

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCION EN DERECHO TRIBUTARIO

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS

ADMINISTRATIVOS EN EL ECUADOR

CARMEN AMALIA SIMONE LASSO

2005

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 posteriores a su aprobación.

Carmen Amalia Simone Lasso

Quito, 2005.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCION EN DERECHO TRIBUTARIO

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS EN EL ECUADOR

CARMEN AMALIA SIMONE LASSO

TUTOR: DR. JOSÉ VICENTE TROYA JARAMILLO

QUITO, 2005

Abstract

A partir de las reformas constitucionales de 16 de enero de 1996, y con la expedición de la Constitución Política de la República de 11 de agosto de 1998, se ha previsto en el Ecuador un sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos de carácter particular que coexiste con otras formas de control en sede administrativa y en sede jurisdiccional. Así, los actos administrativos pueden ser impugnados por la vía de la acción de inconstitucionalidad o del amparo, cuando ello corresponda (arts. 276 # 2 y 95 de la Constitución); pueden ser objeto de control ante y por la propia administración pública (reclamos y recursos administrativos); o pueden ser objeto del control de legalidad, mediante el recurso subjetivo o de plena jurisdicción. La simultánea existencia de estos diferentes sistemas de control de los actos administrativos ha generado que abogados y litigantes empleen de manera errónea los remedios previstos, confundiendo uno y otro mecanismo, o intentándolos de forma paralela. Frente a esta problemática, esta investigación caracteriza el control de constitucionalidad concentrado, el difuso y los sistemas mixtos; determina cuáles son los métodos de control de constitucionalidad previstos en el Ecuador respecto de los actos administrativos; comenta las demás fórmulas de control en sede administrativa y jurisdiccional existentes; define cuándo y cómo proceden cada uno de estos métodos, contrastándolos; distingue entre control de constitucionalidad y control de legalidad; compara el sistema de control constitucional de actos administrativos vigente en el Ecuador con los previstos en otros ordenamientos; y, finalmente, realiza recomendaciones acerca del sistema más idóneo de control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador.

Agradecimiento

Al Dr. José Vicente Troya Jaramillo, quien ha sido para mí un gran maestro no sólo del derecho, sino de la vida. Gracias por compartir generosamente sus infinitos conocimientos conmigo, por sus sabios y reflexionados consejos, por su templanza y buen humor en los momentos difíciles, y sobre todo, por su confianza y su amistad. Espero poder observar en todos los ámbitos de mi vida, su ejemplo de integridad, tenacidad y rectitud incondicional.

Tabla de Contenido

Introducción	8
I. Cuestiones generales sobre el control de constitucionalidad	12
1.1. El principio de supremacía constitucional y la defensa de la Constitución	12
1.2. Ausencia de control de constitucionalidad o sistema negativo	17
1.3. El control de constitucionalidad difuso o norteamericano	17
1.4. El control de constitucionalidad concentrado, austríaco o continental Europeo	19
1.5. Los sistemas mixtos de control de constitucionalidad: el control de constitucionalidad en la Constitución Política de la República del Ecuador	20
II. El control de constitucionalidad de los actos administrativos	24
2.1. Acto administrativo: concepto	24
2.1.1. Elementos	29
2.1.2. Caracteres y efectos	34
2.1.3. Vicios del acto administrativo	36
2.2. Métodos de control de constitucionalidad de los actos administrativos vigentes en el Ecuador	38
2.2.1. La inaplicación a cargo de jueces y tribunales: ¿cabe respecto de los actos administrativos?	43
2.2.2. Acción de inconstitucionalidad contra actos administrativos	46

2.2.2.1. Tramitación de la demanda de inconstitucionalidad.	
Legitimación activa y pasiva. Requisitos	51
2.2.2.2. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad	56
2.2.2.3. La inconstitucionalidad por la forma	59
2.2.3. Amparo Constitucional: legislación y desarrollo jurisprudencial	62
2.3. El control de constitucionalidad frente a otras formas de control de los actos administrativos	72
2.3.1. El control de los actos administrativos a cargo de la propia administración pública	72
2.3.2. El control de legalidad	74
Conclusiones	85
Bibliografía	94

Introducción

Superado ya el debate en el que durante años estuvieron embarcados Hans Kelsen y Carl Schmitt¹; abandonada la discusión respecto a las ventajas y desventajas del método concentrado respecto del difuso, y viceversa; hoy, cuando la humanidad se encuentra en proceso de tránsito del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad², son nuevos los temas que surgen en el espectro, como nuevos son también los retos que deben enfrentar juristas, jueces y abogados en el tema del control de la constitucionalidad.

Desde las reformas constitucionales de 16 de enero de 1996, pero sobre todo a partir de la expedición de la Constitución Política de la República de 10 de agosto de 1998, existe en el Ecuador un sistema de control de constitucionalidad de los actos del poder público, que despliega sus efectos sobre todos los ámbitos de la administración estatal y sobre todas las materias. En aplicación del postulado de la supremacía constitucional, todas las normas, sean éstas leyes, reglamentos, resoluciones, decretos, así como los actos administrativos de carácter particular, deben someterse irrestrictamente a la Carta Suprema, tanto en el aspecto formal o de su creación, como en el aspecto material, referido a su contenido. Así lo demuestran varias disposiciones de la Constitución de 1998, al consagrar un sistema de control de constitucionalidad mixto que combina el control concentrado en manos de un órgano especializado –el Tribunal Constitucional- con el control difuso, a cargo de todos los jueces y tribunales.

¹ Esta discusión se evidencia en las obras de Carl Schmitt, La defensa de la Constitución, Madrid, Tecnos, 1998, y de Hans Kelsen, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Madrid, Tecnos, 1995. Sobre el tema: Paula Viturro, El carácter político del control de constitucionalidad, en Christian Courtis, comp., Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 86-107.

² Jaime Parra Quijano refiere el tránsito del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad en su trabajo “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de Casación”, en Eduardo Montealegre, coord., Anuario de Derecho Constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 311. Luis Fernando Torres señala que el Estado de legalidad es aquél en el cual el gobierno de los hombres es sustituido por el gobierno de las leyes, mientras que el Estado constitucional es aquél donde existe una Constitución cuya función es la de limitar el poder y proteger los derechos de los gobernados. Relaciona al primero con el Estado de Derecho, y al segundo, con el Estado Social de Derecho, donde se consigue la justicia social y se afianzan los derechos sociales, El control de la constitucionalidad en el Ecuador, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987, pp. 43-44. Luigi Ferrajoli, por su parte, sostiene que nos encontramos insertos en un modelo de democracia constitucional, fruto de un cambio radical de paradigma acerca del papel derecho producido a partir de la Carta de la ONU de 1945, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de la constitución italiana de 1948 y de la ley fundamental alemana de ese mismo año, instrumentos en los cuales se redescubre el significado de constitución como norma dirigida a garantizar la división de poderes y derechos fundamentales de todos, La Democracia Constitucional, en Christian Courtis, comp., Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p.258.

Reviste particular interés estudiar, dentro del amplio espectro del control de constitucionalidad, aquél que se ejecuta sobre los actos administrativos. Resulta evidente que estos actos deben en todos los casos guardar correspondencia con la Constitución, en cumplimiento del axioma de la supremacía constitucional, contenido en el art. 272 de la Carta Política del Ecuador³. Mas, no existe claridad respecto de las formas de control que se han previsto con el objeto de preservar la correspondencia entre estos actos administrativos y la Constitución.

El legislador en las reformas de 1996, y el constituyente en la Constitución de 1998, establecieron expresamente que estos actos pueden ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (arts. 276 # 2). Sin embargo, no consiguieron precisar cuáles son los efectos de este mecanismo de control, ni cuáles son sus alcances. También previeron de forma explícita la posibilidad de atacar actos administrativos lesivos de los derechos fundamentales a través de la acción de amparo. Pese a ello, no definieron con exactitud el alcance de la noción de acto de autoridad pública que se emplea en el texto constitucional, ni delimitaron las consecuencias jurídicas que acarrea la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado.

Tampoco la Ley de Control Constitucional de 1997 fue capaz de disipar estas imprecisiones, así como otras que aparecen del texto constitucional de 1998, que no precisa si la facultad de inaplicación contenida en el art. 274 incluye dentro de la noción de precepto jurídico al acto administrativo, pese a establecer en el art. 273 el deber de toda corte, tribunal o juez de aplicar prevalentemente las normas de la Constitución por encima de cualquier otro instrumento jurídico.

Este enredado sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos se ve agravado por la simultánea existencia de otras fórmulas de control que se han previsto, primero en sede administrativa y luego en sede contenciosa. Así, tanto la Ley de Modernización del Estado

³ Otras Constituciones contienen preceptos similares: el Art. 228 de la Constitución Política Boliviana y el Art. 7 de la Constitución de Venezuela.

como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, al igual que otros instrumentos normativos de carácter especial como el Código Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas, han fijado procedimientos de control administrativo de estos actos, a fin de cumplir con el mandato constitucional de que toda autoridad pública debe aplicar preferentemente los preceptos constitucionales en su actuación. Finalmente la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo y el Código Tributario, regulan el denominado control de legalidad, confiado a los Tribunales Distritales y Salas de la Corte Suprema de Justicia respectivas.

Frente a este confuso panorama, preocupa el que la literatura jurídica ecuatoriana no haya dedicado espacios para comentar y contrastar el control que puede y debe realizarse sobre los actos administrativos. Pese a que se han propuesto diferentes estudios y se han desarrollado conferencias y seminarios, el debate teórico en nuestro país se ha centrado exclusivamente sobre el control que se realiza respecto de las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones de carácter general, o *erga omnes*. Poco se ha dicho sobre el control de constitucionalidad que necesariamente debe operar sobre los actos administrativos de toda autoridad pública, actos que se dirigen a uno o varios particulares en concreto, y que en ocasiones son aún más lesivos de sus derechos e intereses subjetivos y personales, pues los afectan de forma más próxima y directa.

Cual acontece con el casi nulo tratamiento y aporte doctrinarios, en la práctica jurídica ecuatoriana se han suscitado contados casos en donde se ha hecho efectivo el control de constitucionalidad de los actos administrativos. Ello sucede principalmente por el desconocimiento reinante en abogados y litigantes sobre los derechos y acciones de los cuales se encuentran asistidos. Ocurre también porque todavía no existe en nuestros países una conciencia acerca de la directa aplicación de las normas constitucionales, y de la vigencia práctica real que tiene el principio de supremacía o primacía constitucional. Pero sobre todo se debe a las graves falencias que existen en nuestra legislación y a las interpretaciones erradas que los operadores jurídicos tienen respecto de la manera cómo debe ser controlada la constitucionalidad de los actos administrativos.

Pese a que existen las normas y en general, mecanismos que viabilizan y concretizan el derecho de toda persona a que los actos de la administración guarden consonancia con la Carta Magna, el desconocimiento ha llevado a que las acciones previstas para preservar dicha correspondencia en materia constitucional administrativa sean malentendidas y mal utilizadas. Abogados y litigantes han empleado equivocadamente los distintos remedios previstos en caso de inconstitucionalidad de los actos administrativos, confundiendo uno y otro, o intentándolos inclusive de forma simultánea. Ello se evidencia en numerosos casos que, sometidos al conocimiento del Tribunal Constitucional por la vía de la acción de inconstitucionalidad, han sido también impugnados por la vía del amparo, llegando inclusive al absurdo de buscar paralelamente su inaplicación en casos concretos sometidos al conocimiento de la justicia ordinaria, donde además se ha intentado su derogatoria aduciendo vicios de ilegalidad⁴.

Frente a esta problemática, esta tesis pretende dilucidar y distinguir con claridad, desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, cuáles son los mecanismos de control de constitucionalidad que han previsto la Constitución y la ley en el Ecuador, porqué, cuándo y cómo proceden respecto de los actos administrativos. Adicionalmente busca diferenciar al control de constitucionalidad de otras formas de control administrativo y judicial, de modo que estas distintas formas de supervigilancia de las actuaciones del poder público no sean confundidas. Finalmente pretende aportar con una propuesta acerca del mecanismo más idóneo para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador.

⁴ Un caso que demuestra esta aseveración es el promovido por la Asociación de Industriales Licoreros del Ecuador en contra de la Resolución 0004 del Servicio de Rentas Internas. Esta Resolución fue impugnada ante la jurisdicción contencioso tributaria y paralelamente, ante el Tribunal Constitucional por la vía de la acción de inconstitucionalidad y por apelación de un amparo constitucional.

I. Cuestiones generales sobre el control de constitucionalidad

1.1.El principio de supremacía constitucional y la defensa de la Constitución

García Belaunde refiere que el primer problema que tenemos al hablar de supremacía y defensa constitucional es, sin lugar a dudas, ponernos de acuerdo sobre lo que es Constitución⁵. Naranjo Mesa⁶ nos aporta algunos conceptos. Aristóteles hablaba de Constitución como el principio según el cual está ordenada la autoridad política. Montesquieu se refiere a la Constitución como la compleción tradicional, histórica de la nación. Para Jellinek, la Constitución es el principio de ordenación conforme al cual el Estado se constituye y desarrolla su actividad. Hegel la considera como un código suprallegal que ordena coercitivamente la organización del Estado y el progreso de su vida. Para Marx, la Constitución es la organización del Estado como un modo de existencia y actividad de las cualidades sociales de los hombres. Oyarte, por su parte, califica a la Constitución como el “texto solemne a través del cual: es organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y se establece un régimen de garantías a los Derechos Fundamentales”⁷. Para Nino, la Constitución es la “carta de navegación del país”⁸. Y el propio Naranjo Mesa concluye sosteniendo que en la concepción moderna de Constitución, ella constituye “la ley fundamental del Estado”⁹.

Aunque estas definiciones en general recogen muchos de los elementos insertos en la noción de Constitución, consideramos que Kelsen es quien mejor la configura, identificándola como la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas, que determina los órganos que legislan y los procedimientos para hacerlo, y que además establece las relaciones básicas entre los asociados y las

⁵ Domingo García Belaunde, Cómo estudiar derecho constitucional, 3ra ed., Lima, Editorial Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2000, p. 89.

⁶ Vladimiro Naranjo Mesa, Teoría Constitucional e instituciones políticas, Bogotá, Temis, 1990, pp. 253-255.

⁷ Rafael Oyarte Martínez, “La Supremacía Constitucional”, en Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Quito, Tribunal Constitucional, 1999, p. 75.

⁸ Carlos Santiago Nino, Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2000.

⁹ Vladimiro Naranjo Mesa, Op. Cit., p. 256.

formas de aplicación del derecho. Kelsen mira a la Constitución como la norma fundamental o hipótesis básica, que no es creada conforme a un procedimiento jurídico, por lo que no constituye una norma positiva, ya que nadie la ha regulado ni es producto de una estructura jurídica. A partir de esta norma o hipótesis básica, se forma el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental, sobre la cual radica la validez de todas las normas que edifican el sistema¹⁰.

Es así que en la Constitución reside el fundamento de validez de toda regla jurídica, y por ende, ésta se erige como la norma máxima de todo ordenamiento. A partir de esta concepción surge el dogma de la supremacía o primacía constitucional, pues no puede entenderse un ordenamiento jurídico en el que las normas (leyes, decretos, ordenanzas) o los actos administrativos, contraríen su fundamento de validez formal y material, es decir, la Constitución. Dermizaky señala que “la supremacía de la Constitución establece claramente la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos. Puesto que la Constitución expresa la voluntad del primero, los segundos se someten a ella de manera indiscutible”¹¹. En palabras de Pérez Royo, citado por López, la Constitución debe prevalecer sobre el resto de las normas pues la voluntad del pueblo debe prevalecer sobre la voluntad de sus regentes¹².

De acuerdo con el principio de supremacía o primacía constitucional, toda norma debe ser creada, interpretada, aplicada, modificada y derogada, tomando a la Constitución como condición de validez (toda norma debe fundamentar su validez en una norma superior) y unidad del ordenamiento jurídico (la pluralidad de normas encuentra su unidad en una sola norma: la Constitución). Así, en aplicación de este postulado, la Carta Magna es fuente primaria y final del poder público, pues se encarga de establecer la organización, la estructura y la forma de ejercicio del poder del Estado, a

¹⁰ Hans Kelsen, Teoría pura del derecho: introducción a la génesis del derecho, 3ra. ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963.

¹¹ Pablo Dermizaky Peredo, Derecho Constitucional, Cuarta Edición, Cochabamba, Editora J.V, 1998, p. 56.

¹² Javier Pérez Royo, citado por Ernesto López Freile, “Control constitucional y organismos de control”, en Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo: Memorias del Seminario de Derecho Constitucional Comparado, Quito, Projusticia y Coriem, 1998, p.62. Como refiere Torres, esta afirmación nos lleva a cuestionarnos la legitimidad de la justicia constitucional. Surge la interrogante de cuál es el fundamento para que jueces no elegidos por el pueblo, invaliden actos de órganos elegidos por el pueblo. El tema acaba por convertirse en un asunto de soberanía. Consideramos que si la justicia constitucional deviene de la propia Constitución, entonces el fundamento está precisamente en ese el mandato primero del pueblo que se encuentra en ella contenido, por lo cual no cabría deslegitimarla. Luis Fernando Torres, Legitimidad de la Justicia Constitucional, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003, p. 55.

través de las distintas instituciones políticas que lo conforman. Gracias a este principio es posible vivir en un régimen constitucional y democrático, pues el respeto a la Constitución es la mayor garantía de los derechos fundamentales de los gobernados. Y también gracias a este principio, se limita el poder de los gobernantes y se los responsabiliza por cada uno de sus actos¹³.

Así aparece claramente determinada la posición que la Constitución ocupa dentro del ordenamiento jurídico de un Estado: no sólo se encuentra en la cúspide por ser la norma fundamental o la hipótesis básica, sino además, por contener la filosofía política que sirve de inspiración tanto a los gobernantes como a los gobernados. Por ello la supremacía constitucional, conforme lo menciona Oyarte¹⁴, se explica en dos sentidos: como supremacía material, es decir, la superioridad de contenido de la Constitución, que impide que las normas inferiores alteren a la Constitución; y como supremacía formal, que por un lado impone que en la expedición y reforma de la Constitución se exijan mecanismos y requisitos más exigentes que para las normas ordinarias, y por otro, supone que en la Constitución se establezcan los procedimientos por medio de los cuales deben crearse, extinguirse y modificarse las normas jurídicas.

Desde Aristóteles, pasando por Kelsen, y hasta nuestros días, el dogma de la supremacía constitucional se ha enraizado profundamente en la ciencia política y en la teoría general del derecho, y prácticamente todas las constituciones del mundo consagran de algún modo su superioridad sobre el resto de normas y fuentes del derecho. Nuestro constitucionalismo históricamente así lo ha entendido, y desde la primera Constitución de 1830, se ha declarado la superioridad de las normas constitucionales por encima de toda otra norma jurídica¹⁵. Así, el art. 272 de la Constitución Política de la República del Ecuador actualmente vigente establece:

¹³ *Ibíd.*, p. 76.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 78-79.

¹⁵ Así la Constitución de 1979 (Decreto Supremo s/n, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979), art. 137 “la Constitución es la ley suprema de Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción la Constitución o alteraren sus prescripciones. La Constitución de 1967, (Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 133, de 25 de mayo de 1967), art. 257 “la Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los

La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior¹⁶.

El principio de supremacía constitucional, sin embargo, no puede ser concebido por sí sólo. Necesariamente va ligado con la correlativa defensa de la Constitución, que permite su vigencia práctica. En esta línea, Néstor Pedro Sagüés refiere que:

De poco vale el principio de supremacía constitucional (...) si no se planifica un aparato de control de esa supremacía. Esto es, una magistratura constitucional, que opere como órgano de control, y procesos constitucionales, mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares¹⁷.

Oyarte sostiene igualmente que “la Supremacía de la Constitución se hace efectiva por medio del control de constitucionalidad, el mismo que conforma el sistema de protección jurídica de la Constitución”¹⁸. Efectivamente, de nada sirve consagrar la supremacía de la Constitución sin contar al propio tiempo, con procedimientos que aseguren su observancia y que sirvan además para

preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella.” La Constitución de 1946 (Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 773, de 31 de diciembre de 1946), art. 189 “la Constitución es la una norma jurídica de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las Leyes, Decretos, Reglamentos, Ordenanzas, Disposiciones, Pactos o Tratados Públicos que, de cualquier modo, estuvieran en contradicción con ella o se apartaren de su texto.” Con igual texto, el art. 163 de la Constitución de 1945, (Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 228, de 6 de marzo de 1945). La Constitución de 1929 (Ley s/n, Registro Oficial 138, de 26 de marzo de 1929), art. 161 “la Constitución es la Ley Suprema de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos, que se opusieren a ella o alteraren, de cualquier modo, sus prescripciones. En idéntico sentido el art. 6 de la Constitución de 1906 (Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 262 de 24 de diciembre de 1906).

¹⁶ Así, en Argentina, el art. 31 de la Constitución dice: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación (...)”. En Bolivia, el art. 228: “La Constitución política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional”. En Chile, el art. 6: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...)” En Colombia, el art. 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”. En El Salvador, el art. 246: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos (...)”. En Guatemala, el art. 175: “*Jerarquía constitucional*. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución (...)”. En México, el art. 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión (...)”. En Nicaragua, el art. 182: “La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones.” En Paraguay, el art. 137 “La ley suprema de la República es la Constitución. (...) Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”. En el Perú, el art. 51: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”. En República Dominicana, el art. 46: “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”. En los Estados Unidos de América, el art. 5, cláusula 2, “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. En Uruguay, el art.329: “Declárense en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo”. En Venezuela, el art. 7: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

¹⁷ Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 169.

¹⁸ Rafael Oyarte Martínez, Op. Cit., p. 80.

solucionar aquellos supuestos en los que se produzca una falta de correspondencia o una violación de los mismos. Por ello, y para que estos mecanismos de supervigilancia constitucional sean realmente efectivos, es necesario que se los mismos sean establecidos por la propia norma suprema, es decir, por la Constitución¹⁹.

Es así que podemos afirmar que la supremacía constitucional, sin medios efectivos que la garanticen, queda como un mero enunciado. Así lo han entendido la doctrina, la jurisprudencia, y prácticamente todas las legislaciones del mundo, como la nuestra, donde el principio de supremacía constitucional ha sido respaldado paralelamente con un sistema de control de la constitucionalidad. Eso no significa, sin embargo, que todos los ordenamientos resguarden el principio de primacía constitucional de la misma manera, pues se han concebido diferentes formas de de defensa o control, que dependen en gran medida de concepciones filosóficas y políticas, pero que además responden a circunstancias culturales y coyunturales propias de cada sistema. Así, Torres señala que si bien el control de constitucionalidad es el método más sobresaliente de defensa de la Constitución, existen otros mecanismos que buscan resguardarla: el veto presidencial, el estado de sitio, el referéndum, el sistema parlamentario bicameral, entre otros²⁰.

Ya dentro del control de constitucionalidad, también existen diferentes modalidades, que responden de igual manera a distintas consideraciones políticas. Nino refiere tres de ellas, y las relaciona con tres diferentes órdenes jurídicos: el inglés, el continental europeo y el norteamericano²¹. Incluye como una modalidad a la ausencia de control de constitucionalidad, o lo que Sagüés denomina como un sistema negativo²². A estas modalidades, hemos de agregar una de carácter mixto o híbrido, que se presenta en sistemas como el ecuatoriano, que ha recibido la

¹⁹ Ernesto López Freile dice que “la justicia constitucional es la autoconciencia que la constitución posee de su propia eficacia y dinamismo”, Op. Cit., p. 63.

²⁰ Luis Fernando Torres, El control de la constitucionalidad en el Ecuador, Op. Cit., p. 38.

²¹ Carlos Santiago Nino, Op. Cit., p. 659. Francisco Rubio Llorente señala que en Europa, la jurisdicción constitucional es una institución propia de las nuevas democracias, y que existe en aquellos estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza (Austria, Alemania, Italia, España, Portugal, Polonia, Hungría, Yugoslavia, Suiza, Francia, Bélgica), y no, salvo de forma parcial y limitada, en aquellos otros cuya evolución constitucional ha proseguido sin más quiebras graves que las ocasionadas por la guerra (refiere el caso de Grecia, cuyo Tribunal Supremo Especial actúa sólo ocasionalmente), “Once Tesis Sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa”, en Víctor Bazán, coord., Desafíos del Control de Constitucionalidad, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 340.

²² Néstor Pedro Sagüés, Op. Cit. pp. 169-184.

influencia por un lado, del sistema continental europeo, y por otro, de ciertas instituciones propias del *common law*.

1.2. Ausencia de control de constitucionalidad o sistema negativo

Nino refiere que en el sistema jurídico británico, en el de Holanda y en los de los países escandinavos, no existe un control judicial de constitucionalidad. Sagüés señala que muy pocas naciones carecen de control de constitucionalidad, y menciona a Francia durante la Tercera República, Luxemburgo y el Vaticano. En Inglaterra, por ejemplo, ningún juez, ni aún la misma Cámara de los Lores, tiene la facultad para descalificar una ley dictada por el Parlamento, menos aún una norma jurídica de nivel inferior, bajo el argumento de que viola la Constitución²³. Torres²⁴ recuerda la vigencia del principio de absoluta soberanía del Parlamento, por el cual, ninguna autoridad, ni aún los jueces a quienes se ha colocado en una posición de subordinación, tienen facultad para deshacer lo por él realizado.

1.3. El control de constitucionalidad difuso o norteamericano.

El control difuso de la constitucionalidad nace en Estados Unidos, aunque existen discrepancias respecto de cuál fue propiamente su origen: si el mismo fue anticipado en “El Federalista”²⁵, o si fue insertado en el famoso fallo del Juez Marshall en el caso “*Marbury vs. Madison*” en 1803²⁶. La

²³ Recordando que en Inglaterra, la Constitución es consuetudinaria, no escrita.

²⁴ Luis Fernando Torres, Legitimidad de la justicia constitucional, Op. Cit., p. 62.

²⁵ El Federalista es una obra escrita por Hamilton, Madison y Jay para interpretar la Constitución. Los autores habían participado de debates, y habían expuesto sus teorías primero como artículos de polémica en los diarios de New York. Un artículo de Hamilton sirvió de fundamento a Marshall. Dicho artículo mencionaba el derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura con fundamento en que son contrarios a la Constitución, Gerardo Eto Cruz, “John Marshall y la Sentencia *Marbury vs. Madison*”, Revista Peruana de Derecho Constitucional, Tribunal Constitucional del Perú, (Lima), s/n, (1999): 639-665.

²⁶ El Presidente de Estados Unidos, John Adams, a pocos días de terminar su mandato, con aprobación del Senado, nombró a Marbury para el cargo de Juez Federal del Distrito de Columbia. Luego de Adams, sucede en la presidencia Jefferson. El decreto de nombramiento para Marbury aún no le había sido enviado, por lo que hizo la petición de que se le entregue la credencial correspondiente, que debía ser otorgada por el Secretario de Estado, Madison. Madison se resiste a entregar el decreto bajo las órdenes de Jefferson. Marbury entabla una acción en la *Supreme Court* a través de un *writ de mandamus*, con fundamento en la *Judiciary Act* de 1789. La sentencia expedida por el *Chief Justice Marshall* reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste para que se le entregue su credencial, pero luego razona que según la Constitución de USA, la Corte Suprema es un Tribunal de Apelación, por lo que la *Judiciary Act*, al estudiar la posibilidad de acudir directamente a ella para que librar órdenes a la Administración, era inconstitucional y por ende, inaplicable. Invocando la lógica jurídica, Marshall sostuvo que sería ilógico afirmar la supremacía de la Constitución sin poder al propio tiempo sancionar dicha supremacía. Cualquiera

mayor parte de la doctrina coincide en señalar que si bien en “El Federalista” se sentaron las bases, fue el fallo de Marshall el que realmente inició con lo que se conoce como el *judicial review*.

