de las competencias de los máximos organismos judiciales, la de ejercer el control supremo constitucional, trasladando dicha atribución, al elenco de facultades de la Corte Constitucional. Esta transformación ha provocado el desconocimiento mutuo de los fallos que dicta cada una de las altas magistraturas con la consecuente incertidumbre social acerca de la vigencia de la previsibilidad y estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

Al respecto cabe resaltar, según lo enseñado por la jurista española Rosario Serra Cristóbal, que *“los lógicos desajustes estructurales que surgen desde el momento en que conviven dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, no son exclusivos de nuestro ordenamiento sino, más bien al contrario, constituyen una realidad común de*

---

<sup>114</sup> Ibídem, Curso de Derecho Administrativo; pg. 562

*todos aquellos sistemas que cuentan con una organización judicial y un juez constitucional que, perteneciendo a jurisdicciones diferentes tienen que identificarse sobre idénticos preceptos normativos”.*<sup>115</sup>

A lo largo de su obra “La Guerra de las Cortes”, Rosario Serra Cristóbal analiza las controversias suscitadas en los distintos ordenamientos jurídicos tributarios del sistema continental, que han implantado un sistema de control constitucional presidido por una magistratura constitucional distinta del poder judicial. A criterio de la autora, tal confrontación se desata en virtud de la extralimitación de competencias que generalmente acaece en el seno de los tribunales constitucionales:

Las controversias entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional se deben a que el TC, en el ejercicio de su función de máximo garante de los derechos fundamentales, se ha excedido en sus competencias, pasando a interpretar de un modo definitivo sobre cuestiones que corresponden a las más pura legalidad ordinaria, o decidiendo hasta tal límite sobre el modo en que el juez ordinario ha de resolver de nuevo el caso que ha sido conocido en amparo, que hace parecer que el TC sea una instancia jurisdiccional más. Por esta razón, las críticas más duras han procedido del TS, puesto que se ha sentido suplantado en su función de máximo intérprete de dicha normativa legal.

Esto puede producirse, en general, respecto de todo recurso de amparo, pero sin duda alguna, especialmente de los amparos que se presentan por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, donde las fricciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional alcanzan cotas mayores (...).

---

<sup>115</sup> Rosario Serra Cristóbal, La Guerra de las Cortes: La revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1999, pg. 22.

En este contexto critica Serra Cristóbal, que el Tribunal Constitucional español escudándose fundamentalmente en el principio de tutela judicial efectiva, ha justificado el ejercicio de control constitucional en decisiones judiciales de toda índole. De manera que la amplitud de contenidos amparables en dicho principio *“ha sido empleada por los particulares para recurrir ante el TC cualquier decisión judicial con la esperanza de que una nueva revisión de su caso pueda reportarles algún beneficio a su favor”*.<sup>116</sup>

En esta línea la Constitución de Montecristi instauró la acción extraordinaria de protección<sup>117</sup> provocando similares tensiones a las señaladas, dentro de un amplio espectro que precisa de una cuidadosa demarcación a través de una intensa labor jurisprudencial, la misma que en su trayecto inicial no ha estado exenta de críticas, agudizadas por la cuestionable independencia de la máxima magistratura constitucional y la deficiente calidad de sus fallos.

Profundizando el análisis que nos ocupa, el artículo 172 de la Carta Magna dispone a los jueces *“administrar justicia con sujeción a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley”*. En el mismo artículo se establece que *“las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.”*

---

<sup>116</sup> Íbidem, pg. 192.

<sup>117</sup> **Art. 94.**- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

**Art. 437.**- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

En el ámbito del control de la juridicidad de las actuaciones de la Administración Pública, el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial confiere a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo, entre otras las siguientes atribuciones:

1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares **por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos**, siempre que tales actos o hechos no tuvieran carácter tributario;
2. **Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad** (...)

De acuerdo a las normas invocadas, aparece que el ordenamiento jurídico ha encargado a los jueces de lo contencioso administrativo, el control de la legalidad de la actividad administrativa, ya sea en la emisión de actos normativos inferiores a la ley ya sea en actos u hechos derivados de su actividad. Disposición que se armoniza con el artículo 172 de la Constitución que si bien impone a los jueces la obligación de aplicar justicia con sujeción a la Constitución, proscribida que sus actuaciones “quebranten” la ley.

Es decir que la Constitución al tiempo que obliga a todo operador jurídico a respetar su supremacía, determina los niveles y los grados en los cuales debe ejercerse el control constitucional. En el tema que ocupa el presente acápite, la pugna entre la Corte Nacional de Justicia y la Corte Nacional de Justicia, deviene del ejercicio de la

acción extraordinaria de protección regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.<sup>118</sup>

Del análisis del capítulo que regula la acción extraordinaria de protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, se aprecia el elenco de requisitos de admisión entre lo que se encuentra el condicionamiento de que “el fundamento de la

---

<sup>118</sup> **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; Art. 58.-** Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

**Art. 61.-** Requisitos.- La demanda deberá contener:

1. La calidad en la que comparece la persona accionante.
2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.
3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.
4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.
5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial.
6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.

