

Patricio Cordero Ordóñez, *El silencio administrativo*, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca/El Conejo, 2009.

por Juan Carlos Benalcázar*

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado –al cual debe sumarse, para la materia tributaria, el artículo 21 de la Ley No. 05, publicada en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994– trae consigo una compleja problemática, que, contrariamente a lo que podría creerse, no se circunscribe únicamente a los ámbitos de la Administración Pública, sino que también afecta con fuerza a los jueces y a los administrados. La consecuencia legal estimatoria del silencio administrativo se introduce en nuestro ordenamiento jurídico

con el saludable propósito de hacer eficaz el derecho del ciudadano de recibir una respuesta de la autoridad cuando le ha formulado una petición o pretensión, pero lastimosamente se lo hace sin la suficiente reflexión respecto de las diversas vicisitudes que implica tal efecto legal, y, sobre todo, sin considerar las enormes dificultades que trae consigo en la práctica, incluso, y de manera por demás paradójica, para el propio administrado a cuyo derecho se pretende tutelar.

Desde la introducción, el libro del doctor Patricio Cordero Ordóñez advierte la complejidad del tema del silencio administrativo en el Ecuador y resalta su propósito de aportar con análisis y reflexiones que permitan resolver inconvenientes y encontrar soluciones a los diversos problemas que el mencionado fenómeno plantea. El primer comentario que merece la obra del doctor Patricio Cordero Ordóñez es, justamente, que constituye un importante aporte para la literatura jurídica nacional, no solo por la circunstancia de ser, hasta la fecha, el único trabajo ecuatoriano que de modo exhaustivo se ocupa del silencio administrativo, sino por enfrentar con suficiencia una temática que en nuestro derecho carece de regulaciones precisas, ya que demasiados vacíos dejó el legislador e innumerables dudas enfrenta el juzgador y el administrado. Precisamente, el mérito apuntado se resalta aun más porque el autor constata la escasez de aportes nacionales y la necesidad de consultar bibliografía extranjera, condicionante que de ninguna manera impide al autor ofrecer un aporte doctrinario a partir de elementos obtenidos de la realidad de nuestra legislación y de la jurisprudencia nacional (p. 16).

* Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad Nacional Autónoma de México. Docente de los programas de Especialización y Maestría en Derecho Administrativo (UASB-E).

Una primera revisión del libro de Patricio Cordero Ordóñez muestra un trabajo académico ordenado y completo, que consta de cuatro capítulos. Parte de la tutela del derecho de petición como fundamento, los efectos jurídicos que la ley otorga al silencio administrativo, y, de modo progresivo y lógico, en una exposición de antecedente y consecuente, continúa con la explicación de las diversas implicaciones que el fenómeno plantea.

En el capítulo primero, intitulado “Antecedentes y nociones generales”, se encuentra una exposición sobre el derecho de petición y la evolución de su regulación en el Derecho ecuatoriano. Como bien advierte el autor, el derecho de petición “no constituye solo un derecho a favor de las personas, sino que, sobre todo, genera una obligación del destinatario de la petición: responderla en tiempo oportuno. Solo ello permite que el mismo tenga eficacia; sin esta obligación, tal derecho quedaría en un simple enunciado” (p. 27).

Las acertadas apreciaciones del autor ponen de manifiesto la razón y fin de la técnica de los efectos legales del silencio administrativo: tutelar un derecho fundamental cuyo contenido esencial abarca no únicamente la garantizada posibilidad de ocurrir a la autoridad con una petición, reclamación o recurso, sino también obtener una respuesta oportuna y conforme a derecho. Este propósito se observa claramente en el encabezado del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y constituye el elemento esencial para interpretar dicha norma, que, ante todo, funciona como un mecanismo de garantía.

El capítulo segundo se ocupa de importantes elementos teóricos como el origen, fundamentos, naturaleza de los efectos legales y clasificación del silencio administrativo.

Es importante destacar que Cordero hace hincapié en que la falta de pronunciamiento sobre las peticiones que los administrados formulan a la Administración Pública constituye una omisión ilegítima, esto es, un comportamiento ilícito de la autoridad, que viola el derecho del ciudadano y que se trata de corregir con la técnica del silencio administrativo (pp. 39-42).