Luís Fernando Tócora señala que esta forma de control surge con anterioridad al control concentrado, pues deviene de las normas constitucionales que simplemente establecen la supremacía constitucional²⁷. Siguiendo a este mismo autor, tenemos que el control difuso es aquél control a posteriori, que siempre debe existir, exista o no un método concentrado de control constitucional. Este control se resuelve por vía incidental, dentro de un proceso de cualquier naturaleza, y sin lugar a procedimientos especiales. Ello da lugar a que este control sea, por esencia, concreto, pues inicialmente sólo está autorizado para impulsarlo quien tenga determinado interés, al estar afectado por la norma que califica como inconstitucional. Su decisión comprende exclusivamente a las partes que han participado de la controversia y tiene carácter vinculante a través de la regla del *stare decisis*²⁸. Se le conoce también como vía de excepción, excepción de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial, pues puede ser opuesto por las partes, aunque ello no obsta que pueda operar de oficio. Este modelo de control judicial no es especializado, pues, cualquier juez puede evaluar la constitucionalidad de una norma ejerciendo al propio tiempo tareas de juez en diferentes materias (civil, penal, laboral, tránsito, inquilinato).

Los riesgos o desventajas de este tipo de control se encuentran fundamentalmente en sus efectos, pues no declara inválido ni tampoco retira de la vida jurídica al precepto encontrado inconstitucional, sino que simplemente deja de aplicarlo a un caso concreto. Ello a su vez puede dar lugar a los inconvenientes de la potencial contrariedad de sentencias, así como de divergencia de jurisprudencia, que sólo podrán resolverse si los fallos son revisados por un órgano jerárquicamente superior.

ley que contraría la Constitución debe poder ser declarada nula, pues de permanecer válida, la Constitución perdería su carácter de norma fundamental, Gerardo Eto Cruz, *Ibíd.*

²⁷ Luis Fernando Tócora, *Op. Cit.*, p.20. En igual sentido se pronuncia Carlos Santiago Nino, para quien el control judicial de la constitucionalidad se deriva lógicamente de la noción de supremacía de la Constitución, *Op. Cit.*, p. 674.

²⁸ Esta regla impone que una decisión judicial sienta un precedente vinculante para todos aquellos tribunales que se enfrenten a situaciones similares o idénticas.

1.4.El control de constitucionalidad concentrado, austríaco o continental europeo

Frente al sistema de control de constitucionalidad difuso, existe el concentrado, proclamado en la década de 1920 por Kelsen, quien sostenía que este control “era esencial para mantener la supremacía de la Constitución, no sólo como regla procedimental sino también como norma sustantiva”²⁹. Se lo conoce también como sistema austríaco o continental-europeo, pues está vigente principalmente en países como Austria, Italia, España y Portugal. En este sistema, la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las normas se encuentra concentrada –monopolizada- en un solo órgano, pudiendo ser éste un Tribunal o Corte Constitucional. En la concepción originaria de Kelsen, este órgano concentrado debe operar como órgano extra poder, es decir, fuera de las tres funciones clásicas del Estado, y debe ser un órgano especializado, que cuenta con miembros que gocen de una suerte de “mentalidad constitucionalista”³⁰. Hoy vemos que estas circunstancias han sido relativizadas, y en muchos países, se atribuye esta potestad a salas pertenecientes o anexas a la Función Judicial.

De acuerdo con el modelo kelseniano, el órgano que ejerce control de constitucionalidad de forma concentrada debe fallar con efectos generales o erga omnes, lo que convierte a este control en abstracto. A diferencia del control difuso, en el control concentrado la inconstitucionalidad tiene carácter principal, pues no se deduce en casos concretos sometidos a la jurisdicción ordinaria, sino que se ejerce a través de la vía de la acción de inconstitucionalidad

²⁹ Carlos Santiago Nino, Op. Cit., p. 660.

³⁰ Néstor Pedro Sagüés, Op.Cit., pp. 169-184.

1.4. Los sistemas mixtos de control de constitucionalidad: el control de constitucionalidad en la Constitución Política de la República del Ecuador

Como una respuesta a los vacíos e imperfecciones propias de los sistemas referido, algunos países han instrumentado lo que Sagüés califica como “sistemas híbridos”³¹, combinando las bases del sistema del *judicial review* estadounidense con el sistema concentrado austríaco.

Aunque esta compatibilización puede darse en diferentes formas y a distintos niveles, por lo general los sistemas mixtos permiten que todos los jueces y tribunales conozcan de excepciones de inconstitucionalidad (control difuso), mas contemplan la existencia de un órgano que ejerce el control concentrado y abstracto de inconstitucionalidad en ciertas acciones restringidas a determinados sujetos o situaciones.

Consideramos que dentro de esta modalidad debe ubicarse al sistema ecuatoriano de control de constitucionalidad vigente, insertado en las reformas constitucionales de 1996³², y acogido por la Constitución Política de 1998. Ello no significa, sin embargo, que el control de constitucionalidad en nuestro país siempre haya sido de tipo mixto. Salgado Pesantes³³ refiere que no se dio mayor importancia al control de constitucionalidad en nuestro país durante el siglo XIX, pese a lo cual, en la Carta Política de 1851 se previó que el Consejo de Estado vele por la observancia de la Constitución, mientras que en la Constitución Garciana de 1869 se inauguró el control preventivo de constitucionalidad de las leyes en manos de la Corte Suprema de Justicia.

³¹ *Ibíd.*

³² Estas reformas surgieron por iniciativa del entonces Presidente de la República, Arq. Sixto Durán Ballén. Mediante Decreto 1912, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 479 de 8 de julio de 1994, el Presidente de la República creó una Comisión Especial para la Elaboración de un Proyecto de Reformas Constitucionales, conformada por algunos eminentes ecuatorianos entre los que se encontraban Monseñor Juan Larrea Holguín, el Dr. Gil Barragán Romero, el Dr. Fabián Corral, el Dr. Hernán Salgado Pesantes, el Dr. Galo García Feraud, entre otros. El trabajo de esta Comisión y los resultados de la Consulta Popular efectuada el 28 de agosto de 1994 (RO 531 de 21 de septiembre de 1994) dieron como resultado el Proyecto de Reformas Constitucionales signado con el número III-94-132, presentado al Congreso Nacional con fecha 4 de octubre de 1994. Este Proyecto fue leído y ampliamente debatido en el Congreso Nacional, desagregándose en tres bloques de reformas. Las modificaciones constitucionales a las que nos referiremos a lo largo de este trabajo, constan en el Tercer Bloque de reformas, cuya lectura se produjo el 23, 24 y 27 de octubre de 1994; cuyo primer debate se realizó el 18, 22, 23, 29, 30 y 31 de mayo, 1, 2, 6, 7, 8, 12, 13, 20, 21, 22 y 27 de junio, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 18, 19 y 20 de julio de 1995; y cuyo segundo debate se realizó el 24 de agosto y el 7 y 8 de noviembre de 1995. Luego de la sanción del Presidente de la República, el Congreso Nacional se ratificó en el texto aprobado en primer debate realizado el 19 de diciembre y en segundo debate realizado el 20 de diciembre de 1995, publicándose finalmente estas reformas en el Registro Oficial 863 de 16 de enero de 1996. El historial de estas reformas se desprende de las Actas del H. Congreso Nacional del Ecuador de las fechas mencionadas, disponibles en el Archivo Legislativo.

³³ Hernán Salgado Pesantes, “A Manera de Prólogo”, en *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*, Op. Cit., pp. 15-16.

En las primeras Constituciones del siglo XX la situación cambió, aunque no drásticamente. La Carta Suprema de 1906 estableció el control legislativo de constitucionalidad, correspondiéndole privativamente al Congreso Nacional el declarar si una ley o decreto legislativo era o no inconstitucional³⁴. El Consejo de Estado podía tan sólo velar por la observancia de la Constitución, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades. En la Constitución de 1929 se continuó el control legislativo de constitucionalidad, pero se otorgó al Consejo de Estado competencia para declarar, por acción popular, la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo en contravención a la Constitución³⁵. La Constitución de 1945 insistió en el control legislativo de constitucionalidad, pero introdujo la facultad del Tribunal de Garantías Constitucionales para dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decreto y para suspender temporalmente la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine definitivamente acerca de ellos³⁶. Igualmente el control legislativo se consagró en la Constitución de 1946, en la que se permitió además al Consejo de Estado, el formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que se hubieren dictado con violación manifiesta de la Constitución³⁷. En la Constitución de 1967 se redefinió el sistema de control de la constitucionalidad, se encargó a la Corte Suprema de Justicia, suspender, total o parcialmente, y de modo general y obligatorio, de oficio o a petición de parte, los efectos de una ley, ordenanza o decreto inconstitucional por la forma o por el fondo. También en esta Constitución por primera vez se atribuyó a la Corte Suprema, en los casos particulares sometidos a su conocimiento, la facultad de declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución³⁸. Así, el Tribunal de Garantías Constitucionales actuaba como un mero observador del cumplimiento de las normas constitucionales, pero carecía de competencia para declarar su inconstitucionalidad. La Constitución

³⁴ Art. 7 de la Constitución de 1906, Registro Oficial 262 de 24 de diciembre de 1906.

³⁵ Art. 117 de la Constitución de 1929, Registro Oficial 138 de 26 de marzo de 1929.

³⁶ Art. 160 de la Constitución de 1960, Registro Oficial 228 de 6 de marzo de 1945.

³⁷ Art. 189 de la Constitución de 1946, Registro Oficial 773 de 31 de diciembre de 1946.

³⁸ Arts. 205 y 206 de la Constitución de 1967, Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.

de 1979 adoptó el mismo sistema de la de 1967. Conservó el control en abstracto en manos de la Corte Suprema, aunque nuevamente exigía someter sus decisiones a resolución del Congreso Nacional. También preservó la facultad privativa de la Corte Suprema de declarar inaplicables, en los casos concretos sometidos a su conocimiento, los preceptos contrarios a la Constitución³⁹.

En las reformas de 1996 se retira de la Corte Suprema de Justicia el control en abstracto, y se convierte al Tribunal de Garantías Constitucionales en un Tribunal Constitucional propiamente dicho. Y solamente en la Constitución de 1998, se extiende la facultad de inaplicación a todos los jueces y tribunales, con lo cual se consolida un método de control mixto de la constitucionalidad en el Ecuador⁴⁰. En la actualidad, este sistema comprende, como lo señala Wray, la aplicación directa de los preceptos constitucionales por y ante cualquier juez, tribunal y autoridad; la facultad de todo juez y tribunal de declarar inaplicable, en una causa concreta sometida a su conocimiento, cualquier precepto jurídico contrario a la Constitución; la acción directa de inconstitucionalidad; y, otros mecanismos de protección de derechos, entre los que se encuentran el hábeas corpus, el recurso de hábeas data, la acción de amparo, y la defensa de los derechos garantizados en la Constitución por la Defensoría del Pueblo⁴¹.

Sin desmerecer a los demás métodos de control de la constitucionalidad, debemos mencionar que por su importancia se privilegia el que Wray deliberadamente menciona en primer lugar, y que se encuentra comprendido en el art. 18 de la Carta Política. En virtud de este precepto, y en aplicación del art. 97 de la Carta Política, todos los ciudadanos tienen el deber de “1. Acatar y cumplir la Constitución”, obligación que adquiere aún mayor relevancia y contundencia, por efectos de las expresas disposiciones que al respecto se ha fijado tanto para las cortes, tribunales, jueces y

³⁹ Art. 138 de la Constitución de 1979, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.

⁴⁰ La estructuración de un Tribunal Constitucional independiente de las tres funciones del Estado, y separado principalmente de la Corte Suprema de Justicia, fue un asunto ampliamente discutido y que fue motivo de oposición en el seno del Congreso Nacional. El Partido Social Cristiano, por ejemplo, fue partidario de que desapareciera el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, y que en lugar de un Tribunal Constitucional sea la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la que ejerza el control concentrado de constitucionalidad, como ya venía ocurriendo, pero ampliando sus competencias de conformidad con el texto del Proyecto de Reformas Constitucionales presentado por el Ejecutivo el 4 de octubre de 1994.

⁴¹ Alberto Wray, “El sistema de control de constitucionalidad en el Ecuador”, en Derecho Procesal Constitucional, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002, pp. 41-43.

funcionarios administrativos en general (art. 273), como particularmente para la Función Legislativa (art. 131) y para el Presidente de la República (art. 171), entre otros.

En un estatus ideal, para la defensa de la Constitución deberían bastar los axiomas de la aplicación directa y de la supremacía constitucional a los que hemos aludido en líneas anteriores. Efectivamente, la importancia de estos dogmas radica en que aún en ausencia de otros mecanismos de control de la constitucionalidad –acción directa de inconstitucionalidad, amparo, hábeas data, hábeas corpus, inaplicabilidad–, imponen el deber de todo ecuatoriano, especialmente de todo juez o funcionario administrativo, de hacer y vigilar que la Constitución prevalezca sobre cualquier disposición de ley orgánica u ordinaria, decreto-ley, decreto, estatuto, ordenanza, reglamento, resolución, acto administrativo u otros. Lo que ocurre es que frente a un caso concreto, el juez, tribunal, el funcionario administrativo o cualquier persona, está llamada a aplicar no solamente una norma específica, sino todo un sistema normativo, dentro del cual, la Constitución, como hemos visto, ocupa el lugar prevalente.

Pero esta aplicación no siempre se produce como debería. Leyes, actos normativos y actos administrativos no siempre se expiden observando el postulado de la supremacía constitucional. Tampoco los jueces y tribunales *motu proprio*, hacen prevalecer los preceptos constitucionales al aplicar el sistema normativo. Es por ello que se han debido prever los demás mecanismos de control de la constitucionalidad. La práctica constitucional ecuatoriana nos advierte de que en general han sido los particulares quienes han propiciado el control de constitucionalidad, ya sea directamente, a través de la interposición de demandas de inconstitucionalidad o de amparos, ya sea indirectamente, a través de la insinuación de la aplicación directa de las disposiciones constitucionales. Pero la misma práctica nos enseña que los vicios de inconstitucionalidad pueden y de hecho son atacados no solamente a través de la iniciación de procesos constitucionales. A continuación nos referiremos específicamente al control de constitucionalidad de los actos administrativos, a fin de diferenciarlo más tarde de estas otras formas de control vigentes en nuestro ordenamiento.

II. El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador

Antes de entrar a estudiar con detenimiento cómo se ejerce en el Ecuador el control de constitucionalidad de los actos administrativos, es imprescindible determinar qué se entiende por acto administrativo, tanto en el ámbito doctrinario como a nivel legislativo, y es además necesario diferenciarlo de las leyes así como del resto de actos expedidos por las autoridades administrativas en ejercicio del poder público.

2.1. Acto administrativo: concepto

En general, ni la doctrina más acabada ha logrado ponerse de acuerdo en lo que se entiende por acto administrativo⁴². García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, han dicho que acto administrativo es “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”⁴³. Dromi, por su parte, sostiene que la conceptualización del acto administrativo ofrece diferentes alternativas doctrinarias y legislativas en cuanto a sus acepciones, pero termina definiéndolo como la declaración unilateral de voluntad, realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos⁴⁴. Pérez Dayán lo define como “toda declaración de voluntad unilateral y concreta, dictada por un órgano de la administración pública, en ejercicio de su competencia administrativa, cuyos efectos jurídicos son directos e inmediatos”⁴⁵. En una definición que ha sido ampliamente acogida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Royo Villanova define al acto administrativo como “un hecho jurídico que por su procedencia, emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza, se concreta en una declaración especial, y por su alcance afecta,

⁴² Roberto Dromi refiere que no existe un concepto doctrinario, ni legal unitario sobre el acto administrativo, y señala que esta situación obedece principalmente a que en el ámbito del Derecho público no siempre se cuenta con códigos, y cuando éstos existen y definen al acto administrativo, no suelen guardar armonía de criterio. También atribuye la diferencia de significados a la diversa organización administrativa que existe al interior de cada país, impuesta, por ejemplo, por razones de federalismo. Roberto Dromi, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 11.

⁴³ Citados por Alberto Pérez Dayán, *Teoría General del acto administrativo*, México, Editorial Porrúa, 2003, p.50.

⁴⁴ Roberto Dromi, *Op. Cit.*, pp. 16-31.

⁴⁵ Alberto Pérez Dayán, *Op. Cit.*, p. 53.

positiva o negativamente a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración pública⁴⁶.

En el Ecuador, Morales ha calificado al acto administrativo como “una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente, que versa sobre asuntos de la administración pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular o general”⁴⁷. García, por su parte, ha dicho que un acto administrativo “es toda declaración o manifestación de voluntad orgánica por medio del cual un órgano administrativo exterioriza su competencia, en virtud de una potestad administrativa”⁴⁸. Secaira ha dicho que es “una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos en terceros”⁴⁹. Siguiendo la misma tendencia de estas definiciones doctrinarias, el art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a su vez define al acto administrativo como “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

Pese a las diferencias que derivan de las definiciones transcritas, podemos afirmar que los actos administrativos, en síntesis, constituyen declaraciones unilaterales de voluntad de la administración pública, que tienen efectos jurídicos directos e individuales sobre los administrados. Declaraciones porque comprenden un proceso de exteriorización intelectual, no material. Unilaterales porque dependen en su formación y expedición de la voluntad de un solo sujeto del derecho, el Estado, la administración pública o el ente correspondiente. De la administración pública, porque no pueden emanar de cualquier órgano ni tampoco en ejercicio de cualquier atribución, sino que deben emanar de un órgano estatal y en el ejercicio de la función administrativa⁵⁰. De efectos jurídicos directos,

⁴⁶ Antonio Royo Villanova, *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1955, T. II, p.88.

⁴⁷ Marco Morales, “El Acto Administrativo”, en *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo: Memorias del Seminario de Derecho Constitucional Comparado*, Quito, Projusticia y Coriem, 1998, pp. 99-100.

⁴⁸ José García Falconí, “Qué es el acto ilegítimo de autoridad de la administración pública”. Online, Internet. 10 de septiembre del 2005, Disponible en www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.Constitucional.31.htm.

⁴⁹ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 179.

⁵⁰ Así, se entiende que en nuestro país constituyen actos administrativos aquellas declaraciones de voluntad de efectos directos y particulares expedidas por los organismos que se detallan en el art. 118 de la Constitución Política de la República: organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; organismos electorales; organismos de control y regulación; entidades que integran el régimen seccional autónomo; organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de

pues producen derechos u obligaciones para la Administración y para el administrado, sin estar subordinados a la emanación de un acto posterior. E individuales, porque sus efectos afectan de forma concreta a un administrado, es decir, carecen de fuerza *erga omnes*.

Pese a la gran tecnicidad que han alcanzado las definiciones doctrinarias y legislativas del acto administrativo, persiste la falta de concordancia doctrina acerca de la significación e implicancia de esta noción. Ello ha llevado simultáneamente a que se la confunda con otras nociones como las de acto de simple administración, contrato administrativo, hecho administrativo y acto normativo. Para muchos, algunos de estos conceptos se encuentran insertos en la noción general de acto administrativo, pero para otros, se trata de institutos diferentes, con sus propias características y efectos⁵¹.

En un primer momento, podríamos afirmar que dentro de esta última tendencia se encuentra la legislación ecuatoriana⁵². El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva – cuyo valor jurídico es discutido⁵³– ha distinguido al acto administrativo de las demás formas de

servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por su parte, entiende para efectos de su aplicación, como administración pública, y por ende, como la única habilitada para expedir actos administrativos a: la administración del Estado, en sus diversos grados; las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional; los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales; y, a las personas jurídicas semipúblicas, creadas y reguladas como tales por la ley, cualquiera sea su denominación, inclusive la de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

⁵¹ Roberto Dromi refiere que Arnaldo de Valles considera que en el concepto de actos administrativos están comprendidos también los hechos. La Ley de Procedimiento Administrativo de La Pampa, considera como acto administrativo, al hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración, Op. Cit., p. 12. En nuestro país, Secaira Durango habla de una noción general de acto jurídico de la administración pública, incluyendo en esta noción a los actos de administración (o lo que se denomina actos de simple o mera administración), a los reglamentos administrativos, a los contratos administrativos, y finalmente, a los actos y resoluciones administrativas, Op. Cit, p. 171.

⁵² Decimos en un primer momento, pues como veremos más adelante, con la expedición de la Ley de Control Constitucional de 1997, para efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, en nuestro país se entiende como acto administrativo a “las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en la decisión final”, es decir, se incluye a los simples actos o a los actos de simple o mera administración.

⁵³ Efectivamente, se ha discutido ampliamente acerca del valor jurídico del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, expedido por primera vez el 31 de marzo de 1994, cuya última versión (que no deroga expresamente ni al primero ni a sus reformas) es del 18 de marzo de 2002. Esta norma fue expedida por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo, en ejercicio de la facultad concedida por el Art. 171 # 9 de la Constitución Política de la República. Es evidente que al tratarse de un Decreto Ejecutivo, no goza de la misma fuerza, eficacia y coacción que tiene una ley, y eso ha llevado a que en muchas ocasiones, se impugne su vigencia y su aplicación. La mayor parte de la doctrina ecuatoriana coincide en identificar la imperante necesidad de que se expida un Código Administrativo único, que recoja los principios fundamentales que ha de observar, por un lado, el ejercicio de la función pública, y por otro, la forma, efectos, validez, criterios y otros elementos, que han de contener los actos, hechos, contratos y procedimientos administrativos. Al momento existen algunos Anteproyectos en discusión. Mientras tanto, existen diferentes normas aplicables al ejercicio de la función pública. El Decreto Ejecutivo antes referido se aplica exclusivamente a la Función Ejecutiva. Las atribuciones de índole administrativa que pertenecen a la Función Legislativa y Judicial se encuentran en las leyes que regulan a estos poderes del Estado. En materia administrativo tributaria se aplican el Código Tributario y la Ley Orgánica de Aduanas. En las entidades autónomas como el IESS o el Banco Central, sus propias leyes y otras normas de menor jerarquía. En el ámbito seccional, la Ley de Régimen Provincial, la Ley de Régimen Municipal y las ordenanzas que cada Prefectura y Municipio expidan al efecto. Coexisten, por lo tanto, diferentes regímenes que regulan a la administración pública, y por ende, a los actos administrativos. Por su importancia nos referiremos a los que contienen el Estatuto, que se aplica a toda la Función Ejecutiva, y el Código Tributario, que se aplica a las administraciones tributarias central, seccional y de excepción, en cuanto tiene relación con la materia tributaria.

exteriorización con las que cuenta la administración pública. Nosotros también nos inscribimos en la corriente que diferencia a los actos administrativos de las otras figuras jurídicas antes mencionadas. Así, debemos diferenciarlo del simple acto, al que el Estatuto ha definido como “toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia”, pues sus efectos son de carácter interno, no directos para con el administrado.

Igualmente se debe excluir de la definición de acto administrativo al hecho administrativo, pues es una actuación material y no una declaración de voluntad, que se traduce en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productoras de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que medie o no un acto administrativo previo.

La diferenciación es aún más evidente respecto de los contratos administrativos, definidos por el propio Estatuto como actos o declaraciones multilaterales o de voluntad común, que producen efectos jurídicos entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. En este caso, nos encontramos frente a un acuerdo de voluntades, al que si bien puede llegarse de diferentes maneras -negociación, simple adhesión-, siempre involucra una voluntad adicional a la de la entidad administrativa.

Así mismo, se debe diferenciar entre actos administrativos y actos normativos, entre los que se encuentran los reglamentos y resoluciones administrativas. Esta distinción es quizás la que resulta más importante a efectos del tema de esta disertación. García Trevijano refiere que existen quienes identifican como un mismo concepto a los reglamentos administrativos y a los actos administrativos particulares, y atribuye esta forma de pensar al dogmatismo kelseniano. Comenta que la distinción entre una y otra institución inicia en Alemania, con Kormann, y refiere que uno de los más agudos al momento de realizar esta distinción es Forti, para quien definitivamente los actos administrativos

generales no son actos administrativos, “no sólo por dirigirse a una pluralidad de casos, sino por un dato sustancial que es el de ser una norma jurídica”⁵⁴. En general nuestra legislación, nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina han sido partidarias de distinguir entre acto normativo y acto administrativo. Oyarte Martínez en esta línea ha definido al acto normativo como “la declaración de voluntad de órgano del poder público competente, que se manifiesta en la forma prevista por la Constitución, que contiene disposiciones que mandan, prohíben o permiten, cuyos preceptos tiene carácter de obligatoriedad general”⁵⁵. Es así que los actos normativos, que son en esencia actos obligatorios, si bien constituyen declaraciones unilaterales efectuadas en ejercicio de la función administrativa, a diferencia de los actos administrativos, están llamados a producir efectos jurídicos generales y objetivos de forma directa. Mientras el acto administrativo es creador de derechos subjetivos, el acto normativo, cual ocurre con la ley, crea derecho objetivo, o lo que García Trevijano denomina “ordenamiento”⁵⁶. Mientras el acto administrativo se agota o consume con su aplicación a un caso concreto, el acto normativo es abstracto e impersonal, y por ende, no se agota por su aplicación continuada y permanece vigente hasta que sea derogado. Mientras el primero entra en vigencia con su notificación, los actos normativos, para ser válidos y producir efectos, deben ser publicados en el Registro Oficial. Mientras que la competencia para expedir el primero emana siempre de la ley y es susceptible de delegación, la competencia para promulgar el segundo en ocasiones deviene de la propia Constitución, y en otras, es indelegable. Además los actos normativos carecen de la característica de la ejecutoriedad.

Finalmente cabe agregar una diferenciación, que aunque no se encuentra contenida en la legislación, es de gran importancia: aquella que existe entre los actos administrativos y los actos jurisdiccionales. Estos últimos comportan la potestad de conocer y fallar en asuntos civiles, criminales o de otra naturaleza, según las disposiciones legales o el arbitrio concedido dentro del

⁵⁴ José Antonio García Trevijano, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 27.

⁵⁵ Rafael Oyarte Martínez, La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos, en www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.Constitucional.206.htm.

⁵⁶ José Antonio García Trevijano, Op. Cit., p. 31.

territorio en que un Juez o Tribunal ejerce su autoridad⁵⁷, conforme lo ha definido el Tribunal Constitucional. La importancia de esta distinción radica en que los órganos jurisdiccionales, es decir, aquéllos pertenecientes a la Función Judicial –Corte Suprema, Cortes Superiores, Tribunales Distritales, Tribunales Penales, Juzgados- en ocasiones deben adoptar decisiones como administradores del órgano del que dependen. Así, en la Función Jurisdiccional se pueden identificar dos ámbitos de conducta: el uno jurisdiccional, independiente como lo señala la Constitución en su art. 191, y el otro administrativo, sometido a la normativa que sobre este tema ha previsto el Estado.