**Art. 62.-** Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días.

La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;
4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;
6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;
7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,
8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión.

La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión.

acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley (artículo 62, numeral 4)”.

De los cuerpos normativos invocados, fluye con claridad que nuestro ordenamiento jurídico distingue el control de legalidad del control de constitucionalidad. No obstante y conforme se ha apreciado a lo largo del desarrollo del capítulo, esta distinción precisa de apoyo jurisprudencial para que los operadores jurídicos comprendan el verdadero alcance de su competencia para la interpretación de normas jurídicas.

Al respecto el tratadista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar Guerrón, ilustra sobre la distinción entre los procesos de control constitucional y los procesos de control de legalidad:

Cuando el vicio se manifiesta en una trasgresión a una norma infra-constitucional, el régimen es distinto. **La interpretación de la ley se orienta por postulados diferentes a la hermenéutica constitucional y el resultado de la violación no necesariamente ocasiona un vicio de nulidad radical. Además, puede existir prescripción y convalidación del acto ilegal, lo que no ocurre con el que está viciado de inconstitucionalidad.**

**Lo apuntado permite hacer una comparación entre los asuntos que deben juzgarse en los procesos contencioso administrativos y los que se juzgan en los procesos constitucionales. El amparo constitucional y el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción tienen en común su propósito de tutela de derechos. Sin embargo, el primero protege *derechos fundamentales* y constituye una *garantía constitucional*, lo cual implica que el régimen jurídico de la Constitución se imponga en el conocimiento del caso.** Así, al haber un elemento básico sobre el cual se

asienta el orden político, se impone un determinado tipo de trámite, una interpretación acorde con el fin de *garantía constitucional* y unos efectos propios de la sentencia que están definidos en la Constitución, de modo acorde con su supremacía. **El mismo carácter y régimen jurídico es distinto en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, que si bien es una garantía, no tiene el rango del amparo constitucional, por lo cual el régimen jurídico aplicable es diferente.** El abuso del amparo constitucional se ha dado por la mala comprensión de la índole de derechos en juego y por lo atractivo que resulta someter un caso al proceso de amparo debido a la celeridad procesal con la que se desarrolla. Pongamos un ejemplo que, a más de clarificar cuándo tenemos un asunto de constitucionalidad y otro de legalidad, pone de manifiesto la mala práctica forense que en el Ecuador se ha dado respecto del amparo constitucional. Un primer ejemplo es de los funcionarios públicos. Según el artículo 42 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, tienen el derecho de dar su consentimiento por escrito cuando se la autoridad decide el traslado administrativo a un lugar distinto de su domicilio. Cuando se viola este derecho, se ha acudido a nociones de “seguridad jurídica”, “derecho al trabajo”, etcétera, alegando que el traslado administrativo ilegal produce como consecuencia la falta de “certeza en el ejercicio de las garantías de trabajo”, así como la “dificultad en el ejercicio de este derecho constitucional”. Vemos aquí una suerte de “deducción” forzada frente a la cual debería preguntarse *¿cuál es la norma jurídica que directa e inmediatamente ha sido violada?*, *¿qué carácter tiene el derecho vulnerado?*

En el ejemplo propuesto es evidente que el derecho al consentimiento del funcionario cuando se le traslada a un lugar distinto a su domicilio *nace de una ley* y no de la Constitución, justamente, porque no es un derecho fundamental, y sobre todo, *porque la finalidad de la Constitución es establecer las normas y principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del Estado*, y en tal sentido, absurdo sería sostener que el mencionado derecho de consentimiento constituye un elemento esencial de

organización del Estado. **La regulación del derecho en análisis es materia propia de la ley, y por ende, la norma directa e inmediatamente violada no es la Constitución, sino la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Por tanto, el asunto es de legalidad y la competencia para conocerlo y resolverlo corresponde a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.**(Lo subrayado me pertenece)

De acuerdo a este elocuente ejemplo, se comprende con meridiana claridad la distinción de ambos procesos. El Tribunal Constitucional del Ecuador en varias ocasiones abordó las diferencias de los referidos controles:

NOVENA. **Que el control de legalidad de actos esta asignado en el Ecuador a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a la que el Juez constitucional no puede remplazar a través de un proceso de amparo.** Ahora bien, se debe tener presente que en el amparo, además, no se revisa la mera legalidad del acto, sino su legitimidad. La diferenciación entre análisis de legitimidad del análisis de legalidad para otros es propio del estudio de legitimidad del acto (Vid.Infra., párrafo 3.1.del capítulo III, en el que se trata sobre los elementos del acto ilegítimo).**Lo que el Tribunal Constitucional ha determinado de modo claro, es que si el amparo tiene por exclusivo objeto la impugnación de la legalidad del acto, sin que conlleve la violación de derechos subjetivos constitucionales, el asunto debe decidirse en sede Contencioso Administrativa y no en sede constitucional mediante amparo.** Lo expuesto, no configura violación al Art. 23 numeral 3 la igualdad ante la Ley, derecho a la Seguridad jurídica, reconocido en el Art. 23 numeral 19 de la Constitución de la República, por establecer efectos de una resolución anterior a una situación jurídica anterior. En tal virtud, el acto que niega el permiso de incremento de cupos en el transporte de pasajeros de taxi de la Compañía 'EL GIRASOL S.A' COMPATAXSG, es legítimo y debe precederse a lo que dispone la Ley; Por las consideraciones que

antecedentes, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales.”<sup>119</sup>

#### RESUELVE

1.- Confirmar la resolución venida en grado y por consiguiente negar, por improcedente la acción de Amparo formulada por el señor Edgar Rubén López Bastidas en su calidad de Gerente General de la Compañía de Taxis ‘EL GIRASOL S.A’ COMPATAXSG.