En este capítulo segundo, Patricio Cordero expone diversas opiniones que en la doctrina se han propuesto sobre el silencio administrativo y destaca los puntos de acuerdo y de desacuerdo. Considero que la parte más importante de este capítulo es aquella en la que el autor propone sus ideas, pareceres y, sobre todo, la postura que adopta sobre las controversias que existen en la doctrina. Precisamente, esto es lo propio de un trabajo serio de investigación, que no debe limitarse a la mera cita y glosa de material bibliográfico o de la legislación, sino que debe trascender con el apoyo de la crítica y mediante la proposición de tesis y soluciones. Es importante

subrayar que, entre otras posiciones que el autor acoge, resalta la conceptualización del silencio administrativo como un acto administrativo presunto (p. 67).

El capítulo tercero versa sobre el “Silencio Administrativo en Ecuador”. El autor destaca que la introducción del silencio administrativo positivo en nuestro país constituye una de las más importantes innovaciones jurídicas que hemos tenido en los últimos quince años. Sin embargo, también resalta los conflictos, ambigüedades e imprecisiones que todavía no han sido superados, a pesar de los esfuerzos de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la hoy Corte Nacional de Justicia (p. 75).

El desarrollo de los principios y elementos que rigen al silencio administrativo en nuestro país, justamente, es obra de la jurisprudencia y no del legislador. Por ello, el capítulo tercero tiene el acierto de realizar una exposición extensa de selectas sentencias y de formular un agudo análisis de varios pronunciamientos de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, respecto de los cuales el autor decanta aquellos que considera provechosos y útiles para formular un esquema jurídico sobre el silencio administrativo en el Ecuador. Luego de esta labor, el autor sistematiza y analiza detenidamente los criterios que dicho órgano jurisdiccional ha vertido y destaca la significación e implicaciones que traen consigo.

Por último, el capítulo cuarto se ocupa de “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”. Podría llamar la atención que esta temática se incluya en una obra que trata sobre el silencio administrativo, ya que este comporta la ausencia de declaración en que incurre la Administración Pública, mientras que el acto administrativo, por definición, es un pronunciamiento que, directa y derechamente, se dirige a producir efectos jurídicos. Considerando estos conceptos, sería más propio tratar sobre las nulidades en un estudio de las declaraciones de la Administración Pública y no en relación con el silencio administrativo.

Sin embargo, la inclusión de este capítulo en la obra del doctor Patricio Cordero Ordóñez es coherente con su postura de concebir al silencio administrativo como un acto administrativo presunto y, además, es conforme con ciertas apreciaciones de la jurisprudencia nacional, que resaltan que no se puede ganar por silencio administrativo algo que no sea válido. En otros términos, si se entiende que el silencio administrativo positivo configura un acto presunto, y si además se propugna que este debe ser válido, lo lógico y necesario es que en un estudio sobre la materia se haga relación a los requisitos de validez del acto administrativo.

Jorge Zavala Egas, *De-
recho constitucional,
neoconstitucionalismo
y argumentación jurídi-
ca*, Guayaquil, Edilex,
2010, 525 pp.

por Christian Masapanta
Gallegos*

Con el advenimiento de la Constitución ecuatoriana de 2008, y con el cambio de paradigma del Estado ecuatoriano a un modelo constitucional de derechos y justicia, se produce un fenómeno dentro del cual se constitucionaliza el ámbito jurídico ecuatoriano, en donde el fin primordial del Estado será el reconocimiento, promoción y garantía material de los derechos.

La doctrina del constitucionalismo contemporáneo gana adeptos en nuestro medio a la luz del denominado garantismo, que conforme a un proceso de mutación constitucional adquiere características acordes a nuestra realidad, configurándose lo que en la doctrina ya se ha denominado como el nuevo constitucionalismo latinoamericano; es así como el autor nos muestra de manera didáctica el proceso de constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano bajo el nuevo modelo de Estado; lo que se produce a través de un reconocimiento material de las normas-principios de derechos consagrados en la Constitución de la República.

Dicho reconocimiento material comporta una redefinición de la llamada supremacía constitucional, la que líricamente había sido establecida en la mayoría de las Cartas Fundamentales del Ecuador desde su conformación como República; empero que reiteradamente fue objeto de desconocimiento por parte de actores políticos y sociales, lo cual ha conllevado a una permanente inestabilidad en nuestro medio.