2.1.1. Elementos

Una vez que hemos definido qué es el acto administrativo, y por exclusión, qué no es acto administrativo, podemos señalar que los elementos esenciales de esta figura, es decir, aquéllos sin los cuales el acto no puede existir, son los siguientes:

a) Competencia: La competencia “es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo”⁵⁸. Según el art. 84 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la competencia en materia administrativa, es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. Similar definición nos trae el Código Tributario, norma especial que rige lo relativo al acto administrativo tributario, y que señala que la competencia administrativa tributaria es la potestad que otorga la ley a determinada autoridad o institución, para conocer y resolver asuntos de carácter tributario. Entre los caracteres de la competencia se encuentran su irrenunciabilidad y su improrrogabilidad, lo que quiere decir que debe ser ejercida por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos en la legislación.

⁵⁷ Resolución No. 170-97-TC.

⁵⁸ Roberto Dromi, Op. Cit., p.35.

Se ha dicho que el concepto de competencia, propio del derecho público y por ende, del derecho administrativo, es análogo al de capacidad del derecho privado, excepto porque mientras la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, la competencia es la excepción y la incompetencia es la regla.

La competencia se ejerce: en razón de la materia, es decir, de las actividades que un órgano puede y debe desempeñar; del territorio, o el ámbito espacial dentro del cual es legítimo el ejercicio de dichas actividades; del tiempo, o el ámbito temporal dentro del cual es válido el ejercicio de la función; y del grado, es decir, de conformidad a la posición jerárquica que ocupa el ente dentro de la organización administrativa del Estado⁵⁹.

El conjunto de atribuciones o funciones que se asignan a cada órgano administrativo –órgano institución, no órgano individuo- debe encontrarse prescrito de forma expresa en un instrumento jurídico. Ocurre por lo general que es en el propio instrumento de creación del órgano administrativo donde se establece su competencia, y en nuestro país, por lo general, los entes administrativos se han creado y se crean mediante ley. Sin embargo, existen órganos administrativos creados por la Constitución Política, que en ocasiones delimita la competencia de estos órganos pero sin describir en detalle sus atribuciones, como ocurre por ejemplo, con el Fondo de Solidaridad o con el Banco Central del Ecuador. En otros casos, la creación de entes administrativos viene dada por tratados internacionales, e inclusive vía reglamentos. Lo importante es que el instrumento de creación o una normativa posterior fijen la competencia y la delimiten tanto en lo material como en lo espacial, temporal y de grado, y que establezcan la forma a través de la cual las atribuciones de cada ente pueden ser transferidas, vía delegación, avocación, sustitución o subrogación, según fuere el caso. Finalmente el instrumento jurídico

⁵⁹ El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala en su art. 85 que en el Ecuador, la competencia administrativa se mide en razón de a) la materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados; b) El territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia; y, c) El tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia.

habrá de establecer la manera en que se solucionarán los conflictos de competencia que pudieren suscitarse entre dos o más órganos administrativos.

Cuando la competencia para expedir determinado acto administrativo no se encuentra consagrada en ningún instrumento jurídico, la legislación ha previsto una presunción de competencia. En el caso de la Función Ejecutiva, el art. 86 del Estatuto atribuye esta competencia a los órganos inferiores por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común. Por su parte, el Código Tributario ante la ausencia de órgano expresamente competente, señala que la competencia se presumirá concedida a quien ordinariamente es competente para conocer de los reclamos en primera o única instancia.

b) Objeto: Es aquello que con el acto administrativo, la autoridad ha querido disponer, ordenar o autorizar⁶⁰, o el contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina⁶¹. El objeto del acto administrativo, de forma análoga a lo que ocurre con el objeto de las obligaciones y contratos, debe ser lícito, es decir, debe respetar lo prescrito en primer lugar por la Constitución, por los tratados internacionales, por la ley y por las disposiciones de carácter general emitidas por la propia Administración⁶², como reglamentos, circulares, entre otros. Pero además el objeto deberá ser cierto, preciso, determinado y posible física y jurídicamente.

Pérez Dayan señala que el objeto o el contenido del acto administrativo es de tres tipos: natural, es decir, la sustancia intrínseca del propio acto que sirve para caracterizarlo y diferenciarlo de otros de su género; implícito, es decir, aquel que si bien no se establece expresamente, se entiende incluido pues está determinado por la ley o proviene de una ley aplicable, y; eventual, aquél que puede figurar o no en el acto administrativo, mediante el cual el órgano puede

⁶⁰ Alberto Pérez Dayán, Op.Cit., p.121.

⁶¹ Roberto Dromi, Op. Cit., p. 48.

⁶² En aplicación del Art. 67 del Estatuto que señala: "Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquellas tengan grado igual o superior a éstas".

introducir elementos adicionales a aquéllos que constituyen propios de la naturaleza del acto, a fin de variar o modular el efecto del mismo⁶³.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ha determinado que el contenido esencial que ha de estar presente en todo acto administrativo viene constituido por: la indicación del titular del órgano, la indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo, la indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación (motivación); y, la indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto⁶⁴.

- c) **Voluntad:** Es un elemento de tanta importancia que se encuentra inserto en la propia definición de acto administrativo. La voluntad administrativa, como la denomina Dromi⁶⁵, es esencialmente reglada, pues el ordenamiento jurídico prevé una serie de trámites, procedimientos, solemnidades y formalidades que debe cumplir el órgano, a través del funcionario administrativo, a fin de emitir su voluntad a través de un acto. Estas formalidades, exigen, por ejemplo, la celebración de procedimientos preconcursales, la elaboración de informes de carácter interno, la obtención de dictámenes, entre otros.

La voluntad administrativa puede ser expresa o tácita, según la misma se exteriorice a través de un acto de la administración, o sea el producto de una omisión o inercia administrativa, que amparada por la presunción de voluntad, de cómo resultado un acto presunto⁶⁶. En la exteriorización de la voluntad administrativa, el funcionario debe velar por el cumplimiento de la finalidad de la norma que le confiere la competencia para emitirla; debe actuar

⁶³ Alberto Pérez Dayán, Op. Cit., p. 121.

⁶⁴ Art. 121 # 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

⁶⁵ Roberto Dromi, Op. Cit., p. 51.

⁶⁶ Como ocurre con el silencio administrativo positivo.

razonablemente, es decir, valorando las circunstancias de hecho y de derecho aplicables, disponiendo medidas proporcionadas y adecuadas al orden jurídico; y debe observar en todo momento las normas del debido proceso, consagradas en el art. 24 de la Constitución Política de la República.

- d) Forma:** Es el modo en que se da a conocer la voluntad administrativa. Un acto administrativo por regla general es formal, lo cual impone el cumplimiento de ciertos procesos y procedimientos para su instrumentación y exteriorización, sin los cuales el acto es incapaz de crear efectos jurídicos.

El acto administrativo contiene una declaración de voluntad que siempre deberá darse a conocer en la manera que la legislación vigente lo ordene. En nuestro país, la Constitución no refiere las formalidades que deben observar los actos administrativos, pese a lo cual, determina que los mismos siempre deberán ser motivados (art. 24 # 13). Es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva el que manda que los mismos se producirán por escrito, y exige que en aquellos supuestos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, debe procurarse una constancia escrita del acto, misma que se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o del funcionario que la reciba oralmente⁶⁷. El Estatuto admite además que una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, se refundan en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especifique las personas o las circunstancias que sirvan para individualizar los efectos del acto para cada interesado.

Dromi incluye dentro de la forma además de la instrumentación del acto administrativo a la publicidad. Los actos administrativos, como ya mencionamos, a diferencia de lo que ocurre con

⁶⁷ En esta misma línea el art. 81 del Código Tributario señala que “Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Además, serán debidamente motivados, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la Ley.”

las leyes, reglamentos y otros actos normativos, se notifican directamente al particular afectado, no se publican en el Registro Oficial. Para el autor citado, la notificación es un elemento del acto mismo, y en ausencia de notificación, el acto no produce efectos jurídicos inmediatos, aunque ello no significa que el acto no sea válido. El acto existe, y se presume válido, pero no puede surtir efectos mientras no se lo haga conocer al administrado a través de la notificación, la que puede asumir diferentes formas, pues puede ser personal, por boletas, electrónica, entre otras⁶⁸. También Morales considera que la publicidad es un subelemento de la forma, y señala que el acto administrativo no nace para el administrado o administrados sino hasta el momento de su publicidad⁶⁹.

2.1.2. Caracteres y efectos

Un acto administrativo es emitido por la administración pública con el objetivo intencional de que produzca efectos jurídicos. Es por ello que todo acto administrativo goza de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, además de caracterizarse por su ejecutividad y su estabilidad.

Todo acto que emane de la administración pública se entiende legítimo, pues como lo señala Morales, “el Estado mismo se sustenta en una organización jurídica que ha de ser respetada y acogida de modo esencial por la administración pública, convirtiéndose ella en el principal eje en el que se sustenta una sociedad moderna”. Efectivamente, si vivimos en un Estado que se autodeclara como un Estado de Derecho, se ha de entender que toda la actividad pública debe encontrarse circunscrita a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Nuestra Carta Magna establece que todo ecuatoriano tiene el deber de acatar lo dispuesto en la Constitución y la ley, obligación

⁶⁸ Al respecto, el art. 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala que se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses. La notificación deberá contener el texto íntegro del acto, con la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, y el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlo. De conformidad con el art. 124 del propio Estatuto, la eficacia de los actos administrativos está supeditada a su notificación. El Código Tributario, por su parte, en su art. 85 señala que todo acto administrativo de determinación de la obligación tributaria, así como las resoluciones administrativas, deben ser notificadas a los peticionarios o reclamantes y a quienes puedan resultar directamente afectados por esas decisiones. Claramente señala que el acto no será eficaz respecto de quien no se hubiere efectuado la notificación.

⁶⁹ Marco Morales, Op. Cit., p. 111.

incuestionable para los órganos e instituciones que conforman la estructura del Estado y ejercen la función pública. Por eso se presume que los actos administrativos se ajustan a derecho, pero esta presunción es siempre una presunción legal pues se admite que el administrado la desvirtúe. En consecuencia, todo acto administrativo se presume válido hasta que la autoridad competente declare lo contrario⁷⁰.

Si un acto administrativo, como hemos referido, nace para surtir efectos jurídicos, debe deducirse que la administración pública cuenta con los elementos y la potestad para compeler a su cumplimiento. Por eso se presume que todo acto además de ser válido, viene acompañado de la posibilidad de que la autoridad que lo expidió tenga la posibilidad de hacerlo efectivo inmediatamente después de notificado. Esta presunción de ejecutoriedad también es una presunción legal, y puede y debe ser desvanecida por el administrado que considere que el acto ha sido expedido en violación de la normativa vigente.

De la mano de estas dos presunciones se encuentra la ejecutividad propia de todo acto administrativo, que supone que la administración pública actúa para que sus disposiciones sean cumplidas, y que impone que el administrado obedezca lo mandado o prescrito por la administración a partir de que tenga conocimiento de ello.

Para que un acto pueda ser efectivamente ejecutable y ejecutado, debe ser estable. Por lo tanto, todo acto administrativo que ha sido debidamente notificado es, al menos en principio, irrevocable en sede administrativa, e impugnabile exclusivamente en la vía judicial. Ello no significa, sin embargo, que el acto administrativo sea inmutable, pues el mismo puede ser ampliado y aclarado, y además, el administrado tiene la posibilidad de atacarlo cuando adolezca de vicios o

⁷⁰ En esta línea, podemos afirmar que en el Ecuador no sólo opera una presunción de legalidad de los actos administrativos, sino también una presunción de constitucionalidad, por lo que el administrado que considere que un acto administrativo viola la Constitución o uno de sus derechos subjetivos y garantías en ellas consagrado, debe desvirtuar dicha presunción, y por tanto, la carga de la prueba, es decir, la obligación de probar la inconstitucionalidad, recae en el particular y no en la Administración.

cuando vulnere sus derechos y garantías fundamentales. Por eso todo acto administrativo es además, por esencia, impugnabile⁷¹, tanto en sede administrativa, como en sede contenciosa, y aún en sede constitucional, como veremos más adelante. Debe entenderse, sin embargo, como lo menciona Dromi, que “la revocación del acto administrativo es una medida excepcional”⁷².

2.1.3. Vicios del acto administrativo

Una vez que hemos determinado que los elementos esenciales del acto administrativo son la competencia, el objeto o contenido, la voluntad y la forma, debemos señalar que los vicios de que puede adolecer un acto administrativo son justamente aquéllos que atacan a cada uno de estos cuatro elementos. Dromi señala que un acto viciado “es el que aparece en mundo jurídico por no haber satisfecho los requisitos esenciales que hacen a su existencia, validez o eficacia”⁷³. En tal virtud, no todo vicio que padece un acto administrativo produce las mismas consecuencias. En esta línea, existen a juicio del autor citado, vicios muy graves, graves, leves y muy leves. Los tres primeros afectan a la validez del acto, causando, respectivamente, su inexistencia, nulidad o anulabilidad. El último, no afecta a la validez, pero genera responsabilidad administrativa del funcionario que lo expidió.

Perez Dayán no diferencia a los vicios de los actos administrativos según el efecto que ocasionan, sino más bien por el elemento del acto al que atacan. Así, en primer lugar se encuentran vicios de competencia, que ocurren cuando la declaración de voluntad no proviene de la autoridad que estaba designada por la ley para el ejercicio de esa atribución específica. Pérez Dayán señala que habrá vicios de competencia cuando “un agente público realiza un acto administrativo que no estaba previsto dentro de su esfera de atribuciones”⁷⁴. En segundo lugar menciona a los vicios de voluntad,

⁷¹ Así, el art. 196 de nuestra Constitución señala que: “Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”.

⁷² Roberto Dromi, Op. Cit., p. 114.

⁷³ Roberto Dromi, Op. Cit., p. 125.

⁷⁴ Alberto Pérez Dayán, Op. Cit., p. 137

que se presentan cuando la voluntad del órgano, entendida como la “intención razonada y expresa de la administración tendiente a producir consecuencias jurídicas concretas e individuales” se encuentra afectada por vicios que la alteren o modifiquen. Entre estos vicios se encuentran, por lo tanto, el error o falsa apreciación de la realidad; el dolo o inducción al engaño; y la fuerza o violencia. Luego están los vicios en el contenido, que se presentan cuando el objeto del acto administrativo o no es lícito, o no es posible, o no es cierto. Entre los vicios de forma, el autor señala la falta de observancia de las formalidades prescritas para su instrumentación, como el ser emitido por escrito. Cabría agregar, recobrando lo expuesto por Dromi y Morales, que también son vicios de forma aquéllos que atacan a la notificación o publicidad del acto administrativo. Pérez Dayán menciona adicionalmente que pueden existir vicios en el motivo, es decir, falencias en la motivación del acto derivadas de que las circunstancias de hecho o de derecho que sirvieron de fundamento del acto administrativo no existan la realidad o no tengan correlación lógica con él; y vicios de finalidad, provocados por la indebida utilización del poder por parte de la autoridad pública, o lo que se conoce como desviación de poder⁷⁵.

Los efectos que tienen los diferentes vicios de que puede adolecer un acto administrativo serán diferentes según ataquen elementos esenciales o accesorios del acto. También diferirán según produzcan su inexistencia, su nulidad o su anulabilidad. Pero también los vicios del acto variarán según los mismos tengan su origen en la violación de preceptos constitucionales o, por el contrario, en normales legales o de inferior jerarquía. Resulta extremadamente difícil determinar cuándo un acto administrativo propiamente presenta vicios de constitucionalidad, y cuándo presenta tan sólo vicios de ilegalidad. A continuación intentaremos diferenciar entre unos y otros; expondremos cuáles son los mecanismos destinados a combatir los primeros, y los contrastaremos con los métodos creados para luchar contra los segundos.

⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 149-152.

2.2. Métodos de control de constitucionalidad de los actos administrativos vigentes en el Ecuador

Hemos dicho que la Constitución es el “sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene como destinatarios a los titulares del poder”⁷⁶, y que en ella reside el sustento de validez de todo el ordenamiento jurídico, no sólo por ser la norma fundamental o hipótesis básica, sino porque constituye un “programa político para el futuro”⁷⁷. También hemos señalado que acto administrativo, tanto en la teoría general del derecho administrativo, como para efectos de esta tesis, es la declaración unilateral de voluntad de la administración pública, que tiene efectos jurídicos directos e individuales sobre los administrados.

Bartolomé Fiorini destaca que no sólo las leyes tienen fundamento en la Carta Suprema, pues esta “juridicidad que crea la Constitución es la materia primaria para **todos los actos estatales** pequeños, grandes, buenos, malos, oportunos, ineficaces, etcétera”⁷⁸ (La negrilla es nuestra). El autor recuerda que también el acto administrativo encuentra su validez en este ámbito de juridicidad creada por la Constitución, al igual que sus presunciones de existencia y ejecutoriedad; y afirma que si no existiría en la Constitución la norma autorizativa, no existiría potestad jurídica, ni actividad administrativa, y menos aún, función administrativa del poder administrador, por eso, señala, “el poder administrador debe quedar sometido siempre a la Constitución y no solamente a la ley”⁷⁹.

Efectivamente, como ya hemos señalado anteriormente, la juridicidad constitucional es el fundamento de validez de todas las normas y actos. Todo acto jurídico, y entre ellos, el acto administrativo, encuentra su fuente en una norma previa que a su vez fue objeto normativo de otra anterior, y así, hasta llegar a la Constitución. En consecuencia, el acto administrativo no puede dejar sin efecto ni contradecir lo dispuesto en la norma general que le sirve de validez, y por ende,

⁷⁶ Luigi Ferrajoli, Op. Cit., p. 263.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Bartolomé Fiorini, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s/f, p. 61.

⁷⁹ *Ibíd.*

tampoco puede derogar lo prescrito por la Constitución. Así parece entenderlo el art. 272 de la Constitución Política de la República, en aplicación del cual los actos administrativos de toda autoridad pública deben ser constitucionales, deben respetar el Estado de Derecho imperante, y deben procurar cumplir con los objetivos y alcanzar las finalidades previstas en nuestra Carta Política.

Pese a que es claro que la actuación administrativa, que se explicita justamente a través de los actos administrativos, debe sustentarse en la Constitución, no siempre el texto constitucional ecuatoriano se ha referido expresamente a la constitucionalidad de los actos administrativos. La Constitución de 1979 reformada en 1996, atribuye al Tribunal Constitucional competencia para conocer sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública, pero sin contener un precepto similar al del art. 272 de la actual Carta Política. La Constitución de 1967, por su parte, si bien establece que serán nulas las disposiciones legales, administrativas o de cualquier orden que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, no incluye a los actos administrativos entre aquellas normas que podían ser suspendidas por inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia. Su antecesora de 1946 establece que no tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones, sin referirse de modo explícito a los actos administrativos. Las de 1945 y de 1929 disponen, en breves rasgos, que es obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, arreglar sus actos a la Constitución, cumpliendo y haciendo cumplir sus disposiciones en lo que le corresponda, pero sin establecer un mecanismo de control propiamente dicho. La de 1906, por su parte, no toca el tema ni aún soslayadamente.

Es sólo a partir de 1996 que la Constitución consagra el control de constitucionalidad de los actos administrativos, plasmado en dos instituciones primordiales: la acción de inconstitucionalidad y la acción de amparo. Ni del Proyecto de Reformas Constitucionales presentado por el Presidente

de la República al H. Congreso Nacional el 4 de octubre de 1994⁸⁰, ni de las actas legislativas de las sesiones del Congreso Nacional por las cuales se aprobaron estas reformas, se desprende cuáles fueron los motivos o las intenciones que se tuvieron al introducir el control constitucional de los actos administrativos. Nos gustaría pensar que la inclusión de la acción de inconstitucionalidad y del amparo no fue accidental, y que obedeció a un cambio de concepción acerca del ejercicio del poder estatal, inspirado justamente en la búsqueda de la instauración de un Estado Social de Derecho. Sin embargo, la forma en que se encuentra estructurado este control, y el mismo hecho de que la atribución de esta competencia no fuera correlativa a la inclusión de los actos administrativos en el art. 140 que hablaba sobre la supremacía de la Constitución⁸¹, nos llevan a pensar que al menos en las reformas de 1996, el control de los actos administrativos no fue lo suficientemente meditado y discutido.

Tampoco está claro porqué la Asamblea Constituyente de 1997-1998 acogió sin reparos este sistema, pese a que en esta ocasión sí se consagró de forma expresa la primacía de la Constitución sobre todos los actos del poder público, incluidos los administrativos; a la par que se estableció el deber de los funcionarios administrativos de aplicar preferentemente la Constitución.

Este sistema de control de constitucionalidad que combina el amparo con una acción directa de inconstitucionalidad de los actos administrativos aparece como una invención ecuatoriana, pues no se conoce que otros ordenamientos hayan previsto mecanismos similares. Sólo se conoce de países donde se consagra de modo general la competencia de los tribunales constitucionales para conocer de aquellos casos en que se presenten inconstitucionalidades, sin distinguir entre leyes, actos normativos y actos administrativos. En esta situación se encuentran Portugal⁸², Bolivia⁸³,

⁸⁰ Este Proyecto no contiene ni una Exposición de Motivos ni un Considerando.

⁸¹ En el Proyecto de Reformas Constitucionales presentado el 4 de octubre de 1994 por el Presidente de la República, art. 116, se propone sustituir el art. 140 de la Constitución Política entonces vigente (Codificación de la Constitución de 1979, publicado en el Registro Oficial 183 de 5 de mayo de 1993) de modo que diga que la Constitución es la ley suprema del Estado, y que las normas de inferior jerarquía deberán guardar conformidad con los preceptos constitucionales, sin mencionar a los actos administrativos. Esta propuesta finalmente no prosperó, y se conservó el texto del art. 140 vigente hasta entonces, que no mencionaba a los actos administrativos.

⁸² El art. 281 numeral 2 de la Constitución Portuguesa dispone que “el Consejo de la Revolución podrá declarar, con carácter obligatorio general (*com força obrigatória geral*), la inconstitucionalidad de una norma si la Comisión Constitucional la hubiese juzgado inconstitucional en tres

Venezuela⁸⁴ y Perú⁸⁵. En otras naciones, como por ejemplo, Suiza⁸⁶, Alemania⁸⁷, Austria⁸⁸, España⁸⁹ y Hungría⁹⁰, los tribunales constitucionales ostentan únicamente competencia para conocer de los recursos dirigidos por individuos o personas jurídicas contra actos del poder a los que imputan la vulneración de sus derechos fundamentales, tratándose como lo menciona Rubio Llorente⁹¹, de una justicia protectora de los derechos antes que de una justicia constitucional propiamente dicha. En otros sistemas, como el colombiano, tampoco existe un control concentrado de constitucionalidad de los actos administrativos, sino que se ha entregado la función general de controlarlos a la jurisdicción contencioso administrativa, que reposa en manos del Consejo de Estado⁹².

casos concretos, o en uno solo si se trata de inconstitucionalidad orgánica o formal, sin perjuicio de los casos ya juzgados (*sem ofensa dos casso julgados*).

⁸³ El numeral 1) del art. 199 de la Constitución Boliviana, si bien no se refiere de forma expresa a los actos administrativos, señala que corresponde al Tribunal Constitucional Boliviano conocer y resolver, en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y **cualquier género de resoluciones no judiciales**, entre las que podría entenderse se encuentran incluidos los actos administrativos.

⁸⁴ El art. 336 de la Constitución Venezolana confiere a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, las facultades de “4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta”. El sistema venezolano confiere a la Sala Constitucional el control concentrado de los actos administrativos, aunque no habla de su declaratoria de inconstitucionalidad sino de su declaratoria de nulidad total o parcial en caso de colisión con los preceptos de la Carta Suprema.

⁸⁵ La Constitución Peruana dispone en su art. 201 que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, y en el art. 202, establece que le corresponde: “1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad”, sin discriminar entre leyes, actos normativos de carácter general y actos administrativos con efectos particulares. Así mismo, establece otros métodos de control constitucional como el hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que primero son conocidos por la justicia ordinaria, y luego por el Tribunal Constitucional

⁸⁶ Rubio Llorente señala que este sistema existe en Suiza desde antaño, pero que sólo cabe contra acto de los cantones, no de la Federación, Op. Cit., p. 352.

⁸⁷ El art. 93, numeral 1, 4.a) de la Constitución Federal Alemana de 1949, señala que el Tribunal Constitucional es competente para conocer sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104. Es decir, establece el recurso de amparo universal.

⁸⁸ Rubio Llorente menciona que Austria conoció desde 1867 un recurso ante el Tribunal Administrativo frente a la vulneración de derechos constitucionales, y que la Constitución de 1920, atribuyó competencia al Tribunal Constitucional, para conocer de recursos dirigidos contra resoluciones administrativas, órdenes y actos de ejecución dirigidos contra una persona concreta. El autor señala que el Tribunal Constitucional austríaco actúa como un tribunal contencioso administrativo especial, aunque este recurso de amparo es un recurso paralelo y alternativo respecto del contencioso administrativo, por lo que el Tribunal Constitucional remite al tribunal de aquél orden, una buena parte de los recursos que se le dirigen, Op. Cit., p. 353.

⁸⁹ El art. 161 de la Constitución Española de 1978 señala que el Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad únicamente contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, por lo que los particulares afectados por actos administrativos contrarios a la Constitución, pueden hacer uso exclusivamente del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades.

⁹⁰ El Tribunal Constitucional creado por la reforma constitucional de 1989 es competente para conocer del recurso de amparo contra la violación de derechos fundamentales.

⁹¹ Francisco Rubio Llorente, Op. Cit., p. 352.

⁹² El Consejo de Estado, a la luz de las antiguas normas constitucionales y muchas décadas antes de que naciera la Corte Constitucional, ejercía las funciones de juez constitucional, de una parte, en forma indirecta, al poder referir el control de legalidad de los actos administrativos producidos por las autoridades de los distintos niveles de la administración pública en último grado a las normas de la Constitución Política, ya que el acto controlado debía respetar las normas de superior jerarquía; de otra parte, en forma directa, cuando se trataba de reglamentos constitucionales que, para efectos de su control, tenían como punto de referencia la Constitución Política, o en aquellos casos en los que el juez administrativo aplicaba la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control que permitía hacer prevalecer la Constitución. La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionalidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional. Rama Judicial de Colombia, Consejo de Estado, Control de Constitucionalidad- Titulares- Competencia del Consejo de Estado, Sentencia de la Sala Plena 2003, Online. Internet. 13 de septiembre del 2005, en www.csj.portañ/jsp/contenido/planillaFrame.jsp

Aunque en términos generales, el control de los actos administrativos se estructuró de forma muy similar al que procede respecto de las leyes y actos normativos, ello no significa que el legislador en 1996 y el constituyente de 1998, los hayan equipararon del todo. Como ya se mencionó anteriormente, el acto administrativo tiene una naturaleza peculiar y diferente. Por eso se ha instituido un mecanismo especial y propio de control para los actos administrativos, que es la acción de amparo, improcedente respecto de leyes y actos normativos; y también por ese motivo, no se incluyó a los actos administrativos en la facultad de inaplicación a cargo de los jueces y tribunales.