2.- Devolver el expediente al Juzgado de origen para los fines determinados por el Art. 55 de la Ley de Orgánica de Control Constitucional; y publicar la presente Resolución; NOTIFÍQUESE y PUBLÍQUESE.” (Lo subrayado me pertenece)

Como bien afirma Rosario Serra Cristóbal, en el terreno de la práctica “*la línea que separa los planos de la constitucionalidad y la legalidad es borrosa y difícil de trazar*”.<sup>120</sup>

Al respecto, nuestra Corte Constitucional al referirse a la naturaleza de la acción extraordinaria de protección, concluyó:

(...) Por lo expuesto, debe quedar claro que la acción extraordinaria de protección no constituye una cuarta instancia o un recurso adicional previsto en la vía constitucional, por el contrario, su finalidad es garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales, el principio de seguridad jurídica y el principio de supremacía de la Constitución, evitando cualquier abuso en la vía ordinaria.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> 11-XII-2007 (Resolución No. 0115-07-RA, Segunda Sala, R.O. 247- S, 8-I-2008)

<sup>120</sup> *Ibidem*. Pg. 197.

<sup>121</sup> 24-II-2010 (Sentencia No. 001-10-SCN-CC, R.O. 159-S, 26-III-2010)

Por consiguiente y a fin de moderar las tensiones entre la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional, es menester que a través de la jurisprudencia de ambos organismos se consoliden las fronteras del ámbito de competencias que el ordenamiento jurídico les ha reconocido, sin perder de vista el sistema garantista que consagra la Constitución que se encauza a través de la interpretación normativa a la luz de los preceptos que habitan en la ley primera en toda sede donde se diluciden derechos. De manera que, tal delimitación de competencias de ninguna manera apunta a una interpretación restrictiva de derechos; al contrario se orienta a garantizar que la Corte Constitucional sea el seno de máxima interpretación y protección de derechos constitucionales. Tal orientación según Serra Cristóbal, citando una sentencia del Tribunal Constitucional español, debe garantizar que este organismo *“sea el que no tiene la primera sino la última palabra”*<sup>122</sup>, lo que significa *“que en aquellos supuestos en los que los planos de la legalidad y de la constitucionalidad son difíciles de escindir, porque está en juego un derecho fundamental, el supremo intérprete es el TC”*.<sup>123</sup>

### **3.5 Mecanismos para armonizar la aplicación de ambos principios en el marco de las competencias de los operadores jurídicos.**

Conforme se ha venido afirmando a lo largo de la presente investigación es inadmisibles a la luz del artículo 11 numeral 6 de la Constitución que garantiza la igualdad jerárquica e interdependencia de principios, la aplicación de uno de tales

---

<sup>122</sup> STC 95/1997

<sup>123</sup> *Ibíd.*, pg. 198.

preceptos, signifique el menoscabo del otro sin que antes medie la debida ponderación por parte de las autoridades encargadas de aplicar las garantías jurisdiccionales.<sup>124</sup>

En ese sentido bien vale reiterar que según nuestro ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano (artículo 436, numeral 1). Por lo tanto en materia de control constitucional, corresponde a los jueces únicamente denunciar ante la máxima magistratura constitucional la existencia de una norma jurídica contraria a la Constitución, a fin de que dicho organismo se pronuncie sobre su constitucionalidad en un plazo máximo de cuarenta y cinco días (artículo 428).

Sobre tal competencia y deber de los jueces, la Corte Constitucional ha manifestado:

El rol que desempeña la consulta es aclarar el panorama de los jueces en casos de dudas respecto a la constitucionalidad de una norma puesta a su conocimiento dentro de un caso concreto; algunos tratadistas asocian a esta figura con el denominado control difuso de constitucionalidad; para otros, bajo la nueva Constitución, aquel control difuso ha desaparecido, ya que en la anterior Carta Fundamental, el artículo 274 establecía la facultad de inaplicar directamente o a petición de parte una norma contraria a la Constitución, debiendo remitir el expediente al ex Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie con efectos erga omnes. **La nueva figura de la consulta prevé que ya no sea el juez quien inaplique directamente, sino que es la Corte Constitucional**

---

<sup>124</sup> **Ley Orgánica de Garantías Constitucionales; Art. 3.-** Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

**3. Ponderación.-** Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

**la que debe dilucidar este conflicto normativo, situación que va acorde con la supremacía material de la Constitución.**