Lo que se pretende a través de la supremacía material es tener una Constitución que permita una aproximación de la sociedad con su contenido, en donde los derechos de las personas no sean simples enunciados retóricos o programáticos, sino que tengan una plena exigibilidad y reconocimiento directo.

Norberto Bobbio, nos habla de *la era de los derechos*¹ y, precisamente a través de esta nueva era, el Estado ecuatoriano a través de su Constitución mantiene como un imperativo la protección de los derechos constitucionales, siendo aquella acometida la bandera de lucha del denominado neoconstitucionalismo ecuatoriano, y el objeto de análisis en la presente obra.

A lo largo del texto podemos observar como el autor va a enfocar su temática en tres elementos característicos de este nuevo modelo de Estado: la constitucionaliza-

* Asesor técnico jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador y docente universitario.

1. Norberto Bobbio, "La era de los derechos", en *El tercero ausente*, Cátedra, 1997, pp. 154-173.

ción del sistema jurídico ecuatoriano; los jueces y la creación judicial del derecho; y el llamado desafío del neoconstitucionalismo. Estos ejes temáticos se ven transversalizados a lo largo de toda la obra, y son matizados con elementos comunes como el deber de protección de los derechos constitucionales, la supremacía material de la Constitución y el efecto de irradiación del constitucionalismo a todas las esferas públicas y privadas de la sociedad ecuatoriana, el rol proactivo de los jueces en el constitucionalismo, la interpretación judicial, y la argumentación jurídica, el neoconstitucionalismo y el Estado garantista, los derechos expresados a través de valores, principios y reglas, entre otros.

Respecto a la constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano, el autor destaca que el Estado Constitucional de Derechos tiene como bandera de lucha los denominados “derechos constitucionales”, que se hacen extensivos no solo a los derechos consagrados en la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano, sino, también, a los provenientes de tratados y convenios internacionales que tutelan derechos humanos. Por ende, la Constitución deja de ser un documento distante al conglomerado social, buscándose un mayor acercamiento de la ciudadanía con el texto constitucional y con los derechos en ella consagrada para lo cual se encarga a los jueces la tutela de los mismos.

El autor parte de las definiciones de “constitucionalización” y “derechos fundamentales”, respecto al primer término señala: “a nuestro uso y con esta oportunidad es el proceso histórico a través del cual los documentos políticos limitantes del poder público –las constituciones–, incluyendo una carta ética de derechos, cuyos titulares son los sujetos que conforman la comunidad, marcan un espacio infranqueable para la intrusión de este poder y que, expresados en normas-principios jurídicos, llegan a ser de aplicación directa, justiciables y con jerarquía normativa suprema. Mientras que los segundos son: “los reconocidos y expresados en normas-principios del sistema jurídico prescritas en la Constitución de la República y en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, y que por nacer de esas fuentes de producción normativa se denominan también derechos constitucionales”.²

En cuanto a las técnicas de constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se destaca la importancia de la dualidad de los derechos constitucionales, los que deben ser observados en un plano subjetivo y objetivo. A esto se conoce como la estructura dual de los derechos fundamentales.

2. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010, p. 117.

La dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales fue desarrollada por la Corte Constitucional Colombia a través de la sentencia T-406 de 1992, en donde se determinó que, a más del reconocimiento de los derechos en el texto constitucional, se precisa de todo un conjunto de medidas por parte del Estado para garantizar la plena efectividad de los derechos.³ Castillo Córdova, citado por el autor, menciona además que “solo desde el entendimiento de que derechos fundamentales adquieren un carácter objetivo de valor se puede comprender el ‘efecto irradiación’, ‘la eficacia frente a terceros’ y ‘los derechos fundamentales como mandatos de acción y deberes de protección’ ”.⁴

Surge, así un efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) en donde todas las esferas públicas y privadas deben respetar la normativa constitucional y los derechos en ella consagrados. Entonces, las normas constitucionales con contenido axiológico, al ser normas objetivas, irradian sus efectos a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano; efectivamente, el artículo 426 de la Constitución determina la vinculación de todas las personas, autoridades e instituciones a la norma antes señalada; el mismo efecto de irradiación se hace extensivo también a la legislación y la aplicación judicial del derecho.