La doctrina y fundamentalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han procurado solventar las deficiencias en que incurrieron el legislador y el constituyente, y han tratado de diferenciar y delimitar el control de constitucionalidad de los actos administrativos de aquél que se ejerce sobre las leyes y actos normativos. Al efecto, el Tribunal ha expedido gran cantidad de resoluciones en las que ha desarrollado y refinado tanto el texto constitucional –en un claro ejercicio de interpretación⁹³- como la Ley de Control Constitucional⁹³. Mas, aún persiste cierta confusión acerca de los límites y los alcances de este control, por lo que a continuación nos referiremos a cada una de las fórmulas que se han previsto en nuestra Constitución, desentrañaremos su alcance y discutiremos su aplicación respecto de los actos administrativos.

⁹³ Se ha criticado duramente el hecho de que nuestra Constitución asigne de forma privativa al Congreso Nacional, la facultad de interpretar auténticamente el texto constitucional. Ello parece ser una herencia de las Constituciones que conferían al órgano legislativo tanto la competencia para interpretar la Constitución como la atribución privativa de declarar inconstitucionales los preceptos que la contrariaban. Al extraer del órgano legislativo el control de la constitucionalidad, debió habersele arrebatado también la de interpretar la Constitución. Si bien la interpretación auténtica, por naturaleza, es aquella que la realiza el propio autor de la norma jurídica –en el caso de la ley, el legislador, en el caso de un contrato, las partes contratantes-, no es menos cierto que en el ejercicio de su potestad de garante y contralor de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha debido y de hecho realiza interpretaciones del texto constitucional, cuyo valor es visiblemente discutido. La doctrina ha entendido que es adecuado que la interpretación constitucional corresponda al Parlamento o al Ejecutivo en aquellos Estados en los que no existe una jurisdicción constitucional, pero ha sostenido que en los Estados con jurisdicción constitucional –como el nuestro- cuando se trata con seriedad a la Constitución y al Tribunal Constitucional, éste resuelve en última instancia y en forma vinculante sobre la interpretación, es decir, actúa como intérprete auténtico. Nuestra Constitución fracasa entonces al no asignar al Tribunal Constitucional la atribución de actuar como intérprete de la Constitución, aunque en la práctica así lo haya hecho y lo siga haciendo. Torsten Stein, Criterios de interpretación de la Constitución, en La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios III, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996, p-132. En nuestro país, desde la doctrina y desde el análisis del propio Tribunal Constitucional se ha reclamado para el juez constitucional esta atribución. Así, el ex Presidente del Tribunal Constitucional, Oswaldo Cevallos Bueno, en “Vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales y su Incidencia en el Estado de Derecho”, ha señalado que “dicha situación podría ser un óbice para que se señale que la interpretación que el Tribunal Constitucional hace en sus fallos de las normas constitucionales no vinculan a la generalidad (...) el conflicto que puede plantearse es que el Congreso Nacional, en el ejercicio de su potestad de intérprete auténtico de la Constitución, contradiga la forma como el Tribunal Constitucional ha interpretado el mismo precepto”. Online. Internet. 7 de septiembre del 2005, disponible en www.tribunalconstitucional.gov.ec/actividades, p. 4.

2.2.1. La inaplicación a cargo de jueces y tribunales: ¿cabe respecto de los actos administrativos?

En nuestro país, la inaplicación se encuentra prescrita en el art. 274 de la Carta Suprema, que señala:

Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un **precepto jurídico** contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. (La negrilla es nuestra)

Históricamente, esta fórmula de control difuso de la constitucionalidad aparece en la Constitución Política de 1967, como una facultad confiada de manera exclusiva a la Corte Suprema de Justicia, en los casos particulares sometidos a su conocimiento⁹⁴. Así sobrevivió durante la Constitución de 1979 y hasta las reformas de 1992, en las que se atribuyó esta facultad a cualquier Sala de la Corte Suprema y se la extendió a los “demás tribunales y salas de última instancia”. Recién con la Constitución de 1998, la inaplicación es una facultad de todos los jueces y tribunales, sea cual fuere la instancia a que pertenecieren, y sean o no parte de la Función Judicial.

La inaplicación no es una acción, tampoco es un recurso ni un proceso. Legal, doctrina e incluso jurisprudencialmente, se la ha conceptualizado como una facultad del juez, una prerrogativa que tiene por objeto dejar de aplicar para una causa sometida a su conocimiento, una **norma** contraria a un precepto constitucional o un tratado internacional. Si bien del texto de este artículo se desprende que la inaplicación es una facultad –particular reconocido por Wray⁹⁵–, por aplicación del art. 273 de la Constitución, la inaplicación aparece como una obligación de todo juez o tribunal. Ciertamente, no cabe por un lado sostener que todo juez tiene la obligación de aplicar la Constitución, y simultáneamente afirmar que un juez puede no inaplicar una norma contraria a la misma. Los dos deberes están indisolublemente unidos. Así lo ha considerado Tócora, quien sostiene que “ello no es

⁹⁴ Sin embargo, muchos consideraron en su momento que pese a esta expresa disposición constitucional, los demás jueces y tribunales podían inaplicar al caso concreto preceptos contrarios a la Constitución, por mandato de la primacía constitucional, pero sobre todo, porque el juez no aplica normas aisladas, sino un sistema normativo, donde la Carta Política se encuentra ubicada en el máximo peldaño.

⁹⁵ Alberto Wray, Op. Cit., p. 42.

facultativo pues el Juez está sometido en primer lugar a la Constitución, para lo cual generalmente presta un juramento al posesionarse de su cargo”⁹⁶.

A fin de determinar si la inaplicación cabe también respecto de los actos administrativos, debemos desentrañar cuál es el alcance que tiene la expresión del art. 276 # 2 de la Carta Política “precepto jurídico”. Antes de 1998, las Constituciones de 1967 y 1979 hablaron exclusivamente de preceptos legales. Hoy podríamos afirmar que la inaplicación cabe respecto de actos normativos y de leyes, pero ¿qué pasa respecto de los actos administrativos? En un primer momento podríamos afirmar que un acto administrativo, que será siempre un acto de autoridad pública de carácter particular y con efectos directos, no es una norma jurídica, y por ende no debe entenderse incluido dentro de esta disposición.

Sin embargo, si atendemos al texto del art. 273 del que ya hablamos, habríamos de afirmar que aunque los jueces y tribunales no tienen la facultad de inaplicar un acto administrativo en los términos del art. 274, es decir, remitiendo un informe sobre el particular al Tribunal Constitucional, siempre estarán en la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente, lo que significa paralelamente dejar de aplicar o inaplicar el acto administrativo contrario a la Constitución⁹⁷.

Por mandato de este art. 273 inclusive los funcionarios administrativos tienen el deber de aplicar la Constitución y, paralelamente, el de dejar de aplicar los actos administrativos que la contraríen. Además es de anotar que esta obligación se impone no sólo los jueces pertenecientes a la Función Judicial, pues nuestra Constitución en su art. 191 reconoce otras formas de administración de justicia -jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales; métodos alternativos para la resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación; y la justicia

⁹⁶ Ídem, Op. Cit., p. 56.

⁹⁷ Como se verá más adelante, un acto administrativo es inconstitucional cuando su contenido viola de forma directa un precepto constitucional, y lo es también cuando vulnera un derecho fundamental consagrado en la Carta Suprema.

indígena, que permite a las autoridades de los pueblos indígenas, aplicar normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario- y establece que todas estas formas alternativas de administrar justicia no pueden ser contrarias a la Constitución y las leyes. Cabría también señalar que tienen esta facultad otros jueces que no pertenecen a la Función Judicial, como por ejemplo, los jueces de aguas, de caminos, de policía y los militares. Finalmente habría que agregar que los mal denominados jueces de coactiva, también se entenderían incluidos en esta norma, no por haber recibido la denominación de jueces, sino por que los funcionarios administrativos también están llamados a aplicar la Constitución por encima de los actos administrativos.

Cabe señalar, sin embargo, que el ejercicio de este deber contenido en el art. 273, no puede ser el objeto principal ni el fundamento de una acción o demanda. Tampoco puede intentarse por cuerda separada ni puede ser la pretensión principal de una acción de inconstitucionalidad o de un amparo. Lo que corresponde es simplemente insinuar su ejercicio al juez o tribunal respectivo, en el proceso civil, penal, administrativo, fiscal, de menores, etc., de que se trate, pues si la el objeto principal de una acción es atacar el acto administrativo por contrariar la Constitución, lo que procede es precisamente un proceso constitucional ante el Tribunal Constitucional.

Finalmente, debemos recordar que cual ocurre con la inaplicación, el ejercicio de la facultad contenida en el art. 273 de la Constitución surte efectos únicamente para el caso concreto. Mas a diferencia de lo que ocurre con la inaplicación, el juez, tribunal o funcionario administrativo que aplica la Constitución por encima de un acto administrativo ni siquiera tiene la obligación de presentar un informe sobre el tema al Tribunal Constitucional. Ello significa que no se resuelve definitivamente el destino del acto administrativo inaplicado con carácter general y obligatorio, sino que simplemente se lo deja de aplicar al caso concreto en donde el juez o funcionario administrativo cumple con su obligación de aplicar de forma prevalente la Constitución.

2.2.2. Acción de inconstitucionalidad

El art. 276 # 2 de la Constitución Política del Estado dispone que el Tribunal Constitucional es competente para “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública”, consagrando de esta forma, el control concentrado de la constitucionalidad o control en abstracto, control que se realiza luego de la entrada en vigencia del acto administrativo, y por tanto, es de carácter posterior.

Tal y como ha sido reseñado anteriormente, este mecanismo de control de los actos administrativos es producto de las reformas constitucionales de 1996. Un producto enigmático, podríamos decir, pues no encontramos su razón de ser ni en el Proyecto de Reformas, ni en las Actas Legislativas de las sesiones en que éste fue discutido, como tampoco existe un tratadista ni un ordenamiento que hayan ideado ni previsto un método semejante. En efecto, al consultar el espíritu de esta reforma consagrado primeramente en el Proyecto, no encontramos que se haya discutido la conveniencia de su introducción, ni la magnitud de sus efectos⁹⁸.

La acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos en nuestro país, es una forma de control concentrado que se ejerce en instancia única ante el Tribunal Constitucional, de ahí que se la denomine también como acción directa de inconstitucionalidad. Ello significa, por una parte, que

⁹⁸ De las Actas Legislativas CE-94-95-006 de 27 de octubre de 1994 (Lectura y formulación de observaciones), CE-94-95-047 de 12 de junio de 1995 (Primer Debate), CE-94-95-048 de 13 de junio de 1995 (Continuación del Primer Debate), CE-94-95-054 de 27 de junio de 1995 (Continuación y Aprobación en Primer Debate) y CE-95-96-009 de 11 de julio de 1995 (Aprobación en Segundo Debate), se desprende que los diputados jamás se preguntaron el porqué de la introducción de esta forma de control. En todas las discusiones, el debate se centró en la conformación del Tribunal Constitucional, pero no existió cuestionamiento alguno al texto del Proyecto en cuanto se refería a las atribuciones de este organismo. El art. 25 del Tercer Bloque de Reformas que cambió la denominación del Tribunal de Garantías por el de Tribunal Constitucional, y que le atribuyó a este órgano la facultad de declarar la inconstitucionalidad con efectos generales de los actos administrativos, fue aceptado, con dos observaciones de forma más que de fondo, con sesenta y cinco votos a favor de sesenta y ocho legisladores presentes, después de dos sesiones en las que todas las intervenciones se concentraron en buscar la manera de que los Vocales del Tribunal fuesen electos por el Congreso Nacional, y en solicitar que el debate se posponga para una posterior sesión por falta de consenso sobre este tema. En igual sentido se procedió para su aprobación en segundo debate, que pasó con sesenta votos de sesenta y un legisladores presentes. Como siempre, primaron los intereses político partidistas por encima de los aspectos de fondo.

no cabe intentarla dentro de un proceso sustanciado ante un juez o tribunal de la justicia ordinaria⁹⁹ y, por otra, que tampoco se la puede ejercer dentro de otra acción constitucional como el amparo¹⁰⁰.

De conformidad con lo señalado en el art. 24 de la Ley de Control Constitucional, para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad del art. 276 # 2 de la Constitución, se entiende por acto administrativo no sólo a las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, sino también a los actos de mero trámite, siempre que influyan en una decisión final. Vemos de este modo que la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos no distingue entre lo que la doctrina propiamente denomina acto administrativo y lo que se conoce como acto de mero trámite o de simple administración. Pese a ello, el Tribunal Constitucional a través de los años, ha ido delimitando en su jurisprudencia el espectro de lo que puede constituir objeto de la acción de inconstitucionalidad, y ha señalado, por ejemplo, que no son actos administrativos en los términos del art. 24 de la Ley de Control Constitucional, aquéllos que no son capaces de producir efectos jurídicos. Así:

Que, la Carta de Intención y el memorando impugnado no forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, sino que son parte de las negociaciones que el Ecuador ha mantenido para llegar a un entendimiento con el Fondo Monetario Internacional; por lo que, bien cabe decir que su contenido intrínseco no causa efecto jurídico de modo alguno; Que ni la Carta de Intención ni el memorando impugnado producen efectos jurídicos de manera directa, sino que es la manifestación de una determinación que se ha realizado ante un organismo internacional respecto de la política general que el Presidente de la República intenta implantar (...); Que, en el presente caso, al no constituir acto administrativo tanto el memorando como la carta de intención impugnadas, no pueden ser dejados sin efectos, pues no producen consecuencias jurídicas¹⁰¹.

En otro caso, el Tribunal ha considerado que no son actos administrativos los que no tienen las características de firmeza y ejecutoriedad, que a su vez, son las que permiten que sean

⁹⁹ En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia en los recursos 03-95, sentencia publicada en el Registro Oficial 270 de 6 de marzo de 1998; 42-96, sentencia publicada en el Registro Oficial 395 de 27 de abril de 1998; 124-2001 y 40-2002, sentencias publicadas en el Registro Oficial 435 de 5 de octubre del 2004.

¹⁰⁰ Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional en la Resolución 00293-2004-RA, en la que dijo: "El amparo constitucional no es el medio idóneo para obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo, dictado por la autoridad pública, de tal suerte que al proponer una acción de amparo constitucional, para solicitar la inconstitucionalidad como lo ha hecho el señor Juan Cueva Rodríguez, se de entender que equivocó en la viabilidad de la acción".

¹⁰¹ Resolución No. 627-AA-00-IS.

susceptibles de reclamo¹⁰². Así, se pronunció respecto de una acción de inconstitucionalidad ejercida contra un oficio absolutorio de una consulta tributaria:

El artículo 110 del Código Tributario establece que, únicamente los actos determinativos de obligación tributaria, las verificaciones de declaraciones, estimaciones de oficio o liquidaciones pueden ser objeto de reclamo en el plazo de veinte días hábiles; por lo tanto, el oficio No. 00303 expedido por la Directora del Servicio de Rentas Internas, no es susceptible de reclamo, por no hallarse previsto dentro de dicha disposición legal y como tal, no se encuentra en firme ni está ejecutoriado (...) En tal virtud, no puede calificarse de “actos administrativos” a los oficios que absuelven consultas tributarias, para los cuales según disposición expresa de la Ley, les está negado reclamo alguno, la razón consistiría en que la consulta es un criterio vertido por la administración en relación a la aplicación de las normas tributarias a una situación de hecho concreto, este criterio, vincula únicamente a la propia administración que lo expide, y en modo alguno al consultante¹⁰³.

En forma similar se pronunció el Tribunal Constitucional al inadmitir una demanda de inconstitucionalidad ejercida contra la absolución de una consulta emitida por el Director Regional de Trabajo de Quito. En este caso sostuvo:

La absolución de la Consulta por parte del Director Regional del Trabajo de Quito que se indica en líneas anteriores no constituye acto administrativo que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales, ni es de mero trámite que pueda influir en una decisión es, solamente un acto con el que la Autoridad da cumplimiento a una de las atribuciones consignadas en el artículo 549 del Código del Trabajo como es la expresa en el numeral 1, mediante la cual le corresponde absolver las consultas que le formulen las autoridades y funcionarios del trabajo y de las empresas y trabajadores en lo relacionado a leyes y reglamentos del trabajo¹⁰⁴.

De igual modo el Tribunal Constitucional ha considerado que un pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, que no crea, modifica ni extingue situaciones jurídicas individuales, no puede ser considerado ni acto administrativo ni acto de mero trámite. Así:

¹⁰² La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su art. 5 dispone que las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación.

¹⁰³ Este criterio vertido por el Tribunal Constitucional en la Resolución No. 019-2001-AA –constante también en la Resolución No. 001-2002-III-SALA-AA (Registro Oficial 507 de 1 de febrero del 2002) es consecuente con la naturaleza de la institución de la consulta tributaria, y concuerda con el criterio jurisprudencial que al respecto ha vertido la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha negado la calidad de acto administrativo firme y ejecutoriado a la consulta tributaria, y por ende, ha proscrito su impugnabilidad en sede jurisdiccional. En este sentido se ha pronunciado la referida sala en los casos 34-98, sentencia publicada en el Registro Oficial 285 de Lunes 27 de septiembre de 1999; 136-98, sentencia publicada en el Registro Oficial 280, de Lunes 20 de septiembre de 1999; 37-94 sentencia publicada en el Registro Oficial 426 de Miércoles 22 de septiembre del 2004. En igual sentido se ha pronunciado Troya Jaramillo en su estudio *La Consulta Tributaria en el Ecuador*, en Revista Latinoamericana de Derecho Tributario, Marcial Pons, 1996. Sin embargo, consideramos que el Tribunal Constitucional debió insistir en el hecho de que la consulta no es de modo alguno, ni un acto de mero trámite ni menos aún un acto administrativo, pues no crea, modifica ni extingue situaciones jurídicas individuales a favor o en perjuicio de los administrados. Simplemente se trata de una opinión que no vincula a su destinatario, sino exclusivamente a la administración, y sólo resulta discutible en la medida en que esa administración emita actos administrativos contrarios a dicha opinión.

¹⁰⁴ Resolución No. 026-2002-AA

Examinado el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado (...) se desprende que no crea, modifica ni extingue situaciones jurídicas individuales sino que indica en forma general, sin individualizar, que no procede la sustitución del fono de garantía constituido por la retención del 5% del monto de cada planilla antes de los descuentos (...) Así mismo el pronunciamiento indicado, no puede ser considerado de mero trámite que influya en la decisión final, porque como antes se manifestó, no se refiere a situaciones jurídicas individuales sino a situaciones jurídicas generales¹⁰⁵.

Respecto a los actos de la administración que sí pueden ser materia de esta acción, cabe recordar junto con Oyarte Martínez que “se debe tener presente que bajo la denominación decreto ejecutivo, se puede contener un acto administrativo (un nombramiento, una remoción, una disposición directa del Presidente de la República, una baja de un miembro de la fuerza pública)¹⁰⁶”, por lo que se deberá discernir siempre en cada caso concreto, cuál es la naturaleza del acto en cuestión, para lo cual no deberemos dejarnos guiar por su denominación, sino por su contenido. Efectivamente existe más de un decreto ejecutivo, de un acuerdo ministerial, y de una resolución - que por denominación son actos normativos de carácter general calificados así por el art. 276 numeral 1 de la Constitución- en los que se encuentran insertos verdaderos actos administrativos de carácter particular. Estos actos deberán ser impugnados atendiendo a lo dispuesto en el art. 276 numeral 2, so pena de convertir en improcedentes a las acciones intentadas de forma errónea o equivocada¹⁰⁷.

En este punto cabe preguntarse si los actos administrativos discrecionales pueden o no ser objeto de una acción de inconstitucionalidad. Tradicionalmente se ha proscrito la impugnación en sede jurisdiccional ordinaria (administrativa) de este tipo de actos¹⁰⁸. Sin embargo, la tendencia doctrinaria actual es favorable a la impugnación de los actos discrecionales de la administración, lo

¹⁰⁵ Resolución No. 0006-2004-AA. Pese a ello, en una Resolución anterior -la No. 083-2001- el Tribunal Constitucional había considerado que los Informes del Procurador son actos administrativos, y por ende, objeto de la acción de inconstitucionalidad al amparo del art. 276 # 2 de la Constitución.

¹⁰⁶ Rafael Oyarte Martínez, Op. Cit., p. 5 Al respecto de los Decretos, el Tribunal Constitucional mediante Resolución No. 139-RA-99-I.S., ha dicho: Los Decretos se dividen en a) Reglamentarios: cuyo contenido es general, como en el caso de los Reglamentos; y, b) No reglamentarios: que son de contenido particular y concreto, SON LOS DECRETOS PROPIAMENTE DICHOS, CONTIENEN DECISIONES INDIVIDUALES CONCERNIENTES A UNA SOLA PERSONA O VARIAS, INDIVIDUALMENTE DETERMINADAS.

¹⁰⁷ Sobre el tema se han expedido algunas Resoluciones en las que el Tribunal Constitucional ha debido inadmitir, por improcedentes, acciones de inconstitucionalidad ejercidas equivocadamente por el art. 276 numeral 1 de la Constitución, cuando se trata de actos administrativos particulares, y viceversa, es decir, acciones ejercidas erróneamente por el art. 276 numeral 2, cuando se trata de actos normativos con efectos generales. Al respecto, la Resolución No. 0021-2001-AA.

¹⁰⁸ Observando esta tendencia, el art. 6 literal a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que no corresponden a esta jurisdicción las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que versa, se refieren a la potestad discrecional de la administración.

cual se hace aún más necesario cuando éstos adolecen de vicios de inconstitucionalidad¹⁰⁹.

Benalcázar afirma, en esta línea, que serán justiciables los siguientes elementos del acto discrecional:

a) la motivación, que aquí se torna indispensable para evitar cualquier arbitrariedad; b) la competencia; c) la extensión de la facultad; d) la finalidad, pues la facultad discrecional ha sido otorgada para un fin específico, y al apartarse de él se configura el llamado “vicio de desviación de poder”; y, e) los hechos determinantes, es decir, aquéllos que constituyen el presupuesto fáctico para que actúe la administración en ejercicio de su facultad discrecional¹¹⁰.

Así, consideramos que un acto discrecional, siempre que se trate de un acto que de conformidad con el art. 24 de la Ley de Control Constitucional, cree, extinga o modifique situaciones jurídicas, podrá ser objeto de una acción de inconstitucionalidad cuando en su contenido se vulneren los derechos y garantías consagrados en la Carta Suprema.

Finalmente es importante señalar que la demanda de inconstitucionalidad prevista en el art. 276 # 2 de la Constitución debe ser ejercida contra un acto administrativo determinado, sin perjuicio de lo cual, el Tribunal Constitucional ha resuelto que “puede ocurrir que en un mismo proceso se pueda juzgar la regularidad constitucional de varios actos, entre otras razones, cuando éstos son conexos”¹¹¹.

¹⁰⁹ Así, el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, publicado mediante Decreto Ejecutivo 3179 en el Registro Oficial 686 de 18 de octubre del 2002, califica a la potestad discrecional de la administración como aquella que se justifica en la presunción de racionalidad con que la misma se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión. Este Reglamento fue expedido a fin de evitar que la potestad discrecional sea arbitraria, y para que ésta no sea utilizada para producir una desviación de poder sino, por el contrario, que se funde en situaciones fácticas probadas, valoradas a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue. El mismo Reglamento exige que cuando la administración dicte actos administrativos, lo haga observando el requisito indispensable de la motivación, requisito que no es meramente formal, sino que es de fondo e indispensable. El Reglamento claramente señala que la omisión de este requisito puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución. Finalmente establece que estos dos vicios serán atacables “en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo”.

¹¹⁰ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Las facultades discrecionales de la Administración: Caracterización y Control; www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/DConstitucional, p. 3.

¹¹¹ Resolución No. 0012-2003-AA

2.2.2.1. Trámite de la demanda de inconstitucionalidad. Legitimación activa y pasiva.

Requisitos.

La acción directa de inconstitucionalidad comienza con una demanda que se presenta ante el Tribunal Constitucional, cuyo fundamento es precisamente la impugnación de un acto administrativo por inconstitucional. Ni la Constitución ni la Ley han fijado un término para presentar esta demanda, aún más, el Tribunal Constitucional ha considerado que “el derecho de demandar por actos violatorios a la Constitución es imprescriptible, por tanto la acción puede deducirse en cualquier tiempo y el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre ellas sin poder invocar caducidad o prescripción”¹¹².

De conformidad con el art. 277 de la Constitución, en consonancia con el art. 23 de la Ley de Control Constitucional, pueden demandar la inconstitucionalidad de un acto administrativo: el Congreso Nacional previa resolución de la mayoría de sus miembros¹¹³; la Corte Suprema de Justicia, por resolución del Tribunal en Pleno; los consejos provinciales o los concejos municipales; mil ciudadanos, cuya identidad se acreditará con la copia de sus respectivas cédulas de ciudadanía; y, cualquier persona, previo informe del Defensor del Pueblo sobre la procedencia de la demanda.

Vemos así que esta norma reserva la posibilidad de iniciar la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos a las Funciones Legislativa y Judicial, dejando de lado, sin aparente razón,

¹¹² Resolución No. 006-AA-01-IS, Registro Oficial 299 de 4 de abril del 2001. En la Resolución No. 0020-2003-AA el Tribunal señala que ni la Constitución ni la Ley del Control Constitucional han señalado plazos o términos de caducidad o prescripción para las demandas de inconstitucionalidad. Pese a ello, en otro fallo el Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien ni la constitución ni la ley establecen plazo de prescripción para interponer las acciones de inconstitucionalidad, no es fácil dejar de pensar en el valor que tienen los actos firmes para el ordenamiento social, especialmente si sus efectos son inmediatos y no continuos, pues que lo contrario entrañaría la posibilidad de conocer sobre actos ocurridos hace mucho tiempo atrás, perdiéndose el principio de defensa inmediata de la Constitución”, Resolución No. 0014-2004-AA. No compartimos este último criterio, pues no puede ni debe admitirse que la inconstitucionalidad de un acto sea convalidada por el transcurso del tiempo. Se trata de un vicio que por su gravedad, debe poder ser denunciado, identificado y sancionado en cualquier momento. Además, debe considerarse, como lo hizo el Tribunal Constitucional en el Considerando Quinto de las Resoluciones No. 0012-2003-AA y No. 0020-2003-AA ya citada, que “si bien un acto puede nacer a la vida jurídica sin vicios formales o materiales que afecten a su validez, un cambio o una reforma constitucional posteriores a su expedición pueden ocasionar, eventualmente, la irregularidad superviniente del precepto, siendo la acción de inconstitucionalidad el medio idóneo para depurar el ordenamiento jurídico positivo”. En estas mismas Resoluciones el Tribunal Constitucional refiere que en el Perú, el artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha establecido un plazo de seis meses para presentar las acciones de inconstitucionalidad, a partir de la fecha de publicación de la norma.

¹¹³ En consecuencia, no es procedente la demanda de inconstitucionalidad presentada por un legislador en solitario, como tampoco lo es la presentada por el jefe de un bloque legislativo, tal y como lo resolvió el Tribunal Constitucional al inadmitir la demanda de inconstitucionalidad del Informe sobre las Solicitudes para la Construcción y Operación del Oleoducto de Crudos Pesados presentado por el Jefe de Bloque del Partido Roldosista Ecuatoriano, Considerando Segundo de la Resolución No. 001-2001-AA, Registro Oficial 510 de 6 de febrero del 2002.

a la Función Ejecutiva. Por lo demás, tienen así mismo legitimación activa para esta acción los organismos seccionales, que también son parte de la administración pública y emiten actos administrativos.