**Bajo esta acometida, la Corte Constitucional realiza un papel de control de constitucionalidad normativa respecto a un asunto que tiene su origen en un caso concreto, pero que una vez conocido por la Corte se torna abstracto con efectos generales, debiendo, en caso de encontrar contradicción normativa con el texto constitucional, expulsar a esa norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano; empero, aquello comporta un complicado ejercicio interpretativo, en donde la expulsión normativa debe ser la última medida adoptada por la jueza o juez constitucional, dando de esta forma cumplimiento a lo que doctrinariamente se conoce como el principio de “in dubio pro legislatore”, por medio del cual ha de entenderse que en la promulgación de una norma, el legislador ha observado las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental del Estado y en caso de duda respecto a la constitucionalidad o no de una determinada norma se le concederá el beneficio de la duda a favor del legislador y por tanto se considerará constitucional la norma consultada.**

De esta forma, mediante el mecanismo de la consulta de constitucionalidad, la Corte realiza un control de constitucionalidad a posteriori, puesto que la norma ya forma parte del ordenamiento jurídico vigente. El efecto inmediato de la consulta de constitucionalidad es la suspensión del proceso, el mismo que se mantendrá inamovible hasta que exista un pronunciamiento de la Corte Constitucional, mismo que no podrá exceder de cuarenta y cinco días, tiempo con el cual cuenta la Corte para pronunciarse (...)<sup>125</sup> (Lo subrayado me pertenece)

---

<sup>125</sup> Sentencia No. 003-10-SCN-CC, R.O. 159-S, 26-III-2010

La presente sentencia esboza con nitidez el sistema de control constitucional vigente en nuestro ordenamiento jurídico, salvaguardando la competencia exclusiva de la Corte Constitucional para interpretar la constitucionalidad de las normas y declarar su inaplicabilidad con efecto erga omnes, trascendental competencia en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que exige una compleja labor de interpretación cuyo impacto en el orden social, demanda su concentración en una instancia suprema. Como bien afirman los máximos intérpretes constitucionales, la formidable responsabilidad y la significación de los efectos derivados de la declaración de una norma contraria a la Constitución debe ser “la última medida adoptada por el juez o jueza constitucional”, a la luz del principio “in dubio pro legislatore”.

De esta categórica sentencia, fluye con claridad que en el ámbito administrativo en el que las autoridades si bien están obligadas a aplicar directamente los derechos y garantías establecidos en la Constitución “de oficio o a petición de parte” (artículo 11, numeral 3), a la luz del principio de juridicidad que se imbrica con el principio “indubio pro legislatore” referido en la precitada sentencia, tanto los jueces como las autoridades administrativas están desprovistos de la competencia de declarar la inaplicabilidad de normas sometidas a su conocimiento. En ese sentido me aparto de criterios doctrinarios como el de Agustín Grijalva, quien pone en tela de duda la eliminación del control constitucional difuso previsto en la Carta Política de 1998, respecto del nuevo sistema constitucional “*puesto que los artículos 425 y 426 de la nueva Constitución mantienen en los jueces la facultad de inaplicar normas inconstitucionales.*”<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Agustín Grijalva Jiménez, *Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional en Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Por lo expuesto, el alcance del principio de aplicación directa de la Constitución en sede administrativa tiene como marco el principio de juridicidad; de manera que, ante la generación de un conflicto normativo en sede administrativa, el administrador deberá resolverlo por el criterio de orden jerárquico de aplicación normativa de acuerdo al artículo 425 de la Carta Magna, así el contenido de la norma generadora de la controversia y de menor jerarquía, reconozca con mayor amplitud los derechos constitucionales, a fin de no menoscabar los principio de legalidad y seguridad jurídica que sustentan el obrar de la Administración Pública. Tal solución desde luego, no se extiende al evento en que una norma contravenga expresamente un derecho constitucional, con lo cual su aplicación directa e inmediata se configuraría con nitidez.

En ese sentido, debe tenerse presente que el principio de juridicidad no valida actuaciones contrarias a la Constitución, no obstante en aras de la seguridad jurídica y de las competencias determinadas por el ordenamiento jurídico en el ámbito del control constitucional, se habilita la desaplicación de una norma jurídica con su contenido sea manifiesta e inequívocamente contrario a la ley primera.

Al referirse a los controles administrativos de constitucionalidad en el sistema jurídico colombiano que en palabras Luis Carlos SÁCHICA Aponte, se los ejerce a través del proceso de revocación directa de los actos administrativos, dicho autor precisa que tal mecanismo demanda:

d) La violación constitucional debe ser manifiesta, como lo debe ser la que no invoca para pedir la suspensión provisional de un acto administrativo ante la jurisdicción. **Q sea que no procede cuando la violación es discutible o controvertible**, porque lo que

se quiere es que no siga produciendo efectos en acto manifiestamente contrario a la Constitución (...).<sup>127</sup>

La ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo obliga a los administradores a evaluar su conformidad con el ordenamiento jurídico, presidido por la Constitución. Por tal razón es falaz invocar el principio de legalidad para aplicar una norma que contraría de forma indiscutible a la Constitución.

Al respecto el artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en sus numerales 1 y 2, declara como nulos de pleno derecho los actos que *“lesionen de forma ilegítima en el artículo 76 de la Constitución de la República”* y las *“disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”*

De conformidad con esta norma y lo desarrollado en el presente acápite, la lesión de las garantías establecidas en el artículo 76, así como la de normas de rango superior, materias reservadas a la ley o disposiciones sancionadoras de derechos individuales, debe ser palmaria y evidente a fin de que tal nulidad proceda.

La irreatabilidad que deben acreditar tales transgresiones constitucionales ha sido corroborada por el Tribunal Supremo español, de acuerdo a lo referido por García de Enterría:

---

<sup>127</sup> Luis Carlos Sábica Aponte, *Controles administrativos de constitucionalidad en Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pg. 137.

(...) Así, por ejemplo, la sentencia de 30 de marzo de 1971, reflejo fiel de una doctrina constante, afirmó que “para dar lugar a la nulidad de pleno derecho es necesaria la evidencia del defecto pues el artículo 47.1. a) de la Ley de Procedimiento Administrativo exige que la incompetencia sea manifiesta, es decir, que aparezca de una manera clara, sin que exija esfuerzo dialéctico su comprobación por saltar a primera vista” o la sentencia de 17 de octubre de 2001: “se incurre así en un vicio de orden público, vicio de nulidad absoluta (...) que es una nulidad derivada por una manifiesta incompetencia por razón de la materia y aquí se revela, como requiere la jurisprudencia, ostensiblemente, de una forma clara, palpable y patente (...) una falta de atribuciones que salta a la vista, sin necesidad de realizar un esfuerzo de interpretación ni de comprensión.”<sup>128</sup>

Es decir que la contravención constitucional debe ser incontrovertible al punto que su mera aplicación produzca de modo automático la afección de la del contenido esencial del precepto constitucional.

No obstante, advierte García de Enterría que el “criterio de ostensibilidad” si bien ha recibido la crítica unánime de la doctrina y del Consejo de Estado, “*sigue proyectando su sombra sobre la interpretación de tipo legal*”.

En ese sentido la aplicación de tal criterio en el ámbito administrativo precisa del auxilio de la jurisprudencia para que el principio de aplicación directa de la Constitución logre proyectarse de modo razonable en este contexto y prevenga al máximo el ejercicio del poder arbitrario por parte de los administradores públicos:

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*, Curso de Derecho Administrativo, pg. 602.

Bien afirma Jesús Jordano Fraga sobre lo enseñado por López- Font Márquez que:

(...) La Administración no solo está obligada al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales. De acuerdo con la doctrina del TC, TS y Consejo de Estado, la nulidad se produce cuando un acto administrativo o un Reglamento tienen un contenido manifiestamente análogo al de otros declarados nulos por sentencia firme del TS al resolver el recurso regulado en la Ley 62/1978 o por el TC al dictar su fallo en recurso de amparo. Una analogía que debe surgir de la mera confrontación entre el acto o Reglamento a anular y el declarado nulo, **sin necesidad de acudir a ningún proceso interpretativo que enturbie la rotundidad de su similitud** (...).<sup>129</sup>

En definitiva los administradores públicos a la luz del principio de conservación de la ley y presunción de legalidad, están obligados a verificar que sus actos sean compatibles con la Constitución. Sin embargo y de acuerdo a lo argumentado en el presente trabajo de investigación, los servidores públicos carecen de la facultad de declarar la inaplicabilidad de normas en virtud del sistema de control concentrado de la Constitución que prima en nuestro ordenamiento jurídico y el principio de juridicidad que fundamenta el obrar público. Empero, debe señalarse que en virtud del principio de aplicación directa de la Constitución los servidores públicos ante un conflicto normativo deben aplicar el orden jerárquico de aplicación de normas. Finalmente, las autoridades públicas en el caso de enfrentarse a una norma expresamente contraria a la Constitución que afecte su contenido esencial, deben abstenerse de aplicarla so pena de generar a un acto nulo de pleno derecho.

---

<sup>129</sup> Jesús Jordano Fraga, Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 1997, pg. 91.

Buen ejemplo de lo afirmado constituye la sentencia emitida por a Sala Penal de la Corte de Pichincha, a propósito de la acción de protección planteada por TELEAMAZONAS por la sanción que le impuso a el Superintendente de Telecomunicaciones, suspendiendo sus emisiones de 2009 por una infracción establecida en un reglamento. En el punto 4.4 de la referida sentencia la sala, al referirse al principio de legalidad y jerarquía normativa concluyó:

(...) Así entonces, la reflexión de la Sala parte del hecho de que, desde octubre de 2008, año en que entró en vigencia la actual Constitución de la República, el Ecuador se define como un Estado constitucional de derechos y justicia, lo que significa, por una parte, que las normas que integran el bloque de constitucionalidad obligan a todo funcionario, mandatario, ente de control, persona empresa o colectividad, según se determina formalmente en el artículo 426 de la Constitución, que recoge esa obligatoriedad, y, por otra, que las normas y actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, porque, caso contrario, “carecerán de eficacia jurídica”, de acuerdo al artículo 424 de la misma norma. **En este contexto, puede concluirse, por consiguiente, que la resolución, cuya impugnación ha dado origen a la presente acción de protección, contraría claros preceptos constitucionales, tal como lo afirma el accionante, porque la conducta y los parámetros de la imposición de la sanción están fijados en el reglamento,** mas no en la ley que rige en materia de radiodifusión y televisión y, al respecto, la garantía prevista en el artículo 76, numeral 3, de la Constitución no solo se refiere al área penal, sino que, con un espectro amplio de protección, involucra también al área administrativa y otras de diversa naturaleza; de esta forma es inaceptable la tesis de la parte demandada, cuando, en sus argumentos , acude a la figura de la delegación contenida en la ley para explicar el porqué se ha sancionado en base a un reglamento, que, por su naturaleza instrumental, solo tiene como objeto facilitar la aplicación de la