Frente a esa ilógica exclusión, caben algunas interrogantes. ¿Pueden las Funciones Legislativa y Judicial, y los organismos seccionales, iniciar acciones de inconstitucionalidad contra sus propios actos? En un primer momento diríamos que nada les impide hacerlo, aunque hasta el momento no se ha suscitado ningún caso en que hayan hecho uso de esta prerrogativa. ¿Por qué se ha obstado al Presidente de la República y a los demás entes que forman parte de la administración pública, la facultad de iniciar acciones de inconstitucionalidad? Inicialmente pensaríamos que se ha querido impedir justamente que estos órganos impugnen sus propios actos por inconstitucionales. Quizás esta exclusión puede obedecer al hecho de que la administración tiene el deber de hacer prevalecer la Constitución en sus actuaciones, y el otorgarle legitimación activa para impugnar sus propios actos, sería avalizar la posibilidad de que este deber no sea observado. También podría pensarse que la administración tiene otros recursos para dejar sin efecto sus actos inconstitucionales, como lo son la revocatoria, la facultad de de revisión¹¹⁴, y extraordinariamente, la acción de lesividad. Pero, ¿qué pasa cuando los actos no son propios? ¿se considera a la administración una persona, y en esos términos, podrá recurrir a mil ciudadanos para que respalden su demanda, o debe recurrir talvez al Defensor del Pueblo? ¿Qué pasa en aquellos casos donde se identifican actos administrativos inconstitucionales respecto de los cuales la administración ya no puede ejercitar recurso alguno? ¿Deben sobrevivir pese a su inconstitucionalidad por el solo hecho de que la administración no está legitimada para iniciar la acción directa del art. 276 # 2?

Consideramos que el impedir a la administración iniciar una acción de inconstitucionalidad responde a una manera vertical, anticuada y hasta vetusta de concebir a la administración pública. Hoy en día debemos admitir que se ha cambiado la forma en que se ejerce el poder público, y

¹¹⁴ A la que indebidamente se ha denominado recurso de revisión.

administración y administrados tienen cada vez una posición más equitativa y equilibrada en sus relaciones. Los actos administrativos, como actos humanos que son en su esencia, están sujetos a errores, pero como actos del poder público, deben ser legales y constitucionales. Ello nos lleva a sostener la necesidad de que, si ya se ha previsto este mecanismo de control, la administración pueda hacer uso de él para combatir las eventuales inconstitucionalidades que puedan presentarse en sus actos o en actos de otros órganos administrativos que los afecten.

También de forma inexplicable se ha obstaculizado a los administrados, quienes por antonomasia son los destinatarios de los actos administrativos, demandar directamente y por sí mismos la inconstitucionalidad. Para hacerlo, deben recurrir al mecanismo establecido en el art. 277 numeral 5 de la Constitución, es decir, con la participación y anuencia de mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos, o previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia¹¹⁵. Este mecanismo ha significado a la par, una puerta abierta para que cualquier persona, aunque no sea el destinatario o un tercero interesado, pueda impugnar un acto administrativo respaldada por mil ciudadanos o por el informe del Defensor del Pueblo. Es así que los actos administrativos, cuya esencia es su carácter concreto y sus efectos particulares, solamente podrán ser impugnados por inconstitucionales contando con el respaldo de un conglomerado al que probablemente no interesan ni afectan de modo alguno, o de un funcionario que se encuentra investido de muchas otras atribuciones y obligaciones, y al que en definitiva, tampoco afecta ni interesa el acto administrativo en cuestión.

¹¹⁵ Este es uno de los pocos puntos que fueron modificados por los legisladores en el Proyecto de Reformas Constitucionales. Inicialmente el art. innumerado quinto del art. 119 de este Proyecto señalaba que podían presentar demanda de inconstitucionalidad de los actos administrativos “Los ciudadanos con el respaldo de al menos cinco mil firmas”. Durante la lectura de este Proyecto, el H. Delgado Jara (Acta 94-95-006 de 24 de octubre de 1994, p. 63) observó que era incorrecto que un ciudadano deba conseguir el respaldo de cinco mil personas para tal efecto, y sostuvo que cualquier ecuatoriano, al igual que cualquier entidad jurídica, debían poder demandar la inconstitucionalidad por sí solos. De similar modo, el H. Del Cioppo Aragundi señaló que al hablar de cinco mil firmas, en los casos de las provincias cuya población es escasa, se estaría hablando hasta del 50% de la población total para poder presentar una demanda de inconstitucionalidad, y arguyó que el “poner una base de firmas o una base de respaldo está demás” (p. 68). Acogiendo parcialmente estas observaciones, la Comisión de Asuntos Constitucionales redujo el número de firmas a mil, e incluyó la opción de que la demanda sea propuesta por cualquier persona previo el informe favorable del Defensor del Pueblo. Pese a ello, la legitimación activa continuó siendo absurda, y el texto de este artículo fue incorporado, sin cambio alguno, en la Constitución de 1998 por la Asamblea Constituyente.

Hay quienes piensan que esta fórmula de legitimación fue diseñada a efectos de evitar que proliferen las acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos. También hay quienes piensan que este es un remedio excepcional, y que los administrados cuentan con otros mecanismos –específicamente con la acción de amparo- que pueden ser ejercidos directamente y que no requieren el cumplimiento de tantos requisitos y formalidades. El Tribunal Constitucional al respecto ha dicho, que se debe tener presente “que el control constitucional es un asunto de interés público, que no atañe únicamente al interés privado de quien promueve una demanda de inconstitucionalidad, sino que alcanza al mantenimiento del orden jurídico establecido en los preceptos de la Norma Suprema”¹¹⁶.

Consideramos, sin embargo, que el legislador y el Constituyente, o bien no debieron haber previsto esta acción en contra de los actos administrativos, o si lo hacían, como en efecto lo hicieron, debieron haber sido más prolijos al momento de delinear este método de control de la constitucionalidad. Somos del criterio de que la legitimación activa en el caso del art. 276 # 2, tal y como se encuentra concebida, es absurda, pues debería haberse previsto la posibilidad de que los administrados directa y particularmente afectados puedan interponer por sí solos la acción de inconstitucionalidad. Pese a ello, debemos señalar que si un particular desea demandar la inconstitucionalidad de un acto administrativo, necesariamente deberá escoger uno de los dos caminos antes mencionados, pues de lo contrario, su acción no será calificada ni prosperará.

Corresponde al Tribunal el admitir a trámite estas acciones, las que luego son sorteadas a efecto de que sea una de las tres Salas del Tribunal Constitucional para que la conozca y resuelva. A diferencia de lo que ocurre con otras acciones, en la acción de inconstitucionalidad el Tribunal no analiza al momento de la calificación si la demanda se encuentra debidamente fundamentada, sino que lo hace al momento de expedir sentencia. Al efecto, no basta con señalar las normas o preceptos constitucionales que se estiman violentados, sino que se debe “fundamentar y motivar de qué

¹¹⁶ Resolución No. 0011-2004-TC.

manera y en qué circunstancias esos preceptos son violados, de modo directo, por el acto administrativo que se impugna”¹¹⁷.

La Sala que avoca conocimiento en virtud del sorteo, corre traslado al órgano que expidió el acto administrativo para que conteste en el término de quince días. A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos –como el tributario- no se especifica quién es la persona o funcionario que tiene la legitimación pasiva, pues el art. 20 de la Ley de Control Constitucional habla simplemente del órgano que hubiese sancionado o expedido la norma jurídica impugnada, sin indicación de quién debe actuar en su nombre. Ello ocurre probablemente porque la acción de inconstitucionalidad, fórmula de control concentrado, no implica propiamente una demanda contra el Estado o contra sus instituciones¹¹⁸. Se entiende entonces que habrá de hacerlo su representante legal, es decir, la máxima autoridad del órgano correspondiente.

Contestada la demanda, la Sala puede convocar a audiencia pública si considera conveniente, luego de lo cual, deberá resolverla con votación unánime de sus tres integrantes, y si existiere un voto salvado, el caso pasa a ser resuelto por el Pleno del Tribunal, para que emita una resolución final. Consideramos que tratándose de los actos administrativos, debería reformarse el procedimiento de modo que siempre sea la Sala beneficiada por el sorteo la que resuelva la acción por mayoría de sus integrantes, pues el pasar la causa al Pleno resulta en una dilación innecesaria, todavía más si consideramos que los actos administrativos no dejan de ser aplicados y ejecutados por encontrarse en trámite una acción de inconstitucionalidad en su contra.

Es así que, en lo que se refiere al trámite, tal y como se encuentra diseñado el sistema, la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo resulta tan complicada y engorrosa como la de una ley, pese a que como señaláramos anteriormente, se trata de dos instituciones

¹¹⁷ Resolución No. 0011-2004-AA

¹¹⁸ Así se pronunció el Tribunal Constitucional en las Resoluciones No. 008-2004-AA y 0011-2004-AA.

totalmente diferentes, ubicadas la segunda muy por encima de la primera dentro de la escala jerárquica normativa.

2.2.2.2. Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de actos administrativos

Tomada la decisión, ya sea por la Sala o por el Pleno del Tribunal, ésta se notifica al actor y a la entidad de quien emanó el acto, y se manda a promulgar en el Registro Oficial.

En lo único que parece diferenciarse la acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos de aquella prevista en el art. 276 numeral 1 de la Constitución es justamente en sus efectos, aunque en ambos casos, el tema ha generado gran polémica y ha sido objeto de duras críticas. Ello obedece a que ni el texto constitucional ni la Ley de Control Constitucional son lo suficientemente claros acerca de la eficacia y vinculatoriedad que tiene esta declaratoria, ni ofrecen suficiente garantía de seguridad jurídica¹¹⁹.

En el caso de leyes y actos normativos, la declaratoria de inconstitucionalidad opera a manera de una derogatoria, pues suspende los efectos y expulsa a la norma del ordenamiento jurídico positivo, con lo cual, el Tribunal Constitucional se convierte en una suerte de legislador negativo¹²⁰. En el caso de los actos administrativos, los efectos son radicalmente distintos, pues los mismos son revocados “sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para el respeto a las normas constitucionales”¹²¹.

¹¹⁹ Durante la lectura y observaciones al Proyecto de Reformas Constitucionales presentado el 4 de octubre de 1996, el diputado Delgado Jara (Acta CE-94-5-006 de 27 de octubre de 1994, p. 63), consideró que lo que es motivo de la reclamación en materia de la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo, debe ser retroactivo. Así mismo, el diputado Larrea Cabrera sugirió eliminar el art. innumerado que se refería a los efectos de la declaratoria, por considerarlo una “absoluta confusión” (p. 66).

¹²⁰ Se discute mucho si esto es efectivamente así. Para muchos, el Tribunal Constitucional sólo alcanza a determinar si el precepto es inconstitucional o no, y a suspender sus efectos, pero propiamente no retira del mundo jurídico a la norma, pues como un rezago del pasado, siendo el legislador el único autor e intérprete de la Constitución, y el autor de la norma, también es el único que puede dictaminar de forma definitiva sobre la inconstitucionalidad eliminando la norma por completo. La declaratoria de inconstitucionalidad, en todo caso, no significa nunca retrotraer los efectos hacia el pasado.

¹²¹ Art. 276 # 2 de la Constitución Política del Ecuador.

Ambas declaratorias causan ejecutoria únicamente desde su promulgación en el Registro Oficial. Se entiende así mismo que en ambos casos la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efecto de cosa juzgada: no puede el Tribunal Constitucional volver a pronunciarse respecto de la constitucionalidad de un precepto jurídico, como tampoco puede cambiar su criterio o contradecirlo declarando la regularidad de una norma sobre la que ya ha emitido su opinión, expulsándola o desterrándola del mundo jurídico¹²². Tampoco cabe, en consecuencia, recurso alguno sobre la resolución que emita el Tribunal Constitucional en una acción de inconstitucionalidad. Así lo ha resuelto el propio Tribunal:

Que una vez adoptada una resolución por parte del Tribunal Constitucional, en forma inmediata se ejecutoria, salvo aclaración o ampliación oportunamente planteada que, por cierto, no puede modificarla esencialmente, pues, como señala la parte final del inciso transcrito, no admite recurso alguno (...)

La declaratoria de inconstitucionalidad de leyes y actos normativos no tiene efecto retroactivo. En el caso de los actos administrativos, la Constitución Política de 1998 en su art. 276 numeral 2 señala que declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto. Por su parte, el art. 26 de la Ley de Control Constitucional que desarrolla este precepto, señala que “la resolución que declare la inconstitucionalidad del acto administrativo, una vez que se publique en el Registro Oficial, conlleva la extinción del mismo, en consecuencia no podrá ser invocado o aplicado en el futuro. Dicha resolución no afectará las resoluciones jurídicas firmes creadas, al amparo de dicho acto administrativo, antes de su revocatoria”. De los textos transcritos podríamos concluir que esta declaratoria tiene efectos *ex nunc* o para el futuro, quedando al arbitrio del propio órgano administrativo emisor de ese acto inconstitucional, el adoptar las medidas que considere necesarias para preservar el respeto a la normativa constitucional.

Efectivamente, del texto de la Constitución y de la Ley de Control Constitucional se desprende que la acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos, pese a producir su

¹²² En el único caso en que se admitiría que el Tribunal Constitucional vuelva a conocer un asunto que tenga identidad objetiva con otro ya resuelto, es cuando se vuelve a expedir una ley o un acto –normativo o administrativo– de igual contenido que otro ya declarado inconstitucional, y por ende, derogado. Así lo ha resuelto el Tribunal en las Resoluciones No. 0037-2002-TC y 0006-2004-TC.

revocatoria por adolecer del más grave de los vicios –que es precisamente su inconstitucionalidad– no supone el volver las cosas al estado en que estaban antes de la emisión del acto. Evidentemente ello parece absurdo, pues tanto la teoría general del acto administrativo, como la doctrina jurídica general, han identificado como consecuencia obvia y directa de la existencia de un vicio grave, la nulidad absoluta del acto, la cual a su vez supone, por una parte, que el mismo no pueda ser objeto de convalidación, y por otra, que carezca de toda eficacia. Si el acto inconstitucional es un acto nulo de nulidad absoluta y por ende, ineficaz, debería entenderse que desde su emisión no estaba en capacidad de producir efectos jurídicos. Debe entenderse también que todas las situaciones jurídicas creadas al amparo de ese acto carecen de eficacia, pues se fundaron en un acto privado de valor.

Recordemos que un acto administrativo ilegal puede, mediante un recurso subjetivo, ser anulado por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo o de lo Fiscal, que al tiempo de declarar ilegal el acto, debe ordenar la cesación de la violación del derecho, y debe además adoptar las medidas necesarias para reparar el daño proferido, si fuere del caso¹²³. No cabría, en consecuencia, que la revocatoria de un acto por el juez constitucional tenga efectos diferentes, o más benévolos. Tampoco podríamos admitir que el administrado quede librado a la buena voluntad de la administración, que tiene la facultad –no la obligación– de reparar el daño causado por el irrespeto a la Constitución.

Concordamos con Cevallos Bueno para quien, como mencionáramos anteriormente, la inconstitucionalidad del acto administrativo es una causa de nulidad absoluta del mismo, y “en atención a la gravedad del vicio en que incurre el acto administrativo inconstitucional, y en atención a la teoría general de invalidez de dicho acto, el efecto –en principio y aunque pueden establecerse

¹²³ De conformidad con el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

ciertas excepciones en casos concretos, especialmente frente a terceros de buena fe- debe producir efectos *ex tunc*”¹²⁴.

Es por ello que coincidimos con quienes concluyen que al amparo de lo señalado en la segunda parte del art. 276 # 2 de la Constitución –norma prevalente-, la revocatoria del acto administrativo sí tiene efecto retroactivo, por lo que “las situaciones jurídicas vuelven al estado anterior a la emisión”¹²⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha logrado disipar las dudas que existen sobre los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos. Tan sólo se ha limitado a señalar que en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad, el acto administrativo “ha sido eliminado del ordenamiento jurídico, y por ende es inexistente”¹²⁶ y que tal declaratoria “le priva de eficacia jurídica al anular sus consecuencias jurídicas”¹²⁷, lo que nos llevaría, junto a Oyarte, a la conclusión de que la declaratoria de inconstitucionalidad, además de revocar el acto, supone dejar sin efecto todas las situaciones jurídicas por él creadas.

2.2.2.3. La inconstitucionalidad por la forma

La declaratoria de inconstitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional puede obedecer a la presencia de vicios de fondo o de forma. En el primer caso, se considera inconstitucional a aquella norma cuyo contenido material contradiga los derechos y garantías consagrados en la Carta Política. En el segundo, se entiende que un precepto es inconstitucional

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Rafael Oyarte Martínez, *Op. Cit.* p. 6. De igual modo opina Alberto Wray en “La Irretroactividad de la Declaración de Inconstitucionalidad”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002, p. 148. Secaira Durango va un poco más allá y sostiene que el Tribunal Constitucional no sólo tiene competencia para ordenar a la administración que adopte las medidas que sean necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales, sino que “tiene competencia imperativa para reformarlos o sustituirlos”, *Op. Cit.*, p. 262.

¹²⁶ Resolución No. 012-2001-AA.

¹²⁷ Resolución No. 627-AA-00-IS.

cuando en su proceso de creación no se han observado las formalidades ni el procedimiento prescrito por la Constitución.

Wray señala que “para que haya inconstitucionalidad de forma será necesario que exista una disposición constitucional en la que se regule la forma de creación de la norma cuestionada”¹²⁸. En el caso de las leyes orgánicas y ordinarias, cuyo proceso de creación, aprobación, sanción y promulgación se encuentra establecido en los artículos 144 a 160 de la Constitución Política de la República, resulta evidente que los vicios de inconstitucionalidad pueden ser tanto de forma como de fondo. Pero al hablar de otros actos normativos como los reglamentos, resoluciones y ordenanzas, así como al referirnos a los actos administrativos, cabe preguntarse si efectivamente pueden ser inconstitucionales por la forma.

Cuando nos referimos al elemento formal del acto administrativo, dijimos que éste constituye el modo en que se da a conocer la voluntad administrativa, y se compone de los procesos y procedimientos para su instrumentación y exteriorización. Si examinamos artículo por artículo la Constitución Política de la República, veremos que no existen en la Carta Magna disposiciones que regulen el procedimiento a seguirse para la creación y exteriorización de los actos administrativos. En un primer momento podríamos entonces concluir que no es factible hablar de actos administrativos inconstitucionales por la forma, pues su creación así como las formalidades que deben respetarse para su expedición y notificación, no se encuentran prescritos en la Constitución, sino en la ley y otros actos normativos como ordenanzas y reglamentos. Los actos administrativos, en esa línea, sólo podrían ser ilegales por la forma.

Sin embargo, el tema es digno de ser analizado, pues cual ocurre con los actos normativos, respecto de los cuales el Tribunal Constitucional tiene jurisprudencias contradictorias,

¹²⁸ Alberto Wray, ¿Cuándo hay inconstitucionalidad de forma?, en *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002, p. 129.

eventualmente podría pensarse en la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de determinados actos administrativos, que si bien no tienen un proceso de creación establecido en la Carta Suprema, resultan del ejercicio de competencias que aunque no están desarrolladas por la Constitución, se encuentran fijadas o atribuidas en ella.

Como lo señala Wray, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no siempre acierta¹²⁹, ha admitido en unos pocos casos la inconstitucionalidad por la forma de actos normativos expedidos en violación a las normas constitucionales que establecen competencias y atribuciones de los diferentes órganos. Ello nos llevaría a pensar, aunque no se ha dado el caso, que también podría admitirse la inconstitucionalidad de actos administrativos que presenten este tipo de vicios. Sin embargo, no podemos perder de vista que la mayor parte de atribuciones y competencias consagradas por la Constitución, se encuentran repetidas y desarrolladas en las leyes que regulan a los organismos creados por la Constitución –la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, la Ley de Seguridad Social, la Ley de Compañías, la Ley de Telecomunicaciones, entre otras-, por lo que los actos administrativos que presenten vicios de competencia, serán ante todo, y por la inmediatez del precepto violado, actos ilegales antes que actos inconstitucionales. Mas adelante volveremos sobre este tema al hablar de la confluencia del control de constitucionalidad y el control de legalidad.

Por ello, consideramos que no puede hablarse propiamente de inconstitucionalidad por la forma de actos administrativos, a efectos de lo cual resulta ilustrativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que:

No corresponde, entonces, al Tribunal Constitucional ni al objeto de la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo, determinar si un órgano del poder público (Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y de Obtenciones Vegetales) ha ejercido las facultades que le confiere la **ley**. (La negrilla es nuestra)¹³⁰.

¹²⁹ Ibíd. En la Resolución No. 049-2001, el Tribunal sostuvo que no existe la inconstitucionalidad por la forma de los actos normativos.

¹³⁰ Resolución No. 0008-2004-AA.

Ahora bien, Wray considera que en el caso específico de los actos creadores de normas particulares, se podría presentar un supuesto de inconstitucionalidad por la forma, si los mismos son expedidos sin observar los principios del debido proceso. Dice Wray, “excepto, claro, en los pocos casos en que éstos aluden al contenido del acto, no a la forma”¹³¹. Cabe entonces preguntarse cuándo la violación de las normas del debido proceso legal, que son en definitiva, garantías constitucionales contenidas principalmente en el Art. 24 de la Carta Magna, constituyen vicios de fondo. El Tribunal Constitucional, en la Resolución No. 170-97-TC, ha dicho, por ejemplo, respecto del derecho de defensa:

(...) de autos aparece que, efectivamente al accionante se le conculcó el derecho a al defensa, ora por habérselo hecho irregularmente y a destiempo, lo cual conlleva una indefensión en su perjuicio, ora porque se acumularon diversas denuncias de diferente índole y que se las tramitó sin su conocimiento, concluyendo que el acto impugnado, violentó la **garantía** establecida en los literales d), e) del numeral 19 del artículo 22 de la Constitución, artículos 158 y 160 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y artículo 163 del Reglamento de Carrera Judicial¹³². (La negrilla es nuestra).

Apartándonos del criterio vertido por Wray, consideramos que todas las normas del debido proceso legal, valuarles del Estado de derecho imperante, son garantías de los derechos subjetivos prescritos en la Constitución, y por ende, su irrespeto resulta en violaciones materiales a la Constitución y no en violaciones formales. Por eso concluimos en que no es factible la inconstitucionalidad por la forma de un acto administrativo, cuyos defectos formales deberán siempre atacados por la vía del control de legalidad respectivo, como se analizará más adelante.

2.2.3. Amparo Constitucional: legislación y desarrollo jurisprudencial

Junto con la acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos, las reformas constitucionales de 1996, introdujeron la garantía constitucional del amparo¹³³. La acción de

¹³¹ Alberto Wray, Op. Cit., p. 130.

¹³² Resolución No. 170-97-TC.

¹³³ La lectura y discusión del art. 42 del Proyecto de Reformas Constitucionales, donde se propuso la introducción del amparo, obra del Acta CE-949-95-035 de 18 de mayo de 1995. Luego de incorporadas las revisiones de los legisladores, y después de varias reuniones de los Jefes de Bloque, se modificó el texto del Proyecto de Reformas, convirtiéndose este artículo en el art. 2 del Tercer Bloque de Reformas, cuya aprobación en primer debate aparece del Acta CE-94-95-047 de 12 de junio de 1995. Sin observaciones fue aprobado este art. 2 en segundo debate, según consta del Acta CE-95-96-010 de 8 de noviembre de 1995.

amparo¹³⁴ se propone para adoptar medidas urgentes tendientes a hacer cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar un derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional, y que de modo inminente amenace con causar un daño grave.

Se ha considerado que la acción de amparo es residual, es decir, que procede únicamente ante la falta de otros remedios procesales. Así lo califica la Constitución Argentina¹³⁵ y la Boliviana¹³⁶. La Constitución Colombiana también ha establecido su subsidiariedad, pero con la salvedad de que el amparo –acción de tutela como la denomina este ordenamiento- se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹³⁷. La Constitución Paraguaya ha previsto similar residualidad, al señalar en su art. 134 que el amparo procederá cuando la violación “por urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria”.

En esta línea se inscribió inicialmente nuestro ordenamiento, pues el Tribunal Constitucional de forma reiterada sostuvo en su primera jurisprudencia que:

(..) esta acción es de carácter residual, y, la intervención del Tribunal Constitucional, de manera alguna no es para juzgar unilateralmente la ilegitimidad o la inminencia de la gravedad que ocasiona o puede ocasionar el acto impugnado, sino que su actuación tiende a conocer y determinar, "de manera preferente y sumaria" que la acción, o la omisión de la administración pública concretada en un acto administrativo es ilegítimo, y conjuntamente violatorio de derechos constitucionales que provoquen o vayan a

¹³⁴ Se ha discutido mucho si el amparo es una acción, un recurso o un derecho. Nuestra Constitución la ha categorizado como una acción, y la Ley de Control Constitucional como un recurso. En las reformas constitucionales de 1996 no se determinó si se trataba de una acción de un recurso, pues tanto el Proyecto de Reformas como la Ley Reformatoria misma, sólo se refirieron a esta figura como una “garantía de los derechos”. Durante las discusiones parlamentaria de este Proyecto, el Diputado José Cordero Acosta mantuvo que “no es propiamente un recurso, sino una medida cautelar” (Acta CE-94-95-035 de 18 de mayo de 1995), sin embargo de lo cual, al presentar el Proyecto de Ley del Control y los Procedimientos para las Garantías Constitucionales, aprobado luego como la Ley del Control Constitucional, de su autoría, lo conceptuó como un recurso (Proyecto I-97-223 de 8 de abril de 1997, Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997). En la Constitución Argentina (art. 43) se le denomina acción. En la Constitución Boliviana, recurso (art. 19). En la Constitución Chilena, se le denomina recurso de protección (art. 20). En Colombia, acción de tutela (art. 86). La Constitución de Costa Rica lo llama recurso de amparo (art. 48). La Constitución de El Salvador habla simplemente de amparo (art. 247), aunque Dermizaky, Op. Cit., p. 144 señala que su Ley de Procedimientos Constitucionales lo denomina derecho de amparo. La Constitución Guatemalteca también lo denomina simplemente amparo (art. 265). En Honduras, se llama garantía de amparo (art. 183). En México, creadores de esta garantía, se le denomina juicio de amparo (art. 107). En Panamá, recurso de amparo (art. 50). En Paraguay (art. 149), procedimiento de amparo. En el Perú, acción de amparo (art. 200), al igual que en Venezuela (art. 27). Consideramos que se trata, en todos los casos referidos, propiamente de una acción, pues ésta supone únicamente la existencia de un derecho lesionado, mientras que el recurso implica el atacar una decisión previa de una autoridad administrativa o judicial, lo que no ocurre en el amparo constitucional. Sobre este tema Jorge Zavala Egas, El amparo constitucional, en Guía de Litigio Constitucional, Tomo II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, 2001. 74.

¹³⁵ Su art. 43 sostiene que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo”.

¹³⁶ El inciso tercero del art. 19 señala que el amparo procede “siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”,

¹³⁷ Inciso tercero del art. 86 de la Constitución Colombiana.

provocar el daño que se pretende evitar mediante la cesación de los efectos del acto administrativo, o solucionarlo con la adopción de las medidas que disponga el Tribunal Constitucional, como Juez Constitucional de última instancia¹³⁸.

Hoy se ha desterrado esa concepción, y se considera que se trata de una acción autónoma, que no depende de la existencia o inexistencia de otros remedios administrativos o jurisdiccionales, sino que se dirige específicamente al fin de cesar o evitar la comisión de vulneraciones graves e inminentes a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución¹³⁹. En esta línea, los administrados están en libertad de escoger qué acción adoptar para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos que los afectan, dependiendo de la existencia o inexistencia de atentados contra los derechos consagrados en la Constitución, y de la presencia de los demás elementos exigidos para la procedencia de la acción de amparo¹⁴⁰.

El amparo procede, en términos generales¹⁴¹, contra 1) un acto u omisión de autoridad pública que sea ilegítimo; 2) sea violatorio a los derechos, garantías y/o libertades individuales de la persona accionante consagradas en la Carta Fundamental o un tratado internacional, y c) que tal situación cause o pueda causar de manera inminente un daño grave e inminente en perjuicio del peticionario.

Tanto la Constitución como la Ley de Control Constitucional al hablar del amparo dicen que procede contra actos u omisiones de autoridad pública¹⁴². Este concepto resulta en doctrina y en la práctica constitucional ecuatoriana, radicalmente distinto de la noción de acto administrativo. Cueva Carrión sostiene que “no es lo mismo acto administrativo que acto de autoridad de la administración

¹³⁸ Resoluciones 009-98-RA-IS, 010-99-RA-IS, 015-99-RA-IS, 071-99-RA-IS, 083-99-RA-IS, 796-98-RA-IS, entre muchas otras.

¹³⁹ En este sentido, la Resolución 420-99-RA-IIS, que sostuvo: la Constitución de la República, Norma Suprema del Estado Ecuatoriano, al regular la institución del Amparo Constitucional se aparta de otros ordenamientos constitucionales, y lo consagra como un mecanismo fundamental y no residual de defensa de los derechos constitucionalmente protegidos, que al ser vulnerados por actos ilegítimos de las autoridades públicas pueden provocar daños graves. En igual sentido, la Resolución 584-98-RA-II.S, ha dicho que la misma no es un medio procesal supletorio que opera falta o insuficiencia de los medios procesales de la justicia ordinaria, sino que por el contrario, es una acción constitucional de singular importancia y trascendencia y que si se cumple los requisitos del art. 95, la acción de amparo constitucional procede, independiente de otra acción trámite que el accionante haya iniciado o pueda iniciar en el futuro.

¹⁴⁰ En la Resolución 134-99-RA-IS, el Tribunal ha sostenido que “las personas que crean conculcados sus derechos, están en libertad de elegir la vía por la cual han de exigir el respeto de los mismos, esto es, que pueden utilizar el recurso de amparo para el caso de violación de sus derechos constitucionales, o recurrir ante otros órganos de justicia, por violaciones de carácter legal”.

¹⁴¹ Pese a que no es tema de esta tesis, debemos referir que nuestra Constitución admite también la acción de amparo contra actos de particulares que afecten grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

¹⁴² La Constitución Guatemalteca en su art. 265, hace extensivo el amparo a todo tipo de actuaciones del poder público, al señalar que: “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.

pública”, y afirma que “al equiparar estas dos categorías jurídicas, estamos confundiendo al plural con el singular; a aquello que es un todo, lo estamos reduciendo a una parte, y parte muy pequeña de la actividad estatal”¹⁴³. Zavala Egas señala que dentro del mapa de los actos de autoridad pública están los actos administrativos sujetos al derecho administrativo, los actos administrativos no sujetos al derecho administrativo, los actos políticos o llamados de gobierno, y los actos judiciales¹⁴⁴.

Así, la noción de acto de autoridad pública parece englobar a la noción de acto administrativo, existiendo entre ambas, una relación del todo a la parte. Si analizamos con detenimiento la historia de la figura del amparo constitucional en el Ecuador, podemos afirmar que así efectivamente lo concibió el legislador, pretendiendo que el amparo no sólo procediera respecto de los actos administrativos, sino de un género más amplio de manifestaciones de voluntad de la administración pública, entre los que se encontraban: por una parte, las actuaciones judiciales¹⁴⁵, expresamente excluidas posteriormente por la Constitución de 1998 en el inciso segundo del Art. 95¹⁴⁶; la no expedición de actos (silencio administrativo); y la no ejecución de hechos, conforme consta aún del inciso segundo del art. 46 de la Ley de Control Constitucional¹⁴⁷.

¹⁴³ Luis Cueva Carrión, *El Amparo*, Quito, Impresión, 1998, p. 143.

¹⁴⁴ Jorge Zavala Egas, Mesa redonda: Los actos administrativos en el amparo, *Guía de Litigio Constitucional*, Tomo II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD, 2001, p. 119.

¹⁴⁵ Inicialmente la voluntad de los legisladores fue la de hacer extensivo el amparo a las providencias judiciales, como ocurre por ejemplo en México, país creador y pionero en el tema. Así se desprende del texto del art. 54 del Proyecto de Ley del Control y los Procedimientos para las Garantías Constitucionales, presentado por los Diputados José Cordero Acosta y Marco Landázuri Romo, al H. Congreso Nacional con fecha 8 de abril de 1997, cuyo inciso tercero señala: “sólo mediante el patrocinio del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos o de sus comisionados provinciales, podrá plantearse, ante el respectivo superior, recurso de amparo en contra de las providencias y más actuaciones judiciales, patrocinio que no podrá ser denegado si la petición del afectado evidencia los fundamentos del recurso”. Este Proyecto, luego de los dos debates y el allanamiento y ratificación respectivos, fue aprobado como la Ley del Control Constitucional, y el art. 54 se convirtió en el actual art. 46, sin este tercer inciso.

¹⁴⁶ Desde distintos círculos doctrinarios se ha afirmado la inconveniencia de este precepto constitucional, y se ha sugerido la necesidad de instaurar la acción de amparo contra providencias judiciales. Al respecto resulta importante consultar la opinión de Domingo García Belaúnde, *El Amparo contra Resoluciones Judiciales*, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 63-78. Cabe recordar que la garantía de amparo constitucional tuvo su origen en México, donde cobró fisonomía en la Constitución de 1857. En este país, se ha previsto el juicio de amparo directo, del que conocen los tribunales Colegiados o la Suprema Corte de Justicia, en contra de sentencias definitivas (civiles, penales o administrativas) o de laudos de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Se trata de un juicio de legalidad, en el que se examinan los errores de procedimiento y de juzgamiento en que haya incurrido la autoridad judicial, Pablo Dermizaky, *Op. Cit.*, p. 144-145.

¹⁴⁷ Lo mencionado por el legislador Cordero Acosta en la sesión de 18 de mayo de 1995, durante el primer debate de las reformas a la Constitución de 1996, nos hace reafirmar esta presunción, pues él sostiene que el amparo procedería “si alguien, por un acto ilegítimo de autoridad, sufre daños en sus bienes, por ejemplo, **la demolición de su casa**”, haciendo referencia a un hecho administrativo, Acta CE-94-95-035, p. 43.

Efectivamente, la noción de “acto de autoridad pública” resulta sumamente vaga e imprecisa¹⁴⁸, por lo que primero a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y luego mediante Resolución de la Corte Suprema de Justicia, se ha limitado el ámbito de la acción de amparo, excluyéndose expresamente a los siguientes actos de autoridad: actos normativos¹⁴⁹ (leyes orgánicas y ordinarias, decretos -leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones de obligatoriedad general)¹⁵⁰; actos de gobierno, es decir de aquéllos que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en el ejercicio de una actividad indelegable, y que tengan alcance o efecto general¹⁵¹; decisiones judiciales; y reparación del derecho lesionado, cuando pueda reclamarse a través de las garantías constitucionales de hábeas corpus y de hábeas data, o a través del amparo de libertad¹⁵². Es de esta manera, que la acción de amparo ha quedado reducida a la impugnación de actos administrativos sometidos al derecho administrativo, como bien lo sostiene Zavala Egas¹⁵³.

El Tribunal Constitucional ha ido desarrollado a través de los años, su propia teoría del acto administrativo –ciertamente imperfecta- y ha delineado y limitado los requisitos que éste debe observar a fin de ser susceptible de impugnación por la vía del amparo. Así, se ha pronunciado favorable a los recursos de amparo propuestos contra actos de la Función Legislativa y actos de la

¹⁴⁸ Particular que sin embargo de haber sido advertido por el Diputado Proaño Maya durante el primer debate a las reformas de la Constitución de 1996, Acta CE-94-95-035, p. 44, no fue corregido, quizás por la enorme presión social que existía sobre el Congreso para que aprueba esas reformas, o muy probablemente debido a que los diputados se encontraban embebidados en la discusión de temas quizás menos trascendentales, pero mucho más polémicos y jugosos para la prensa y la opinión pública, como el de la sindicalización en el sector público o la seguridad social.

¹⁴⁹ El Tribunal Constitucional ha expedido gran cantidad de Resoluciones donde ha sentado el criterio de que no cabe acción de amparo contra actos administrativos normativos o erga omnes. Así, ha dicho en la Resolución 041-99-RA-III.S que “para la existencia de un acto administrativo susceptible de impugnación mediante la vía de excepción como lo es la Acción de Amparo Constitucional, se precisa la existencia de un **acto administrativo** que contenga la declaración de la voluntad de la administración pública que, siendo UNILATERAL, es decir que no requiere del consentimiento ni aceptación del administrado como ocurre en los convenios o en los contratos, además se trate de una **declaración concreta** respecto a una **situación subjetiva** del administrado es decir debe referirse a una situación particular y nunca puede referirse a una situación de carácter general y abstracto que, obviamente no produce consecuencia jurídicas individuales” (La negrilla es nuestra). En igual sentido se ha pronunciado en los siguientes casos: Resolución No. 080-99-RA-IS, Resolución No. 139-99-RA-IS, Resolución No. 311-99-RA-IIS, Resolución No. 389-99-RA-IIS.

¹⁵⁰ El Tribunal Constitucional sostuvo en la Resolución No. 041-99-RA-III.S que el amparo sólo cabe respecto de actos administrativos que contengan una declaración concreta respecto a una situación subjetiva del administrado, es decir, debe referirse a una circunstancia particular y por ende, nunca puede referirse a una situación de carácter general y abstracto, que obviamente no produce consecuencias jurídicas individuales. De esta forma ha reducido el control sobre los actos normativos, a la acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 276 de la Constitución Política. Así lo ha sostenido también en las Resoluciones No. 061-2001 y No. 173-2002.

¹⁵¹ Así, en la Resolución No. 230-00-IIS, el Tribunal dijo que “la elección de dignidades corresponde a la categoría de actos políticos o de gobierno “no justiciable”, denominados también institucionales, que son de cumplimiento inmediato, ya que están ligados a la vigencia del Estado de Derecho.

¹⁵² En Argentina, de conformidad con el inciso tercero del art. 43 de la Constitución, la acción de amparo también puede interponerse para tomar conocimiento de datos referidos a una persona, y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos.

¹⁵³ Jorge Zavala Egas, Op. Cit., p. 120.

Función Judicial que son actos administrativos, como los de suspensión o destitución de funcionarios. En consonancia con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de las acciones contenciosas, ha previsto que sólo son objeto de la acción de amparo los actos administrativos que hayan causado estado, es decir, aquéllos que ya no pueden ser atacados o impugnados a través de un recurso administrativo¹⁵⁴. También ha sostenido que no cabe acción de amparo respecto de contratos administrativos¹⁵⁵, por no ser declaraciones unilaterales de voluntad, ni de adjudicaciones hechas al amparo de la Ley de Contratación Pública¹⁵⁶. Finalmente ha señalado que es inimpugnable vía acción de amparo todo “acto que se produce como consecuencia de un procedimiento de jurisdicción constitucional”¹⁵⁷.

Para que un acto administrativo sea impugnabile a través de la acción de amparo es imprescindible que el mismo sea ilegítimo. La Resolución Interpretativa de la Acción de Amparo expedida por la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁸, al igual que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han señalado que un acto es ilegítimo cuando no cumple con los requisitos de competencia, contenido, declaración de voluntad, objeto- causa y forma, de los que habla de un modo general la doctrina universal del Derecho Administrativo. Así, ha dicho:

Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente, o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto¹⁵⁹.

La jurisprudencia de casación, por su parte, ha definido al acto legítimo y al acto ilegítimo en los siguientes términos:

¹⁵⁴ En la Resolución 006-99-RA-III.S. ha dicho que “empero las impugnaciones a las resoluciones sobre glosas no implica determinación de presunción de responsabilidad civil ni constituye acto administrativo, que cause estado pues permite al recurrente desvanecerla en sede administrativa y dentro del plazo concedido al efecto”. Bajo este mismo argumento, mediante Resolución 020-RA-99-I.S se ha rechazado la acción de amparo interpuesta para hacer valer el derecho consagrado en el art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, es decir, la aceptación tácita de un reclamo por silencio administrativo, pues se ha considerado que se debe intentar su reconocimiento primero ante la Administración. En similar sentido la Resolución No. 011-97-RA

¹⁵⁵ Resoluciones No. 012-RA-00-IS, 024-RA-00-IS, 244-RA-00-IS, 289-RA-00-IS y 313-RA-00-IS.

¹⁵⁶ Resolución No. 349-RA-00-IS.

¹⁵⁷ Resolución No. 0330-02-RA en la que se impugnó la orden de publicación en el Registro Oficial de la declaratoria de inconstitucionalidad de varias disposiciones de la Ley de Seguridad Social.

¹⁵⁸ Art. 4 de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 1, Registro Oficial 378 de 27 de julio del 2001 sustituido por Resolución No. 2, publicada en Registro Oficial 559 de 19 de Abril del 2002.

¹⁵⁹ Resolución No. 017-2004-RA.

En la ciencia jurídica se entiende, por tanto, que son actos administrativos legítimos los emitidos en "conformidad" con el orden jurídico positivo, en tanto que los actos administrativos emitidos en contradicción con el orden jurídico expreso o en contravención de principios básicos, se marcan con la tacha de ilegitimidad. La armonía, correspondencia o conformidad de normas de menor jerarquía con normas de la Ley Suprema, ha de encontrarse y determinarse por los efectos que ellas están llamadas a causar¹⁶⁰.

Estas definiciones coinciden con la dada por García, para quien se entiende por "legitimidad, la medida de licitud del acto, su adecuación al derecho positivo en cuanto a la causa, efecto y destino del acto administrativo, es por tal, el correcto ejercicio del poder, pues no olvidemos que uno de los fines por los que se dictó la acción de amparo constitucional, es justamente para frenar el abuso del poder"¹⁶¹. Es decir que, en términos generales, se ha entendido que un acto sólo será legítimo cuando sea autorizado por la ley.

Las definiciones referidas contemplan la ilegitimidad formal, la ilegitimidad por competencia y la ilegitimidad material. Ello nos lleva a sostener que un acto administrativo podrá ser considerado ilegítimo no sólo cuando no ha sido emitido por autoridad competente, sino además cuando ha sido expedido con un fin diferente al querido por la ley, es decir, cuando se ha producido un supuesto de desviación de poder¹⁶², y también lo será cuando se lo realiza sin existir el motivo o causa que establece la ley. Sin embargo, la doctrina transcrita y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no han logrado distinguir suficientemente entre legitimidad y legalidad, pese a que ésta última ha sostenido que la ilegalidad no es ni puede ser motivo de análisis en la acción de amparo¹⁶³.

Además de la existencia de un acto administrativo ilegítimo, es necesario que éste viole o amenace con violar efectivamente los derechos, garantías y/o libertades consagradas en la Carta

¹⁶⁰ Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI, Nro. 5, Pág. 1365

¹⁶¹ Jose García Falconí, Op. Cit., p. 3.

¹⁶² Roberto Dromi señala que en la desviación de poder se hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumir la arbitrariedad, con las siguientes modalidades: 1. Fin personal, cuando el acto ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente (venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.); 2. Fin extraño, el querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro; por ejemplo, si un funcionario puede en el caso contratar directamente sin licitación pública, contrata con una empresa determinada porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato; y, 3. Fin administrativo distinto al de la Ley, cuando se protege un interés de carácter general pero diverso de aquel querido por la ley de la función. Este es un caso bastante común de desviación de poder. El funcionario imbuido de un erróneo espíritu pro-Estado, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado, Roberto Dromi, Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 474.

¹⁶³ Resoluciones 0771-2004-RA y 0821-2003-RA.

Fundamental. Tal situación únicamente podrá ocurrir cuando el acto efectivamente se externalice, es decir, salga de la esfera de la Administración, y afecte al administrado en uno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o colectivos consagrados en la Constitución. Por ende, no puede ser objeto de amparo un acto que aunque afecte de alguna forma a un interés del administrado, no lesione un derecho de aquéllos prescritos en la Carta Suprema¹⁶⁴.

El Tribunal Constitucional en términos generales ha aceptado la acción de amparo respecto de actos administrativos conculcatorios de todos los derechos consagrados en los arts. 23 y siguientes de la Constitución. Junto con Oyarte tenemos que recordar en este punto, que nuestra Constitución no es positivista ni reduccionista en materia de derechos fundamentales, pues extiende su protección por encima de los derechos en ella consagrados, incluyendo “otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”¹⁶⁵. Dentro del vocablo derechos habremos de entender comprendidas a las garantías constitucionales, como el debido proceso. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado que el remedio procesal constitucional idóneo al constatarse una violación del precepto contenido en el art. 24 numeral 13 de la Constitución que señala que las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas, es precisamente la acción de amparo constitucional. Así, en la Resolución No. 022-RA-97-LS, ha dicho:

la doctrina jurídica, estima que el acto administrativo debe ser motivado, y por tanto ha de contener los fundamentos de hecho y de derecho, que de una manera verdadera y real conduzcan a conocer el por qué del acto” (...) Esta doctrina admitida sin discrepancias sustanciales por los distintos ordenamientos jurídicos de nuestra época, al comienzo solo a nivel infraconstitucional, luego se tomó en un imperativo mayor cuando se encontró la indiscutible conexión de la necesaria motivación de los actos administrativos con el derecho a la defensa de cualquier persona y, en definitiva, con el derecho de todo ser humano a tener un debido proceso. Por ello se elevó su requerimiento a nivel de **derecho constitucionalmente garantizado**, tal como lo ha consagrado nuestra Carta Política en vigencia. (La negrilla es nuestra).

¹⁶⁴ Por ejemplo, una expropiación, que si bien afecta un interés del administrado –por ejemplo, su deseo de vivir en el bien expropiado-, no necesariamente afectará su derecho de propiedad, pues bien puede haberse previsto y ofrecido previo el cumplimiento de los requisitos que la Constitución y la ley exigen al respecto, sin que implique en consecuencia, una confiscación.

¹⁶⁵ Art. 19 de la Constitución Política de la República.

Para que proceda el amparo es además preciso que la violación o amenaza a los derechos fundamentales cause o pueda causar un daño grave de manera inminente. Tampoco ha definido nuestra Constitución ni nuestra Ley qué se entiende por daño grave, ni por inminencia. Ha sido nuevamente tarea del Tribunal Constitucional delimitar conceptualmente estas expresiones. Así, ha dicho que: “(...) por otra parte, las consecuencias del acto ilegítimo serán graves cuando el efecto que ha de producir es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando las consecuencias de la ejecución del acto son perjudiciales en gran medida” y ha resuelto que caso contrario, la revisión del acto no corresponde al Juez constitucional, sino que será una materia propia de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁶⁶. Por inminente debemos entender, en cambio, un daño actual, no remoto¹⁶⁷.

Finalmente para que quepa la acción de amparo es imprescindible que conste en la demanda el acto administrativo impugnado, y que la presencia de los elementos de ilegitimidad, vulneración o amenaza de derechos fundamentales e inminencia del daño grave, se encuentren debidamente fundamentados. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

Que, esta Sala hace presente que los accionantes, en su escrito de petición, se limitan a resumir los hechos que constan en el considerando precedente, mas no fundamentan en qué sentido el acto es ilegítimo y, respecto de la violación de derechos fundamentales, sólo enuncian y citan una serie de disposiciones constitucionales sin explicar de qué forma esos derechos son lesionados en virtud del acto impugnado. Por último, nada se fundamenta sobre la calidad del acto impugnado para ocasionar inminencia de daño grave¹⁶⁸.

La competencia para conocer de la acción de amparo corresponde, en primera instancia, a todos los jueces pertenecientes a la Función Judicial¹⁶⁹. El trámite que debe darse a la acción de amparo es sumario y concluye con una Resolución, en la que el juez debe limitarse a dictaminar si se concede

¹⁶⁶ Inicialmente el texto constitucional reformado en 1996 hablaba de un daño inminente, además de grave e irreparable. La Constitución de 1998 eliminó la característica de la irreparabilidad, misma que ha quedado como vestigio en el art. 46 de la Ley de Control Constitucional. Al haber cambiado la concepción acerca de la no residualidad de la acción de amparo, se entiende para que ésta proceda, no es necesario que un acto sea irreparable, es decir, que no existan otros remedios para atacarlo.

¹⁶⁷ Intervención del H. Cordero Acosta, Acta 94-95-035, p. 43.

¹⁶⁸ Resolución 0736-2004-RA

¹⁶⁹ Mientras no se ponga en vigor práctico el principio de la unidad jurisdiccional, esto significa que no podrán conocer de la acción de amparo ni los jueces policiales ni los jueces militares, ni ninguna autoridad que no perteneciendo a la Función Judicial, reciba el nombre de juez, como los jueces de coactiva.

el amparo, y si por ende, si se suspenden los efectos del acto lesivo¹⁷⁰. Debido a que se trata de un proceso cautelar, no de conocimiento, el Juez –o el Tribunal Constitucional en caso de apelación- no deberán nunca entrar a discurrir sobre asuntos de fondo. No podrán, por tanto, referirse a la inconstitucionalidad de normas en las que se funde el acto¹⁷¹. Tampoco podrán referirse a la ilegalidad, ni podrán dejar sin efecto el acto, sino tan sólo suspenderlo. Ello a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Honduras, donde el numeral 2 del art. 183 de la Constitución admite que a través de la garantía del amparo se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por dicha Constitución.

Pese a que en nuestro país la Constitución expresamente señala que el amparo podrá únicamente suspender los efectos del acto, ha ocurrido que el Tribunal Constitucional en más de un caso ha invadido la esfera de competencia de la justicia contencioso administrativa, y a más de dictaminar la suspensión de actos administrativos impugnados por la vía del amparo, ha dispuesto la ejecución de determinadas órdenes o ha reconocido ciertos derechos que no pueden ser objeto de este tipo de acción. Así, mediante Resolución 045-99-RA, por ejemplo, además de conceder el amparo, ordenando el reintegro del accionante al cargo que venía desempeñando, dispuso el pago de todas las retribuciones que había dejado de percibir desde su destitución. Si bien la Constitución dispone que las medidas que adopta el Juez o el Tribunal al conceder el amparo deben destinarse a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias del acto ilegítimo, ello no supone que se confiera competencia para resolver asuntos que Oyarte denomina de “lato conocimiento”¹⁷², los cuales corresponden privativamente a la justicia contenciosa. En tal virtud, no podrá pronunciarse sobre indemnizaciones u otro tipo de reparaciones. Tampoco podrá pronunciarse de

¹⁷⁰ De la misma forma, el Art. 86 de la Constitución Colombia establece que la protección conferida por la acción de tutela “consistirá en un orden para que aquel respecto de quien se solicita tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”. Igualmente el art. 107 II de la Constitución Mexicana, que señala que el juez deberá dictar sentencia “limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

¹⁷¹ En Argentina, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, de conformidad con el art. 43 de la Constitución, si el juez encuentra que la norma en que se fundó el acto ilegítimo es inconstitucional, podrá declarar tal inconstitucionalidad dentro del mismo proceso.

¹⁷² Rafael Oyarte, El amparo ante la jurisprudencia y el derecho positivo, en Guía de Litigio Constitucional, Op. Cit., p. 156.

forma definitiva sobre el destino del acto administrativo, asunto que como veremos más adelante, corresponde a la justicia ordinaria¹⁷³.

2.3. El control de constitucionalidad frente a otras formas de control de los actos administrativos

Al tratar este tema debemos considerar en un primer momento que la acción de inconstitucionalidad, como los otros métodos de control constitucional explicados, “no se encuentra prevista en la Constitución como un mecanismo para reemplazar procedimientos estatuidos en la misma Carta Primera o en el ordenamiento jurídico”¹⁷⁴. Eso significa que existen otras formas de control de los actos administrativos, a cargo de órganos o entidades distintos del Tribunal Constitucional.

2.3.1. El control de los actos administrativos a cargo de la propia administración pública

El funcionario administrativo no es un ser infalible. Por el contrario, la actividad pública, como toda actividad humana, es falible, por ello, los errores que se cometen en ocasiones pueden y deben ser subsanados en la propia sede administrativa.

En nuestro país encontramos varias prescripciones de la Carta Suprema que imponen al funcionario administrativo el deber de velar por el respeto de la Constitución y de la ley. Paralelamente, varias son las disposiciones que establecen la responsabilidad del funcionario administrativo en caso de que sus actuaciones se aparten del ordenamiento jurídico positivo. Así, nuestra Carta Política en su art. 20, establece en primer lugar la responsabilidad del Estado por los

¹⁷³ Este aspecto también fue motivo de amplia discusión durante el debate del Proyecto de Reformas Constitucionales que terminó con la introducción del amparo en 1996. Se señaló siempre que el amparo es “una medida cautelar y esencialmente provisional”, por lo que “no se puede mantener *in o tempore* la suspensión del acto administrativo”. Y por esa misma razón, no se aprobó el texto del Proyecto presentado por el Ejecutivo, donde se preveía que la resolución del juez pueda ser apelada ante el Presidente de la Corte Superior, sin efecto suspensivo, pues se consideró que esta apelación desnaturalizaba el carácter cautelar de esta acción, Acta CE-94-95-035, pp. 42-47.

¹⁷⁴ Resoluciones No. 0020-2003-AA, 0008-2004-AA, 0011-2004-AA. Similar pronunciamiento aparece en la Resolución No. 0004-2002-AA.

actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos. El art. 22, por su parte, consagra el derecho de repetición que tiene el Estado contra el funcionario responsable de violaciones a los derechos contenidos en la Constitución. Todas estas disposiciones constitucionales son complementadas y desarrolladas por distintos cuerpos legales que obligan a las autoridades administrativas a observar en todas sus actuaciones, no sólo la ley, sino fundamentalmente, la Constitución, que como hemos señalado, es el fundamento mismo de validez del ejercicio de su función pública.

Con el objeto de preservar la constitucionalidad en las actuaciones administrativas, tanto la doctrina internacional como nuestra legislación han previsto distintos arbitrios a fin de que la administración pueda dejar sin efecto sus propios actos cuando los mismos adolezcan de vicios. Así, frente a la existencia de un acto inconstitucional, la administración puede ejercitar, de oficio o a petición de parte, su revocatoria. La revocatoria es en esencia un nuevo acto administrativo por medio del cual, se deja sin efecto un acto anterior emitido sobre el mismo asunto, sea por razones de falta de oportunidad, de conveniencia al interés público, o por ilegitimidad, es decir, porque el acto revocado contraría “a la razón, a la justicia y al derecho positivo”¹⁷⁵.