ley, no así la tipificación de conductas susceptibles de sanción, con mayor razón aún si se considera que ésta última es una atribución privativa y excluyente del órgano legislativo, cuya titularidad recae, en la actualidad, en la Asamblea Nacional, y si, en virtud de la Derogatoria general de la Constitución, se trata de un instrumento normativo que ha quedado derogado, ipso iure, por ser contrario a ella y vulnerar el principio de jerarquía normativa, establecido en la Constitución, en su artículo 425, que establece el siguiente orden jerárquico de aplicación de las normas: *La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*<sup>130</sup>

En este orden resulta diáfana la transgresión constitucional al tipificarse infracciones en un reglamento, disposición normativa que si bien no fue expulsada del ordenamiento jurídico por autoridad competente, contravenía de modo inequívoco la disposición constitucional contenida en el artículo 76, numeral 3 de la Carta Magna.

Cabe indicar que actuar expresamente contra disposiciones constitucionales acarrea responsabilidades a los administradores públicos conforme lo dispuesto en el artículo 233 del Código Político.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Acción de Protección - 70-10- V, Quito 2 de febrero de 2010.

<sup>131</sup> **Art. 233.-** Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

En el ejemplo propuesto, el Código Penal castiga con prisión los actos arbitrarios de autoridad pública:

Art. 213.- Cualquier otro acto arbitrario y atentatorio contra las libertades y derechos garantizados por la Constitución, ordenado o ejecutado por un empleado u oficial público, por un depositario o agente de la autoridad o de la fuerza pública, será reprimido con prisión de tres a seis meses.

Por consiguiente, la valoración de la constitucionalidad de las normas a aplicarse por parte de los funcionarios públicos es fundamental no solo para la vigencia de las disposiciones contenidas en la Carta Política, sino para la salvaguarda de la certeza y previsibilidad del obrar público. En ese sentido, las autoridades administrativas están obligadas a aplicar prevalentemente las disposiciones constitucionales en caso de conflicto normativo en el que predomine con claridad el precepto constitucional. No obstante, tal resguardo no admite interpretaciones extensivas ni dudas razonables. Continuando en el ámbito penal la solución del conflicto y la selección de la norma constitucional debe ser inequívoca, so pena de prevaricato<sup>132</sup>, que en el caso de la desaplicación de normas abiertamente

---

<sup>132</sup> Art. 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión:

1o.- Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece;

3o.- Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan;

constitucionales por parte de cualquier autoridad, no se configuraría por asumir el mandato constitucional de imponer el orden jerárquico de aplicación normativa.

#### **4. Conclusiones**

- La autoproclamada Corte Constitucional ha identificado como los rasgos principales que caracterizan al Estado Constitucional de Derechos y Justicia: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos que se representan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.
  
- Del análisis de las sentencias de los tribunales constitucionales regidos al Estado Social de Derecho y que precedieron a dicha magistratura constitucional, se infiere que nuestro país ya contaba con una estructura estatal fundamentada en la jerarquía suprema de los derechos y garantías constitucionales, aplicables directamente ante toda autoridad pública. En ese sentido, la argumentación predominante por la flamante Corte Constitucional empeñada en consolidar la posición de que los derechos estaban sometidos a la dictadura legal carece de suficiente evidencia. Por lo tanto, la abolición de la noción del sometimiento de juridicidad al Estado Constitucional de Derechos y Justicia no constituye un

avance para el efectivo goce de los derechos reconocidos en la Constitución; al contrario, allana el camino para que el ejercicio del poder por parte de los administradores públicos, sea arbitrario. Asumir a la legalidad como una posibilidad y no como un imperativo dentro de un Estado de Derecho, significa la demolición de la estructura de una sociedad regida a las disposiciones de un poder objetivo, jurídicamente organizado.

- La novel jurisprudencia constitucional ha pretendido diferenciar al Estado Social de Derecho consagrado en la Carta Magna de 1998 con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia instaurado por la Constitución de Montecristi, a partir del cuestionamiento y menoscabo del principio de legalidad, arguyendo la necesidad de un cambio de paradigma que consiste en avanzar del estadio del positivismo jurídico al de constitucionalidad. No obstante, es falaz asumir que el principio de legalidad involucra un apego irrestricto e irracional a la ley; al contrario, al constituirse en la fuente y límite del ejercicio del poder público posibilita la protección de los derechos ciudadanos frente a las actuaciones públicas; además se enlista dentro de las garantías del debido proceso. La igualdad jerárquica e interdependencia de los principios y derechos garantizados en la Constitución de acuerdo al artículo 11 numeral 6 de la Constitución impide asumir que el principio de aplicación directa de la Constitución se antagónico al de legalidad, al tener que considerarse, que la propia Carta Magna es la norma que preside el ordenamiento jurídico y constituye la base a partir de la cual, se proyectan ambos principios.
- Tanto las potestades regladas como las jurisdiccionales dimanar del ordenamiento jurídico, por lo tanto la legitimidad de su ejercicio se encuentra

anclada al cumplimiento de sus fines, los cuales indefectiblemente habitan en la norma jurídica y la evaluación de tal conformidad, se encuentra sujeta a los controles jurisdiccionales y constitucionales.