En nuestro país la revocatoria de un acto administrativo en sede administrativa puede darse: de oficio, por la propia autoridad administrativa que lo expidió, cuando el acto administrativo no ha sido ejecutado, es decir, no ha generado derecho en terceros; a petición de parte, por reclamo o recurso (de reposición o jerárquico, cuando ello corresponda) interpuesto por el interesado o por terceros afectados en sus derechos subjetivos; o de oficio o por insinuación del administrativo, por la máxima autoridad del ente administrativo, a través del mal llamado recurso de revisión.

Cuando el acto administrativo no puede ser revocado de oficio por la autoridad administrativa porque ya ha creado efectos jurídicos sobre los administrados, que no lo han

¹⁷⁵ Patricio Secaira Durango, Op. Cit., p. 191.

impugnado, o cuando la autoridad administrativa ya no puede hacer uso de su facultad de revisión, el derecho administrativo ecuatoriano ha instituido la acción de lesividad. Esta acción, de conformidad con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, supone en un primer momento, la declaratoria previa de lesividad para el interés público, y posteriormente, su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. En nuestro país la administración pública no ha hecho mayor uso de esta facultad. Sin embargo, es de destacar que este mecanismo excepcional de anulación de los actos administrativos, eventualmente podría tener como fundamento la existencia de vicios de inconstitucionalidad en el acto administrativo declarado lesivo. Como hemos mencionado anteriormente, al haberse obstado a la administración la posibilidad de iniciar acciones de inconstitucionalidad, esta acción aparecería como el último y único recurso disponible para que la administración pueda dejar sin efecto un acto administrativo inconstitucional que no ha sido impugnado por el administrado. Su complejidad y excepcionalidad nos lleva a afirmar, sin embargo, que no es ni el mecanismo más idóneo ni el más célere para conseguir este objetivo. La existencia de vicios de inconstitucionalidad en los actos administrativos tendría que ser identificada oportunamente, antes de que el acto quede firme y ejecutoriado, y que sea imposible su revocatoria directa.

2.3.2. El control de legalidad

Para aquellos casos en los que los administrados son afectados por actos administrativos viciados, además de los reclamos y recursos administrativos, en nuestro país se ha previsto la existencia de un control de legalidad. Este control existe de forma paralela al control constitucional y al control en sede administrativa, siendo competentes para ejercitarlo los tribunales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal respectivos.

El control de legalidad de los actos administrativos, entendidos como aquellas declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos directos y particulares sobre los administrados, se realiza

en nuestro país a través de lo que se conoce como el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, consagrado en el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El origen de este recurso se encuentra, según Benítez Astudillo, en la legislación y jurisprudencias francesas, en que apareció el recurso subjetivo destinado a proteger los derechos subjetivos de los administrados frente al abuso de la administración, al que se llamó de “plena jurisdicción”, dados los plenos poderes de que se halla investido el juez para declarar ilegal el acto y cesar la violación del derecho, así como para tomar las medidas del caso para reparar el daño proferido por tal violación¹⁷⁶.

La existencia del control de legalidad de los actos administrativos se explica por sí sola. A diferencia de lo que ocurre con las leyes, en el caso de los actos administrativos, previo al control de constitucionalidad hay que agregar un nivel intermedio de control: el de las leyes y los actos normativos. Esto, debido a que los actos administrativos no encuentran su fundamento de validez directamente en la norma constitucional, a diferencia de las leyes, cuyo procedimiento de formación y creación está consagrado en la Norma Suprema. Los actos administrativos descansan en un primer momento en el contenido de leyes y actos normativos, y encuentran su fundamento de validez en la Constitución sólo de forma mediata.

A simple vista parecería sencillo dilucidar la diferencia entre inconstitucionalidad e ilegalidad. La primera se presenta cuando existe inconsistencia en relación con un precepto constitucional, y la segunda en relación con un precepto legal. Pero la distinción no es tan simple si tomamos en cuenta que ley y Constitución son parte de un mismo ordenamiento jurídico, y que por tanto, tienen disposiciones de similares y muchas ocasiones inclusive idénticas.

¹⁷⁶ José Julio Benítez Astudillo, *La Vía Contenciosa en el Ecuador*, Quito, Material Inédito, 2003. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que “el recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular que inciden sobre un derecho subjetivo referente a personas individualizadas y determinadas (...)”, Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI, Nro. 5, p. 1379.

Ramiro Borja y Borja inscribe las nociones de constitucionalidad y legalidad en una noción más general a la que ha denominado de “regularidad” de las normas jurídicas. Establece que si para establecer esta regularidad se compara directamente con la Constitución, la regularidad o irregularidad resultante adopta el nombre de constitucionalidad o inconstitucionalidad. En cambio, si la comparación de la norma se hace directamente con la ley, la regularidad o irregularidad resultante se denominará legalidad o ilegalidad¹⁷⁷.

Hugo Ordóñez Espinosa, en su obra “La Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador” dice, al referirse a la inconstitucionalidad de los actos administrativos:

(...) b) Según el pensamiento que subyace en el numeral 2 del artículo 175, la irregularidad del acto administrativo puede ser de dos clases: 1. O el acto infringe una norma secundaria (ley, reglamento, ordenanza, acuerdo), o 2. El acto vulnera una norma constitucional. Si lo primero, procede que el acto sea impugnado mediante el recurso contencioso-administrativo, ya sea que este se manifieste como recurso de plena jurisdicción o subjetivo, ya sea que opere como recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder (artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Si lo segundo, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 175, el acto irregular sería atacable mediante la demanda de inconstitucionalidad.¹⁷⁸

Toda norma legal debe necesariamente tener como base a algún precepto constitucional, bien de forma directa, bien de forma indirecta, lo cual nos conduce a afirmar que toda ilegalidad –al menos toda ilegalidad material- que afecte a un acto administrativo, implica consecuentemente una inconstitucionalidad, pues toda violación de la ley afecta la Constitución.

Esta aseveración produce que en la práctica, se susciten casos en donde simultáneamente un acto es impugnable ante la jurisdicción contenciosa y ante la jurisdicción constitucional, produciéndose lo que Serra Cristóbal ha venido a denominar “la guerra de las Cortes”¹⁷⁹. No sólo que un acto administrativo puede ser objeto al mismo tiempo de un recurso contencioso y de una acción de inconstitucionalidad. Puede darse, y de hecho ya ha ocurrido, que simultáneamente un

¹⁷⁷ Ramiro Borja y Borja, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1950, p.629.

¹⁷⁸ Hugo Ordóñez, La Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador, Pudeleco Editores, Quito, 1997, p. 49. Se refiere al art. 175 de la Constitución vigente hasta el 10 de agosto de 1998.

¹⁷⁹ Rosario Serra Cristóbal, La guerra de las cortes, Tecnos, Madrid, 1999.

acto administrativo sea atacado por los recursos contencioso administrativos y por la vía de la acción de amparo, pues es lesivo de derechos subjetivos del administrado que son al propio tiempo derechos fundamentales consagrados en la Carta Suprema.

Se ha dicho que el criterio que debe seguirse para determinar la procedencia del recurso contencioso-administrativo (o contencioso-tributario), o de las demás fórmulas de control de constitucionalidad, sería la inmediatez del principio constitucional infringido. Sólo si el acto contradice materialmente y de forma inmediata y directa la Constitución, procede la acción de inconstitucionalidad. Cuando el acto viola o puede violar cualquier derecho consagrado en la Constitución y de modo inminente amenaza con causar un daño grave, corresponde iniciar una acción de amparo. De lo contrario, es decir, si contradice sólo de forma mediata la Constitución, o si adolece de vicios de forma –que como hemos señalado anteriormente, serán siempre vicios de ilegalidad-, cabe el recurso contencioso, mecanismo propio e idóneo para impugnar los actos administrativos irregulares.

Así, el Tribunal Constitucional ha dicho al respecto:

Que, en ocasiones ocurre lo que se conoce como violaciones indirectas a la Constitución, es decir, que la afectación realmente se produce contra legislación secundaria que se deriva de la norma suprema. No se debe olvidar que la Constitución es un cuerpo orgánico y dogmático, y por lo tanto, sus normas generalmente son desarrolladas en otras para que encuentren mejor aplicabilidad. De ahí, que las violaciones directas a los preceptos constitucionales ameriten la interposición de procesos constitucionales, pero no toda infracción a la Constitución significa que se puede demandar mediante tales procesos, sino que existen situaciones en que las demandas deben presentar ante otras vías previstas en el ordenamiento jurídico para proteger la ley, y en consecuencia, la Constitución; (...) El Órgano Constitucional, por su naturaleza, se constituye en un órgano de valoración jurídica entre el contenido de los actos en su relación directa con las normas constitucionales, o entre la legislación secundaria también de manera directa con aquellas;

En aplicación de este criterio vertido por el Tribunal Constitucional, deberíamos entender entonces que la existencia de un vicio de inconstitucionalidad –es decir de una violación directa de la Constitución- habrá de analizarse siempre en el caso concreto, correspondiendo esta facultad al

propio órgano de control, es decir, al Tribunal. Esto, sin embargo, significará que el administrado que impugne el acto por considerarlo inconstitucional, sin que lo sea, tendrá que esperar a que el Tribunal dicte su Resolución, perdiendo por el tiempo que esto significa, la posibilidad de impugnarlo por ilegal ante la jurisdicción contenciosa. Por ello, muchos administrados, temerosos de quedar en la indefensión, han preferido interponer simultáneamente acciones de inconstitucionalidad y juicios contenciosos. En otros supuestos han iniciado de igual forma, amparos paralelos a estos juicios contenciosos, pues no han logrado discernir con precisión si el derecho conculcado por el acto administrativo es un derecho fundamental, o si el acto en cuestión adolece de vicios de ilegalidad que le perjudican en sus derechos subjetivos, sin la inminencia del daño grave exigida por la Constitución para la procedencia de la acción de amparo.

Frente a la posibilidad de que coexistan vicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad en un mismo acto, el Tribunal Constitucional ha considerado que, al no existir ninguna obstrucción ni constitucional ni legal al propósito, es factible que se ejerzan simultáneamente acciones tendientes a combatir los primeros y los segundos. Así, ha resuelto que:

(...) en esta clase de procesos esta Magistratura ejerce control de constitucionalidad de actos administrativos, el que tiene un objeto específico: fiscalizar la regularidad constitucional de los actos administrativos. La interposición simultánea de otras acciones a través de las que se impugnen estos mismos actos no enerva ninguno de los procesos: de este modo, si se interpuso recurso contencioso administrativo y demanda de inconstitucionalidad, ninguna de las acciones se afecta, pues su objeto es distinto (control de legalidad el primero y de constitucionalidad el segundo)¹⁸⁰.

Respecto a la posibilidad de que coexistan acciones contencioso administrativas y amparos constitucionales, tampoco se ha encontrado reparos en la doctrina. Así, Zavala Egas ha considerado que:

Nada impide, no hay litis pendencia entre la acción de amparo y la acción contencioso administrativa ordinaria; aún más, lo que está prohibido es que sean sucesivos, doy un ejemplo: si escojo porque es optativo mío como actor, la acción preferente y sumaria del amparo, y me voy por el amparo y es desestimado mi amparo, puedo ir a la acción ordinaria sin ningún problema, no hay ni cosa juzgada, ni litispendencia; aún más, si resulta que el amparo en el Tribunal Constitucional se me alargó y me caducó el plazo

¹⁸⁰ Resolución No. 0011-2004-AA

para la acción contenciosa, no se interrumpe el plazo de caducidad por la propuesta de acción de amparo porque son simultáneos pero no sucesivos¹⁸¹.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no ha sido partidario de esta simultaneidad en cuanto se refiere a la acción de amparo y las acciones contenciosas, y ha establecido que “lo único que no ha sido aceptado, es que se utilice de manera concurrente la vía contencioso administrativa, como la vía constitucional”¹⁸².

No compartimos este criterio del Tribunal, sino que nos inclinamos por la opinión vertida por Zavala Egas. La posibilidad de que se sustancien simultáneamente acciones de inconstitucionalidad o de amparo, conjuntamente con acciones contencioso administrativas obedece, como bien lo señala Zavala Egas, al hecho de que entre unas y otras no existe litispendencia, pues se trata de acciones diferentes, con propósitos diferentes, entre las que ni siquiera existe identidad subjetiva, peor aún identidad objetiva. Como hemos mencionado con anterioridad, la acción contencioso administrativa se dirige propiamente contra el órgano o la autoridad de quien emanó el acto, mientras que la acción de inconstitucionalidad se dirige contra el acto mismo. Igual situación ocurre con la acción de amparo. En cuanto al objeto de estas acciones, mientras que la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto la suspensión de los efectos de un acto violatorio de la Constitución, el recurso contencioso administrativo pretende la anulación de un acto lesivo de los derechos subjetivos del administrado, y el amparo, en cambio, la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en tratados internacionales, y que de modo inminente amenace con causar un daño grave.

¹⁸¹ Jorge Zavala Egas, Op. Cit, p. 121. Pese a lo acotado por Zavala Egas, opinión con la que coincidimos por considerar que la acción de amparo es totalmente independiente y distinta de las acciones contencioso administrativas, el Tribunal Constitucional mediante Resolución 0771-2004-RA, ha resuelto que “haber presentado su reclamo por la vía del amparo constitucional con fecha 29 de junio del 2004, y ser la última providencia No. 138-2004 dictada por la autoridad de fecha 31 de mayo del 2004, se entiende que se ha suspendido el decurrimiento de la caducidad prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que, está en su derecho de concurrir ante esta jurisdicción para incoar una acción de impugnación del acto administrativo negativo”.

¹⁸² Resolución 134-RA-99-I.S.

Ahora bien, admitida la simultaneidad de estas acciones, cabe preguntarse qué ocurre cuándo la Resolución del Tribunal Constitucional y la sentencia de la justicia contencioso administrativa resultan contradictorias. Hemos dejado sentado que la pretensión en una y otra acción es diferente, pero puede ocurrir que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional concluya que ha existido violación grave e inminente de un derecho fundamental, suspendiendo los efectos del acto, y que el tribunal de lo contencioso administrativo o fiscal juzgue que el acto es legal y que no viola derecho alguno, dejándolo con vida jurídica. Habremos de entender en este caso, junto con Zavala Egas, que si bien esta es una de las cosas más complejas que puede ocurrir al confrontar control de constitucionalidad y control de legalidad¹⁸³, lo que ocurrirá es que el acto seguirá considerándose como legal, pero no tendrá efectos, pues el dictamen constitucional así lo ha dispuesto. En el caso contrario, es decir, si el Tribunal no admite la acción de amparo por no encontrar un daño inminente y grave a un derecho fundamental, mientras que el contencioso anula el acto, no se suscita problema alguno. Si la Resolución del Tribunal Constitucional es anterior, y la del tribunal posterior, simplemente el acto desaparece con posterioridad al dictamen constitucional. En el caso de que primero se obtenga una sentencia del contencioso, entonces cabría desistir del amparo, pues el acto ha dejado de existir¹⁸⁴.

Lo que si deben tener claro tanto los administrados como los órganos competentes para fallar en unas y otras acciones, es que la competencia para conocer de la acción directa de inconstitucionalidad es privativa del Tribunal Constitucional, como también es privativa de la justicia contencioso administrativa la de conocer los recursos subjetivos o de plena jurisdicción. También deberán tener en claro que dentro de una acción contencioso administrativa no cabe conceder un amparo, por más que se identifique que el derecho violado es un derecho consagrado en la Constitución, amenazado de forma grave e inminente; como tampoco podrá dentro de un amparo

¹⁸³ Jorge Zavala Egas, Op. Cit., p. 134.

¹⁸⁴ Lo ideal sería que la acción de amparo sea anterior a la acción contenciosa, que sea lo suficientemente sumaria como para que efectivamente su resolución se emita antes de que caduque el plazo para presentar el recurso subjetivo o de plena jurisdicción correspondiente, pues el amparo al suspender los efectos del acto ilegítimo, deja en cierta forma pendientes las cosas hasta que los tribunales competentes se pronuncien sobre la legalidad del acto. Lo que sucede en la práctica es que los jueces no cumplen con los plazos establecidos en la Ley de Control Constitucional, y la mayor parte de amparos son apelados además ante el Tribunal Constitucional (pues el Tribunal ha decidido que todos los casos son de apelación). Este organismo, luego de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que prescribía la sanción en caso de que no resolviera la apelación en el plazo de 10 días, tampoco respeta los plazos, con lo cual, los amparos suelen prolongarse por encima de los 90 días que tiene el administrado para iniciar el recurso subjetivo de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

analizarse la legalidad del acto y ordenar su anulación, pretensión que sólo puede ser objeto del recurso subjetivo¹⁸⁵. En este último punto tendrán que ser muy cuidadosos los tribunales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal, que tienen competencia tanto para conocer de las acciones de impugnación de los actos administrativos, como para conocer en primera instancia de las acciones de amparo.

Nada de lo antedicho obsta, sin embargo, para que un recurso subjetivo o de plena jurisdicción, sea en materia administrativa general o en materia administrativa especial como la tributaria, pueda ser fundado en la violación de preceptos constitucionales, pues como hemos dicho, ocurre casi siempre que la violación de la ley conlleva la violación de la Constitución. Lo único que significa es que cada órgano tiene su competencia, y que la misma debe ser respetada, so pena de incurrir en nulidades que acarrearán pérdida de tiempo no sólo para los administrados, que ven obstruido su derecho a recibir una pronta administración de justicia, sino para los propios órganos judiciales que desperdician su tiempo y dejan de lado su ya suficientemente acumulado trabajo.

En un fallo de triple reiteración¹⁸⁶ de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia ha distinguido entre ilegalidad e inconstitucionalidad. Esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que cuando se alega la inconstitucionalidad de una norma tributaria, cualquiera que fuere ésta, la competencia para conocer de ella la tiene exclusivamente el Tribunal Constitucional. De igual modo, ha considerado que cuando en un mismo caso confluyen ilegalidad e inconstitucionalidad, la competencia se radica en el propio Tribunal Constitucional. Así:

Corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional conocer aquéllos que conciernen a la inconstitucionalidad de las normas y de los actos administrativos (art. 276 numerales 1 y 2 de la Constitución). En el orden tributario, corresponde a los tribunales distritales de lo fiscal conocer de aquéllos que se refieren a la ilegalidad de reglamentos, ordenanzas y resoluciones o circulares de carácter general (art. 234 numerales 1 y 2 del Código Tributario). (...) Sin embargo de ello, es de advertir que en

¹⁸⁵ Sobre el tema, en una acción de amparo el Tribunal Constitucional ha dicho: "Debemos saber distinguir aquello que involucra la materia constitucional de lo que se somete a la legalidad. En el primer caso, es decir la materia constitucional, existirá cuando de manera directa e inmediata se apliquen los preceptos constitucionales, o cuando se halle inmersa el respecto al contenido de un derecho fundamental, por el contrario, si la violación es directa e inmediata a una norma de rango legal no existirán aspectos constitucionales, y por ende el asunto es de competencia de quienes el ordenamiento jurídico confía el control de la legalidad." Resolución 0341-2004-RA.

¹⁸⁶ Se han expedido algunos fallos en igual sentido: 1-94, 30-94, 57-94, 03-1995, 42-1996, 80-2000, 124-2001, 40-2002, 9-2003-

ciertos casos la ilegalidad viene aparejada con la inconstitucionalidad de las normas ante lo cual la competencia para conocer de la impugnación se radica en el Tribunal Constitucional. (...) En la demanda se impugna la Resolución 004 indicada por considerarla inconstitucional y por considerarla ilegal. Así se desprende los ítems 1ro y 2do que obran en ella, fs. 2 vta. a 4 de los autos. Esta acumulación es improcedente por cuanto la inconstitucionalidad puede ser reconocida exclusivamente por el Tribunal Constitucional, según queda antes manifestado¹⁸⁷.

A partir de la Constitución Política del Ecuador, correspondía al Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy al Tribunal Constitucional, conocer de las demandas en contra, entre otros casos, de decretos inconstitucionales por la forma o por el fondo y suspender su vigencia. Así consta en el artículo 146 numeral 1° de la Constitución Política, publicada en el Registro Oficial No. 183 de 5 de mayo de 1993, vigente cuando se propuso la demanda, 3 de mayo de 1995; y en el artículo 175 numeral 1° de la Codificación publicada en el Registro Oficial 969 de 18 de junio de 1996, vigente cuando se expidió la sentencia recurrida, 25 de junio del mismo año. (...) No cabe y sería absurdo sustentar que el Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy el Tribunal Constitucional, tenga competencia para suspender la vigencia de decretos inconstitucionales por la forma o por el fondo; y que al propio tiempo, los tribunales distritales de lo fiscal, tengan la suya para, igualmente por inconstitucionales, anular, con efectos generales, decretos, u otras normas de valor semejante. Es evidente, por tanto, que los tribunales distritales de lo fiscal, a partir de la expedición de la Constitución Política, no tienen competencia para conocer demandas de inconstitucionalidad como la planteada (...) ¹⁸⁸.

El juez no puede conocer de recursos de inconstitucionalidad en contra de normas o actos administrativos de conformidad con el art. 276 de la Constitución. Esa facultad es exclusiva del Tribunal Constitucional. La acción alternativa de ilegalidad y anulación que obra en la pretensión no puede considerarse independiente de la inconstitucionalidad alegada. Si bien el Tribunal de lo Fiscal N° 3 tenía y tiene facultad para conocer de las impugnaciones en contra de reglamentos o similares, según queda mencionado, puede únicamente pronunciarse sobre su ilegalidad, mas no sobre su inconstitucionalidad. ¹⁸⁹

Quizás lo más interesante de esta jurisprudencia constituye la aseveración de que en caso de confluir ilegalidad e inconstitucionalidad, la competencia corresponde al Tribunal Constitucional. Cabría aquí una breve precisión: si el acto es ilegal pero presenta violaciones constitucionales, no vemos porqué la justicia contenciosa deba abstenerse de fallar. Efectivamente, como se resolvió en el caso 42-1996, procede el recurso contencioso, y “dicha acción puede fundamentarse en la violación de normas constitucionales”¹⁹⁰. Cosa muy distinta es que la pretensión del administrado

¹⁸⁷ Recurso 40-2002, Registro Oficial 435 de 5 de octubre del 2004.

¹⁸⁸ Recurso No. 42-96, Registro Oficial 395 de 27 de abril de 1998.

¹⁸⁹ Recurso No. 124-2001, Registro Oficial 435 de 5 de octubre del 2004.

¹⁹⁰ Recurso No. 03-95, Registro Oficial 270 de 6 de marzo de 1998. Así también se pronunció en el Recurso No. 42-96, Gaceta Judicial, Año XXVIII, Serie XVI, No. 13, p. 3670

sea la declaratoria de inconstitucionalidad, en cuyo caso el juez contencioso deberá inadmitir de plano la demanda, por no ser competente para conocer de ella¹⁹¹.

Lo antedicho tampoco significa que el juez contencioso administrativo o contencioso tributario se vea privados de inaplicar un acto administrativo por encontrar una norma constitucional contraria en su contenido. Sólo significa que habiéndose iniciado el recurso subjetivo correspondiente, siendo la pretensión principal de esta acción la anulación del acto, éste es el camino más apropiado, pues sus efectos son más contundentes que los de esta facultad comprendida en el art. 273 de la Carta Suprema, al retirar el acto definitivamente del mundo jurídico.

Ahora bien, en esta misma línea, se entiende que si la justicia contenciosa no es competente para conocer de la inconstitucionalidad, tampoco el Tribunal Constitucional, es competente para controlar la legalidad de los actos¹⁹². Así, sobre el tema el Tribunal Constitucional ha señalado que:

no es competencia de esta Magistratura el análisis de legalidad del acto impugnado, asunto que, en cambio, sí correspondía al Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 141, N° 2, CE codificación de 1984). En definitiva, para que sea procedente la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo, la demanda se debe sustentar en la violación de disposiciones constitucionales (no legales ni reglamentarias). En este sentido, y como ya se ha señalado, la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo no tiene por finalidad determinar la legalidad de los actos impugnados, pues para ello se prevén los recursos contenciosos administrativos (subjetivo o de plena jurisdicción y objetivo o de anulación, según los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)¹⁹³.

El Tribunal Constitucional tiene competencia para el control de la constitucionalidad y para tutelar derechos fundamentales, esto es, para asuntos en los cuales pueda existir una infracción directa e inmediata de los preceptos de la Constitución de la República o la violación del núcleo esencial de un derecho fundamental. Por el contrario, no es competente para conocer de cuestiones de legalidad, esto es, para aquellas en las cuales la infracción se descubre, de modo directo e inmediato, respecto de una disposición de rango legal o reglamentario¹⁹⁴.

¹⁹¹ En el Recurso 9-2003, el actor impugnó un acto por violar los principios de igualdad, generalidad y proporcionalidad contenidos en el art. 256 de la Constitución. En ese caso, la Sala de lo Fiscal resolvió en el sentido de que estos principios son aspectos que incumben exclusivamente al fuero del Tribunal Constitucional, Registro Oficial 426 de 23 de septiembre del 2004.

¹⁹² En la Resolución 0087-2004-HD, ha dicho, respecto del hábeas data: "Que, a diferencia de lo que señala el accionado, al sostener la legalidad de los actos administrativos, mediante el hábeas data no se analiza la legitimidad, legalidad o constitucionalidad de actos de autoridad pública, sino que se garantiza el acceso a la información referida al peticionario o sobre sus bienes."

¹⁹³ Resoluciones No. 0020-2003-AA, 0008-2004-AA, 0011-2004-AA. Similar pronunciamiento consta en las Resoluciones 016-2001-AA y 022-2003-AA.

¹⁹⁴ Resolución 0495-2004-RA.

En esta misma línea pensamiento, el Tribunal Constitucional ha considerado que existen asuntos que son de legalidad, y por ende, de competencia exclusiva de la justicia ordinaria. Así:

(...) el Pleno del Tribunal Constitucional estableció que esos asuntos (los que tienen que ver con el registro y propiedad de una marca) es un asunto de legalidad (lo que se comparte en este fallo) y que la solución de una controversia de esta clase es materia de conocimiento de la justicia ordinaria, puntualmente de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁹⁵.

Que, por regla general, las destituciones de los funcionarios públicos deben reclamarse en la vía contencioso administrativa, resultando extraño que ellas empiecen a demandarse mediante acciones de inconstitucionalidad, puesto que el Tribunal Constitucional pasaría a convertirse en un órgano de solución de conflictos contencioso administrativos y ese no es el objetivo que persigue la Constitución.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido que tampoco procede conocer, dentro de una acción de amparo, de asuntos atinentes a la legalidad¹⁹⁶. Así, ha sostenido:

SEPTIMO.- El Tribunal Constitucional no entra a desentrañar el sustento técnico que sirvió de fundamento para proferir tal resolución municipal; en lo fundamental, el Tribunal no ejerce control de legalidad en los procesos administrativos, de allí que no se pueda adoptar al instituto del amparo como instancia que juzgar la legalidad, ello es materia de conocimiento y resolución de la justicia ordinaria, concretamente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al cual se puede recurrir para impugnar un acto administrativo (..)¹⁹⁷

El requisito para la impugnación por medio de amparo constitucional estaría dado por la materia, que propiamente debe ser constitucional y de tutela de derechos fundamentales, sin que se admitan pretensiones que busquen el control de legalidad, pues para ello carece de competencia la justicia constitucional. **SEPTIMO.-** En la especie, el reglamento impugnado no vulnera derecho constitucional alguno, y si los demandantes protestan por su ilegalidad, deben acudir a las instancias pertinentes¹⁹⁸.

Lo expuesto va de la mano con lo expresado por Morales, para quien, en la acción de amparo lo que debe analizarse es solamente la legitimidad del acto, nunca su legalidad¹⁹⁹. También va de la mano con lo señalado por Zavala Egas, para quien “basta que un juez tenga que analizar la legalidad para que no sea objeto de amparo”²⁰⁰.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ A diferencia de lo que ocurre en Bolivia, donde el art. 19 de la Constitución expresamente dispone que “se establece el recurso de amparo contra los actos **ilegales** o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes.” (La negrilla es nuestra).

¹⁹⁷ Resolución 0771-2004-RA

¹⁹⁸ Resolución 0821-2003-RA.

¹⁹⁹ Marco Morales, Mesa Redonda, Los Actos Administrativos en el Amparo, Op. Cit., p. 129.

²⁰⁰ Jorge Zavala Egas, Op. Cit., p. 121.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Ecuador ha procurado en las últimas décadas consolidar una democracia constitucional donde el respeto a los derechos fundamentales sea la piedra angular del ordenamiento jurídico y de la actuación de los órganos estatales. Al efecto, expidió en 1998 una Constitución que, pese a las innumerables críticas de la que ha sido objeto, al menos en su parte dogmática recoge innovadores adelantos en materia de derechos humanos y garantías. Sin embargo, aún no ha conseguido contar con un cuerpo constitucional sólido, donde el ejercicio del poder se encuentre estructurado de modo que no existan rupturas en las diferentes funciones del Estado, y donde esos derechos y garantías encuentren mecanismos óptimos y adecuados a fin de que no sigan siendo sólo meros enunciados.

El sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos constituye uno de esos aspectos en los cuales nuestra Constitución presenta aún severas falencias. Podríamos decir que esta forma de control, pese a tener ya casi diez años de existencia, se encuentra aún en proceso de experimentación. Como se ha evidenciado a lo largo de este trabajo, todavía queda camino por recorrer, sobre todo a nivel jurisprudencial, para conseguir que cada una de las fórmulas que hemos analizado sean entendidas y utilizadas adecuadamente por los administrados y sean ejercidas correctamente por funcionarios administrativos, jueces y tribunales.

En primer lugar debemos afirmar que el sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos en nuestro país es desordenado y enredado, en gran medida debido a las imprecisiones conceptuales en que incurrió primero la Ley de Reformas a la Constitución de 16 de enero de 1996, y luego, la actual Constitución. Luego de haber realizado este estudio, no nos sorprende que el legislador y el constituyente hayan caído en esas vaguedades. Durante la reforma de 1996, el tema del control de la constitucionalidad, pese a su enorme importancia y su gran incidencia, tuvo un papel absolutamente secundario. Fue relegado para discutir temas aparentemente más importantes por su connotación política, como el sistema de la seguridad social, o la prohibición

de realizar huelgas en el sector público. Pero además se vio opacado porque la discusión de los legisladores se centró sobre los aspectos de forma, como quién debería conformar el Tribunal Constitucional, y cuál debería ser su período, antes que sobre los aspectos de fondo que como hemos visto, son los que presentan las falencias más graves.

Sin embargo, no todos los errores en la estructuración de este sistema de control pueden ser atribuidos a las reformas de 1996. Sin duda gran parte de la culpa la tienen también los legisladores, pero por haber aprobado una Ley del Control Constitucional que cae en graves incorrecciones conceptuales, tales como definir al amparo como un recurso, o como incorporar a los simples actos en el concepto de acto administrativo. Esta Ley debió constituir una oportunidad para desarrollar y refinar el texto constitucional, y como reclamaron muchos legisladores en su momento, debió haber servido justamente para delinear los aspectos formales de los procesos constitucionales que, por su naturaleza, nunca debieron haber figurado en el texto constitucional, sino en la ley. Por el contrario, la Ley de Control Constitucional no sólo que no contribuyó a aclarar las disposiciones constitucionales sobre el tema, sino que creó más confusión, y a la postre terminó por convertirse en un triste vestigio de las reformas de 1996, que continúa abriendo la puerta a dudas sobre el alcance de las diferentes instituciones allí tratadas. De ahí que sea apremiante la necesidad de su reforma.

También tienen culpa de estas imprecisiones los constituyentes de 1998, que al apuro y sin discutir de ninguna manera el alcance de tal decisión, incorporaron prácticamente sin modificaciones el texto de las reformas aprobadas en 1996 en cuanto se refiere al control de constitucionalidad de los actos administrativos. Es que no sólo los legisladores se dejaron seducir por temas más polémicos. Los constituyentes también perdieron su tema discuriendo sobre asuntos meramente formales, y no alcanzaron ni siquiera a inquietarse por los problemas de fondo que una nueva Constitución estaba llamada a resolver, como el de la inconstitucionalidad de los actos administrativos.

Pero el tema no puede quedar ahí, pues existen otros vacíos en nuestra legislación que también inciden en la problemática. Debemos recordar que ni siquiera contamos en nuestro ordenamiento con una definición legal de acto administrativo que nos permita discernir a qué exactamente nos referimos cuando hablamos de control de constitucionalidad de estos actos. Hemos señalado que la expresión acto administrativo debe ser tomada con extrema cautela, pues en materia constitucional actualmente no significa lo mismo que en la teoría general del derecho administrativo. La Ley de Control Constitucional, por ejemplo, ha incluido en esta terminología a los simples actos cuando se trata de la acción de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha delineado su propia noción de acto administrativo en cuanto se refiere a la acción de amparo constitucional, excluyendo, por ejemplo, a los actos de gobierno. Consideramos que es indispensable estandarizar la noción de acto administrativo, para que bajo esta denominación se entienda lo mismo en materia constitucional y en materia contencioso administrativa. Al efecto podría introducirse una misma definición en la Ley de Control Constitucional. Pero también podría aprovecharse la coyuntura, e introducir de una vez por todas una buena definición de acto administrativo en el Anteproyecto de Código Orgánico de Régimen y Procedimientos Administrativos, que está en proceso de discusión²⁰¹, derogando a la par el art. 24 de la Ley de Control Constitucional. Ello evitaría definitivamente que se confundan actos administrativos, con actos de simple administración, hechos administrativos, y contratos administrativos. Disiparía así mismo cualquier duda que pueda existir respecto a las diferencias entre actos administrativos y actos normativos (reglamentos, resoluciones, circulares, de carácter general). También ayudaría a que los funcionarios administrativos conozcan sus límites al momento de expedir unos y otros. Pero sobre todo despejaría el panorama para los administrados, que podrían estar al tanto de los arbitrios de los que disponen a fin de impugnarlos.

²⁰¹ En este sentido, en el Borrador del Proyecto de Código Orgánico de Régimen y Procedimientos Administrativos, art. 70, se ha introducido una definición de acto administrativo con la que no coincidimos: “es acto administrativo toda declaración unilateral de voluntad de las administraciones públicas que pone fin a un procedimiento administrativo o que hace imposible su continuación”, en Juan Pablo Aguilar, Borrador del Proyecto de Código Orgánico de Régimen y Procedimientos Administrativos, Quito, Fundación HLS, USAID y Fundación Lexis, 2004.

Una vez estructurado el concepto de acto administrativo, será necesario replantearse cada uno de los métodos de control que han adoptado la Constitución y la Ley, y hacer algunas reformas, unas constitucionales, otras legales, que permitan contar con un sistema realmente efectivo, eficiente y rápido de control de estos actos.

Hemos dicho que nuestra Constitución ha debido crear mecanismos de control de constitucionalidad de los actos administrativos pues no siempre se cumple en el ejercicio de la función pública el postulado de la supremacía constitucional contenido en los arts. 18 y 273 de la Carta Suprema, como tampoco se observa el principio de legalidad al que se refiere el art. 119. Efectivamente, si el Estado a través de sus órganos e instituciones haría prevalecer la Constitución Política, si se cumpliera el mandato de cumplir y hacer cumplir la Constitución, sus derechos y garantías, tanto en lo formal como en lo material, ni la inaplicabilidad, ni la acción de constitucionalidad, ni el amparo, y mucho menos aún el control de legalidad, tendrían razón de ser. Por eso resulta necesario reforzar la concepción de que todos estos funcionarios son los primeros llamados a aplicar y hacer cumplir la Constitución. Y para ello, consideramos que además de una tarea educativa, que coadyuve a cambiar la forma de pensar y de actuar de estos funcionarios, es prudente prever procedimientos y sanciones en contra de aquéllos que no apliquen la Constitución, o que dejen subsistentes actos administrativos manifiestamente inconstitucionales. También es importante promover entre los administrados y sobre todo, entre los abogados, una cultura de constitucionalidad, que lleve a que en las acciones y recursos que intenten, soliciten siempre la aplicación de la normativa constitucional por encima de los actos administrativos que conculquen uno o más de sus preceptos.

Respecto de la acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos contemplada en el art. 276 # 2, debemos concluir que es una innovación de nuestra Carta Suprema. No se conocen ordenamientos ni Constituciones que prevean disposiciones similares específicas para los actos administrativos. Tampoco se conoce que en otros países este control haya sido diseñado en términos

similares al control que se ejerce sobre leyes y actos normativos, confiriendo competencia para conocer de él al mismo órgano de control concentrado, el Tribunal Constitucional. Como se ha referido en este estudio, lo que sucede en otros ordenamientos, con una experiencia y una tradición procesal constitucional mucho más amplia y más sólida que la ecuatoriana, es que los actos administrativos son sometidos o bien solamente al control de legalidad, o bien a este control y paralelamente a una justicia protectora de los derechos fundamentales plasmada en instituciones similares al amparo. Cabría preguntarse porqué estos ordenamientos no ha considerado pertinente ampliar el espectro de la acción de inconstitucionalidad a los actos administrativos, y sopesar estas razones con las que tuvo nuestro legislador para crear esta figura. En lo personal consideramos que la acción del art. 276 # 2, tal y como se encuentra concebida, no es una institución que realmente coadyuve a preservar la constitucionalidad de la actuación administrativa. O bien se la reforma para que efectivamente sirva para combatir los vicios de inconstitucionalidad que se presentan en los actos administrativos, o bien se la suprime, y se devuelve a la justicia contencioso tributaria la posibilidad de dejar sin efecto actos administrativos que vulneren la Constitución.

Debemos mencionar que desde las reformas de 1996, pocos han sido los casos en que se han iniciado acciones de inconstitucionalidad contra actos administrativos, y escasos también han sido los supuestos en que efectivamente se ha llegado a su declaratoria. Ello obedece a que el control de constitucionalidad de los actos administrativos entraña mayor dificultad que el control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos, pues supone un nivel adicional de control, que es precisamente el de las leyes. Pero también deriva de otros problemas con los que cuenta el actual diseño de esta acción.

En primer lugar, la legitimación activa para la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos excluye –absurdamente- tanto a la administración que los dicta como al administrado que recibe sus efectos, y exige incomprensiblemente, la comparecencia de mil ciudadanos o en su defecto, el informe del Defensor del Pueblo, cuando ni los primeros ni el

segundo son sujetos interesados ni perjudicados por el acto administrativo impugnado. Sería pertinente promover una reforma de modo que su iniciativa pueda corresponder exclusivamente a la administración que los dictó y al particular afectado con prescindencia de otros actores.

En segundo lugar, los administrados no tienen seguridad en los efectos reales que tiene la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos. Actualmente podemos afirmar que esta declaratoria retira al acto en cuestión del mundo jurídico, por lo cual, debe entenderse que sus efectos se retrotraen. Mas sería aconsejable que este particular quede consagrado en la letra de la ley de modo que no exista lugar para interpretaciones en contrario. Hoy en día el Tribunal Constitucional no tiene facultad expresa para dictar un nuevo acto administrativo, y tan sólo puede sugerir a la administración que adopte medidas para conseguir el respeto a la Constitución. Si se decide preservar esta figura, es necesario que en la ley se confieran al Tribunal Constitucional facultades que permitan obtener de la administración un determinado comportamiento, y que le autoricen a entrar a actuar a favor del administrado cuando la administración definitivamente no adopta los remedios necesarios al efecto.

En tercer lugar, ni la Constitución ni la Ley de Control Constitucional dejan expresa constancia de que no procede la declaratoria de inconstitucionalidad por la forma de actos administrativos, pues su proceso de creación, formación y expedición no se encuentra prescrito en la Constitución, sino en la ley o en actos normativos de inferior jerarquía. Por eso es imprescindible que se clarifique que cabe únicamente la inconstitucionalidad por el fondo o material, siempre que se evidencie que el acto administrativo presenta vicios de inconstitucionalidad, es decir, que su contenido viola de forma directa e inmediata un precepto constitucional.

Hemos señalado también que no cabe que en una acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la ilegalidad de un acto administrativo, como tampoco cabe que en un recurso contencioso la jurisdicción contencioso administrativa dictamine su

inconstitucionalidad. Efectivamente, el ámbito de competencia de uno y otro órgano se encuentra delimitado en la Constitución y la ley, y la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema han confirmado esta delimitación, lo que deberán seguir haciendo en sus resoluciones y sentencias

En cuanto se refiere al amparo constitucional, debemos mencionar que esta fórmula no ha sido concebida en nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como una acción residual, tendiente a combatir los efectos de un acto administrativo lesivo cuando no existan otros remedios previstos al intento. El amparo es una acción autónoma e independiente, de carácter cautelar, en la que el Juez únicamente se encuentra autorizado a suspender los efectos de un acto administrativo ilegítimo que viole o amenace con violar un derecho fundamental, causando un daño grave de forma inminente.

La acción de amparo no fue ideada y por ende, no debe servir para reemplazar a la justicia contencioso administrativa. No puede entenderse al amparo como un sistema judicial paralelo. Se trata de una acción diferente, con un objetivo diferente, y así tendremos que entenderlo administrados y abogados. Si existen las acciones ordinarias, específicas para atacar la ilegalidad y vulneración de derechos subjetivos, debe acudir a ellas, recordando siempre que la acción de amparo, por ser cautelar, nunca es definitiva, tan sólo suspende los efectos del acto, impide que se consagre la ilegalidad, pero no confiere al administrado la seguridad de una decisión definitiva como sí ocurre con las sentencias proferidas en la jurisdicción contencioso administrativa.

No es materia del amparo analizar la legalidad del acto administrativo. En esta línea, debemos admitir que un acto puede ser legal, y sin embargo, violentar un derecho fundamental. En tal virtud, es posible que exista una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o de lo Fiscal que acepte la legalidad de un acto administrativo, y paralelamente puede existir una

resolución de un juez o del Tribunal Constitucional, que acepte el amparo y suspenda los efectos lesivos del mismo acto administrativo.

No existen normas que prohíban que simultáneamente se deduzcan acciones constitucionales –de inconstitucionalidad o de amparo constitucional- y acciones contenciosas tendientes a realizar un control de legalidad. Tampoco existen normas que establezcan que la presentación de un acción de amparo interrumpe el término para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. El control de constitucionalidad es diferente e independiente del control de legalidad, y así habrá de entenderse no sólo para efectos de determinar la competencia para conocer de uno y otro, sino también para comprender sus efectos.

Siempre corresponderá al administrado y a su abogado determinar cuál es la acción más propicia a efectos de salvaguardar sus derechos afectados por la existencia de un acto administrativo violatorio del ordenamiento jurídico positivo. El método más idóneo para controlar la constitucionalidad de un acto administrativo dependerá siempre del vicio de que adolezca. Sólo si el acto contradice materialmente y de forma inmediata y directa la Constitución, procede la acción de inconstitucionalidad. Cuando el acto viola o puede violar cualquier derecho consagrado en la Constitución y de modo inminente amenaza con causar un daño grave, corresponde iniciar una acción de amparo. De lo contrario, es decir, si contradice sólo de forma mediata la Constitución, o si adolece de vicios de forma –que como hemos señalado anteriormente, serán siempre vicios de ilegalidad-, cabe el recurso contencioso, mecanismo propio e idóneo para impugnar los actos administrativos irregulares.

La pertinencia de otra y acción hasta la fecha ha venido siendo juzgada desde un punto de vista eminentemente práctico, mas no jurídico. Aunque no consideramos que este sea el criterio más apropiado a seguir al momento de escoger el camino a seguir para controlar la constitucionalidad del acto administrativo, creemos que el tema merece ciertos comentarios. Debemos recordar en un

primer momento, que mientras la acción de constitucionalidad de los actos administrativos es imprescriptible, el recurso contencioso administrativo debe ser presentado dentro del término prescrito por la ley. Si han transcurrido más de 90 días desde la notificación con el acto administrativo, evidentemente ha caducado la facultad de comparecer ante la justicia contencioso tributaria. Pero eso no significa que el acto administrativo no haber sido y continuar siendo conculcatorio de derechos fundamentales. En ese caso, quedaría siempre la posibilidad de interponer una acción de amparo para suspender sus efectos, e intentar la acción de inconstitucionalidad para dejarlo sin vigor definitivamente.

Frente a equivocaciones que surjan en la práctica, serán siempre los jueces –el Tribunal Constitucional, por una parte, y los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, así como las Salas Especializadas, por otra- a quienes corresponderá rectificarlas y encaminar las acciones por sus cauces respectivos. Los órganos judiciales deberán ser muy cuidadosos para evitar incurrir en errores que los lleven a atribuirse competencias que no les han sido conferidas por la Constitución y/o la ley.

Como colofón de lo expuesto, queremos señalar que como se ha evidenciado a lo largo de esta tesina, no basta con haber diseñado un sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos aparentemente más completo que el de otros países, con más remedios y más garantías para los administrados. El Estado de constitucionalidad no se consigue por el sólo hecho de contar con normas y mecanismos que pretendan consagrarlo. Es necesario que los administrados, pero sobre todo los jueces a través de sus fallos y resoluciones, empiecen a hacer de estas normas un derecho vivo, un derecho vivificado, y eso sólo será posible en cuanto se delimiten y diferencien cabalmente los arbitrios de los que se encuentran investidos, y hagan un uso responsable y sensato de ellos, para conseguir la tutela efectiva de los intereses de todos los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar, Juan Pablo, Borrador del Proyecto de Código Orgánico de Régimen y Procedimientos Administrativos, Quito, Fundación HLS, USAID y Fundación Lexis, 2004.
- Bazán, Víctor, coord., Desafíos del Control de Constitucionalidad, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Benítez Astudillo, José Julio, La Vía Contenciosa en el Ecuador, Quito, Material Inédito, 2003.
- Borja y Borja, Ramiro, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1950.
- Chamorro Pepinosa, Diego, La inconstitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador, Tesis previa a la obtención del título de Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2004.
- Comisión Andina de Juristas, La Constitución de 1993: análisis y comentarios III, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996.
- Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Guía de Litigio Constitucional, Quito, CLD, 2001.
- Courtis, Christian, comp. Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Cueva Carrión, Luis, El Amparo, Quito, Impreseñal, 1998.
- Dermizaky, Pablo, Derecho Constitucional, Cuarta Edición, Cochabamba, Ediciones J.V., 1998.
- D.M.S. Ediciones Jurídicas, comp., Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencias Completas 1992-2003, Bogotá, 2004.
- Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- Dromi, Roberto, El acto administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Dromi, Roberto, Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1973
- Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la Sentencia Marbury vs. Madison”, Revista Peruana de Derecho Constitucional, Tribunal Constitucional de Perú, (Lima), s/n, (1999): 639-665.
- Fernández Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo, México, Mc. Graw Hill, 1998.
- Fiorini, Bartolomé, Teoría Jurídica del Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s/f.
- García Belaunde, Domingo, Cómo estudiar derecho constitucional, 3ra ed., Lima, Editorial Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2000.
- García Belaúnde, Domingo, El Amparo contra Resoluciones Judiciales, en Lecturas sobre Temas Constitucionales, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 1992.

- García Trevijano, José Antonio, Los Actos Administrativos, Civitas, Madrid, 1986.
- Gómez, Miguel, Proceso de control constitucional en Colombia, Bogotá, Editorial Pujaveriana, 1988.
- Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho: introducción a la génesis del derecho, 3ra. ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963.
- Kelsen, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución, Tecnos?, Madrid, 1995.
- Maizal, Héctor, Control judicial de la administración pública, Buenos Aires, Desalma, 1984.
- Naranjo Mesa, Vladimiro, Teoría constitucional e instituciones políticas, Bogotá, Temis, Tercera Edición, 1990.
- Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- Obleitas Pobrete, Enrique, Recurso de Amparo Constitucional, La Paz, Ediciones Populares Camarlinghi, 1979.
- Ordoñez Hugo, Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador, Quito, Pudeleco Editores, 1995.
- Ordoñez, Hugo, La Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador, Quito, Pudeleco Editores, 1997.
- Parra Quijano, Jaime, “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de Casación”, Anuario de Derecho Constitucional, coordinado por Eduardo Montealegre, Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Dayán, Alberto, Teoría General del acto administrativo, México, Porrúa, 2003.
- Ponce Martínez, Alejandro, “Naturaleza de la Acción de Amparo”, Revista Jurídica Ruptura (Quito), 43, (2000): 33-48.
- Projusticia, Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo. Memorias del Seminario de Derecho Constitucional Comparado, Quito, Projusticia y Coriem, 1998.
- Rojas Arbeláez, Gabriel, El Espíritu del Derecho Administrativo, Bogotá, Temis, 1985.
- Royo Villanova, Antonio, Elementos de Derecho Administrativo, Valladolid, 1955.
- Sagüés, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- Secaira Durango, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Schmitt, Carl, La defensa de la Constitución, Madrid, Tecnos, 1998
- Serra Cristóbal, Rosario, La guerra de las cortes, Madrid, Tecnos, 1999.
- Solá, Juan Vicente, Control judicial de constitucionalidad, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

Tócora, Luís Fernando, Control Constitucional y Derechos Humanos, Ediciones Librería del Profesional.

Torres, Luis Fernando, El control de constitucionalidad, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987.

Torres, Luis Fernando, Legitimidad de la justicia constitucional, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003.

Tribunal Constitucional, Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Quito, Tribunal Constitucional, 1999.

Troya Jaramillo, José Vicente, El Contencioso-Tributario en el Ecuador, Material inédito, Junio, 2002.

Troya Jaramillo, José Vicente, “La Consulta Tributaria en el Ecuador”, Revista Latinoamericana de Derecho Tributario, (Madrid), Marcial Pons (1996).

Wray, Alberto et. al., Derecho Procesal Constitucional, Quito, Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, Projusticia y Banco Mundial, 2002.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “Las facultades discrecionales de la Administración”, Online. 10-09-2005. En www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/DConstitucional

Cevallos Bueno, Oswaldo, “Vinculatoriedad de las Sentencias Constitucionales y su Incidencia en el Estado de Derecho”, Online. 8-09-2005. En www.tribunalconstitucional.gov.ec/actividades.

Tribunal Constitucional, “Estadísticas al 20 de abril del 2005”. Online. 8-09-2005. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/estadisticas>

García Falconí, José, “Qué es el acto ilegítimo de autoridad de la administración pública”, Online. 10-09-2005. Disponible en www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.Constitucional.

Oyarte Martínez, Rafael, “La declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos”, Online. Internet. 30 de julio del 2005. Disponible en www.dlh.lahora.com.ec

CONSTITUCIONES

Georgetown University y OEA, Base de Datos Políticos de las Américas. “Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales”, Online. Internet. 13 de septiembre del 2005. Disponibles en: <http://www.georgetown.edu>

Constitución Alemana de 1949
Constitución de Argentina
Constitución de Bolivia
Constitución de Chile
Constitución de Colombia
Constitución de El Salvador

Constitución de España
Constitución de Guatemala
Constitución de Hungría
Constitución de México
Constitución de Nicaragua
Constitución de Paraguay
Constitución del Perú
Constitución de Portugal
Constitución de República Dominicana
Constitución de los Estados Unidos de América
Constitución del Uruguay
Constitución de Venezuela.

CUERPOS LEGALES ECUATORIANOS

Constitución de 1906, Registro Oficial 262 de 24 de diciembre de 1906.
Constitución de 1929, Registro Oficial 138 de 26 de marzo de 1929.
Constitución de 1960, Registro Oficial 228 de 6 de marzo de 1945.
Constitución de 1946, Registro Oficial 773 de 31 de diciembre de 1946.
Constitución de 1967, Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.
Constitución de 1979, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.
Ley de Reforma a la Constitución, Registro Oficial 863 de 16 de enero de 1996.
Constitución de 1998, Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
Ley de Control Constitucional
Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
Ley Orgánica de Aduanas
Código Tributario
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 1, Registro Oficial 378 de 27 de julio del 2001
sustituido por Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 2, publicada en Registro Oficial 559
de 19 de Abril del 2002.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Recurso No. 124-2001, Registro Oficial 435 de 5 de octubre del 2004.
Recurso7 No. 40-2002, Registro Oficial 435 de 5 de octubre del 2004.
Recurso No. 03-95, Registro Oficial 270 de 6 de marzo de 1998.
Recurso No. 42-96, Registro Oficial 395 de 27 de abril de 1998.
Recurso No. 34-98, Registro Oficial 285 de 27 de septiembre de 1999.
Recurso No. 136-98, Registro Oficial 280 de 20 de septiembre de 1999.
Recurso No. 37-94, Registro Oficial 426 de 22 de septiembre del 2004.
Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI, Nro. 5, p. 1379.
Resolución No. 170-97-TC
Resolución No. 0728-2003-RA.
Resolución No. 0215-2004-RA
Resolución No. 0005-04-DI.
Resolución No. 871-98-IS
Resolución No. 0005-04-DI
Resolución No. 0002-004-DI
Resoluciones No. 008 y 009-03-DI
Resolución No. 007-2002-DI
Resolución No. 627-AA-00-IS.
Resolución No. 019-2001-AA

Resolución No. 001-2002-III-SALA-AA
Resolución No. 026-2002-AA
Resolución No. 0006-2004-AA
Resolución No. 0021-2001-AA.
Resolución No. 006-AA-01-IS
Resolución No. 0020-2003-AA
Resolución No. 0014-2004-AA
Resolución No. 0012-2003-AA
Resolución No. 001-2001-AA
Resolución 0011-2004-TC.
Resolución No. 008-2004-AA
Resolución No. 0011-2004-AA.
Resolución No. 0037-2002-TC
Resolución No. 0006-2004-TC.
Resolución No. 012-2001-AA.
Resolución No. 627-AA-00-IS
Resolución No. 049-2001
Resolución No. 354-RA-00-IS
Resolución No. 041-99-RA-III.S
Resolución No. 061-2001
Resolución No. 173-2002.
Resolución No. 230-00-IIIS
Resolución No. 011-97-RA
Resolución No. 012-RA-00-IS
Resolución No. 024-RA-00-IS
Resolución No. 244-RA-00-IS
Resolución No. 289-RA-00-IS
Resolución No. 313-RA-00-IS.
Resolución No. 349-RA-00-IS.
Resolución No. 017-2004-RA.
Resolución No. 0004-2002-AA.
Resolución No. 016-2001-AA
Resolución No. 022-2003-AA.
Resolución No. 080-99-RA-IS
Resolución No. 139-99-RA-IS
Resolución No. 311-99-RA-IIS
Resolución No. 389-99-RA-IIS.