- Partiendo de la premisa de que el principio de seguridad jurídica se proyecta en el ejercicio de la potestad normativa y no en las manifestaciones individuales del órgano en el ejercicio de sus funciones, fluye con claridad que su relación con el principio de legalidad se perfecciona a través de la expedición de normas claras, determinadas y ciertas, las cuales deben delimitar el ámbito de acción de los órganos públicos. De acuerdo a la normativa y la jurisprudencia invocada en el presente trabajo de investigación, ambos principios se insertan en las garantías del debido proceso.
- En el ámbito administrativo, la tensión suscitada entre los principios de legalidad y aplicación directa administrativo se desencadena principalmente en el escenario de la interpretación normativa. De manera que, la aplicación directa de la Constitución no puede invadir terrenos de interpretación constitucional que corresponden a órganos distintos a los previstos en la norma primera, recaudo que compagina con los postulados del principio de legalidad en torno a la limitación del poder y designación de competencias.
- De conformidad con el artículo 226 de la Constitución que consagra el principio de legalidad y su artículo 428 que establece el procedimiento para ejercer control constitucional, dentro del cual los jueces ordinarios únicamente cumplen con la obligación de remitir a la máxima magistratura constitucional el expediente que contenga normas aparentemente contrarias a la Constitución, las autoridades administrativas deben aplicar la normativa vigente, disponiendo de un limitado

margen de apreciación, lo cual por un lado no obsta a que sus actuaciones sean revisadas en sede judicial o contenciosa de acuerdo a los artículos 173 y 436 de la norma primera. Tal limitación, desde luego, no autoriza a los administradores a emitir actos nulos de pleno derecho, al enfrentarse ante una norma categóricamente inconstitucional. No obstante, en el evento de que se aplique una norma manifiestamente inconstitucional que alumbre un acto administrativo con vicios de nulidad de pleno derecho, el férreo raigambre de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad del acto administrativo, impone al administrado la carga de oponerse a tal actuación administrativa de acuerdo a los recursos que le provee la legislación vigente.

- Dentro de un Estado de Derecho que le reconoce a un órgano distinto al judicial el control constitucional exclusivo y supremo, resulta inevitable el surgimiento de tensiones entre ambas magistraturas, más aún cuando los tribunales constitucionales tienen la facultad de revisar sentencias judiciales con efecto de cosa juzgada. En el derecho comparado, la amplitud de las cláusulas constitucionales que habilitan la interposición acciones de tutela contra sentencias judiciales, han provocado que los tribunales constitucionales constantemente intervengan en decisiones jurisdiccionales. No obstante, vale resaltar que en nuestro país la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales plantea requisitos de admisibilidad cuyo alcance y contenido debe continuarse modulando mediante una prolífica labor jurisprudencial.
- Por todos los argumentos expuestos, puede concluirse, que el reconocimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, implica el sometimiento de todo acto de poder público a los principios de jerarquía normativa, legalidad y seguridad jurídica. Tanto el principio de reserva de ley

como el de dominio legal que aseguran que las actuaciones entre la Administración Pública y administrados, se someta al ejercicio de potestades previamente conferidas y un procedimiento legalmente establecido a fin de que las conductas del obrar público estén investidos de certeza, impone que el alcance del contenido de derechos que se encuentren en colisión, se lo dilucide en jurisdicción constitucional, salvo que se trate un claro conflicto de jerarquía normativa o una contradicción manifiesta a un derecho o garantía constitucional, quedando vedada en sede administrativa, la ponderación de valores constitucionales.

## **5. Recomendaciones**

- Es indispensable que la Corte Constitucional module el alcance de las obligaciones de las autoridades públicas en la aplicación directa de la Constitución, habida cuenta de la vigencia de normas penales y de control que sancionan el desacato de normativa que no ha sido formalmente expulsada del ordenamiento jurídico. No obstante que dentro del bloque de constitucionalidad, la Carta Magna es una verdadera norma jurídica de eficacia directa, el complejo entramado normativo en el que se desenvuelve la actividad administrativa además del sistema sancionador acusado, provoca que los servidores públicos se abstengan de evaluar la conformidad de sus actuaciones con la disposiciones de la norma primera, ya sea por ignorancia o por un bien fundamentado temor a la Contraloría o Fiscalía General del Estado.
- A la luz de los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado invocados en el acápite 1.3 y su facultad constitucional de absolver consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público acerca de la inteligencia

y aplicación de la **ley**, mismas que tienen el carácter de vinculantes; dejándose a salvo la competencia exclusiva de la Corte Constitucional de máximo intérprete constitucional, los órganos administrativos podrían reforzar sus decisiones a propósito de un conflicto normativo en su sede, al someterlas al conocimiento de este organismo, a fin de que se pronuncie sobre el orden jerárquico de aplicación normativa o sobre la presencia de una norma manifiestamente constitucional en el marco del bloque de legalidad.

- El férreo raigambre de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad del acto administrativo demanda que las autoridades públicas conozcan sobre los verdaderos alcances de sus obligaciones constitucionales y sobre las responsabilidades administrativas, civiles y penales que se derivan del obrar público, aprendizaje permanente que se obtiene a través de la implantación de un sistema de capacitación en materia de garantías del debido proceso y más que todo en la pedagogía derivada de las sentencias constitucionales y contencioso administrativas que marcan el sendero por el cual debe transitar el ejercicio del poder. Tal recaudo no sólo prevendría que la eficacia material del cual se encuentra investido un acto administrativo despliegue efectos dañosos sobre el administrado, sino que además preservaría el bloque de constitucionalidad. Confrontar la conformidad de una norma jurídica a las normas constitucionales en el ámbito que le corresponde a la Administración Pública, constituye además una garantía para los propios servidores públicos a fin de protegerse de futuras demandas por actos emitidos al margen de la constitucionalidad.
- Corresponde tanto a los magistrados constitucionales como a los jueces de lo contencioso administrativo dentro de sus respectivos ámbitos, expulsar del ordenamiento jurídico las normas que constriñen a los administradores a aplicar

normas inconstitucionales por temor a ser sujetos de las sanciones penales, administrativas y civiles advertidas, en aras de asegurar a los administradores y administrados de un sistema jurídico con normas legítimas, previsibles y ciertas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Ramiro, Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Editor Ramiro Ávila, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- Baldwin Gayoso Ericka, El control difuso en sede administrativa, tomado de la página web [www.grijley.com/jusjuris/alerta/jcoment/comentjuris4\\_1.pdf](http://www.grijley.com/jusjuris/alerta/jcoment/comentjuris4_1.pdf), página consultada en el mes de julio de 2010.
- Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fondo Editorial Andrade y Asociados, Quito, 2007,
- Bullard Alfredo , Kelsen de Cabeza: Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas en *Revista de Derecho Themis* 51
- Bustamante Teodoro, Neoconstitucionalismo y obscenidad, Diario Hoy, Quito, 8 de julio de 2009
- Carbonell Miguel, Pasado y Futuro del Estado de Derecho en *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Cárdenas Gracia Jaime, Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006
- Corral Fabián, Las Paradojas de la Constitución Ecuatoriana de 2008 en *La Constitución Ciudadana*, Taurus, Quito, 2009
- Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Abaco, Buenos Aires, 2005.
- García de Enterría Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, pg. 9, documento tomado de la página web,

[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962\\_038\\_159.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1962_038_159.PDF), julio de 2010.

- Garrido Falla Fernando, *La Justicia Administrativa*, Tecnos, Madrid, 2005.
- Jordano Fraga Jesús, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1997
- Fix Samudio Héctor, *Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional en Interpretación Constitucional*, Tomo II, UNAM- Porrúa, México, 2005
- García de Enterría Eduardo y Tomás -Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid 2006.
- Haberle Peter, *El Estado Constitucional en Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*, Agustín Grijalva, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- Islas Montes Rubén, *Sobre el principio de legalidad en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, México, 2009.
- Morales Tobar Marco, *Descentralización Administración Pública y Constitución*, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Morales Tobar Marco, *Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador- Volumen 11*, Corporación Editora Nacional, 2005.
- Morales Tobar Marco, *Sistema de Justicia Constitucional en el Ecuador en Guía de Litigio Constitucional- Tomo II*, CLD, Quito, 2001.
- Oyarte Martínez Rafael, *Curso de Derecho Constitucional*, Andrade y Asociados, Quito, 2005.
- Pazmiño Freire Patricio, *La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva en Desafíos Constitucionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos,

- Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- Pérez Camacho Efraín, Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2006.
  - Pérez Royo Javier, La Interpretación de la Constitución en *Interpretación Constitucional: Tomo II*, Porrúa, México, 2005.
  - Rivera Santivañez José Antonio, La Interpretación Constitucional en *Interpretación Constitucional: Tomo II*, Porrúa, México, 2005.
  - Sáchica Aponte Luis Carlos, Controles administrativos de constitucionalidad en *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
  - Serna Bermúdez Pedro, Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006.
  - Serra Cristóbal Rosario, La Guerra de las Cortes: La revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1999.
  - Torres Luis Fernando, Presidencialismo Constituyente, Cevallos, Quito, 2009.
  - Zagrebelsky Gustavo, El derecho dúctil, ley, derechos, justicia, Colección Estructuras y Procesos, Madrid, 1997.
  - Zavala Egas Jorge, La Constitución de 2008 y la Administración Pública en Ecuador en *La Constitución Ciudadana*, Taurus, Quito, 2009.
  - Zavala Egas Jorge, La Agonía del Derecho, Edino, Guayaquil, 2008.