Existe, conforme lo destaca el autor, “la obligación de crear reglas infra constitucionales formal y materialmente adecuadas a los derechos constitucionales y a la dignidad de las personas (art. 84 CRE) y se obliga a los jueces y autoridades públicas a aplicar toda normativa de conformidad con los derechos fundamentales que, a su vez, son aplicables en forma directa e inmediata”.⁵

Con aquello se deconstruye el papel que tradicionalmente habían mantenido los jueces en nuestro sistema jurídico, en donde simplemente realizaban un reconocimiento de derechos, hacia un papel más activo; precisamente por medio de ese activismo judicial es que los jueces pueden no solo reconocer derechos, sino también crearlos y hacerlos cumplir.

Empero, con el advenimiento de este nuevo constitucionalismo cambia también la concepción paleopositivista del derecho en el Ecuador, así como del sistema de fuentes, en virtud del cual la ley ya no es el único referente de interpretación, por medio de la cual los derechos solo eran exigibles cuando se desarrollaban en normas-leyes; es así como se reconoce otros sistemas de fuentes como la jurisprudencia, que va a ir de la mano con el denominado activismo judicial; lo cual motiva un debate respecto al poder contra mayoritario de los operadores jurídicos frente al

3. *Ibid.*, p. 47.

4. *Ibid.*, p. 51.

5. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 34.

legislador detentador de la representatividad democrática, nacida por el influjo del pensamiento de la Revolución francesa.

En aquel sentido destaca el autor la importancia de los jueces dentro del Estado Constitucional de Derechos, en donde cambia el referente judicial estrictamente positivista, expresado a través de la ley, por un reconocimiento amplio de otras fuentes del derecho; es así como también cambia el intérprete primigenio de la Constitución, del legislador a quien bajo el sistema legalista le correspondía por antonomasia interpretar la Constitución y la ley de modo generalmente obligatorio hacia un activismo judicial, en donde los operadores judiciales se convierten en los principales intérpretes y defensores del texto constitucional; para aquello emplea herramientas como la argumentación jurídica y métodos y reglas de interpretación constitucional.

El autor nos habla entonces de jueces y normas y de los límites de la creación judicial del derecho, en donde la función del juez, que bajo el modelo paleopositivista estaba limitada a la aplicación del derecho, se ve complementada bajo el nuevo modelo estatal con la creación de las normas, en donde los órganos especializados como la Corte Constitucional a través de reglas llenan lagunas existentes en el ordenamiento jurídico en aras de la protección de un derecho en conflicto.

El juez asume una interpretación cognitiva, decisoria o creativa que va más allá de la simple subsunción normativa dejando de lado la percepción de un Estado de Derecho en donde se somete el poder a la ley.

Se reconoce una interpretación judicial no solo basada en las reglas y en los métodos de solución de antinomias (subsunción), sino que se reconocen dentro de las normas constitucionales los valores y los principios, que alcanzan una fuerza normativa, de directa e inmediata aplicación, incluso si no existiese una disposición legal que los desarrolle; hablamos entonces de una verdadera validez material de las normas constitucionales.

La labor judicial limitada a la simple aplicación de derecho se ve superada; ahora el juez crea derecho y hace cumplir los derechos, respecto a aquello el autor llega a las siguientes conclusiones: “A) Una decisión judicial está justificada cuando aplica el Derecho válido. B) El Derecho es válido cuando sus normas (reglas y principios) fundamentan y pertenecen a un sistema jurídico, por haber sido expedidos por la autoridad y por el procedimiento determinado por la norma superior hasta llegar a la Constitución y con un contenido material acorde con esta. C) Luego, los tribunales y jueces en tanto apliquen principios que fundamenten el sistema jurídico y reglas insertas en el mismo, justifican sus decisiones, lo cual implica decir que sus decisiones y resoluciones encuentran legitimidad.

D) Se impone a los jueces la renuncia a imponer la que se considera solución correcta, en aras del respeto al sistema de fuentes”.⁶

En este sentido, si hablamos de un juez creador de derecho, debemos señalar que también cambia el referente normativo de interpretación judicial que estaba centrado exclusivamente en las denominadas reglas, dando paso a una interpretación también de los llamados principios constitucionales.

En cuanto a las reglas y principios como técnicas de interpretación normativa parte del famoso debate entre el inglés H.L.A. Hart y el norteamericano Ronald Dworkin, ya que la posición sociológico-analítica del positivismo propuesta por Hart ha ido de la mano con la judicialización constitucional de los problemas sociales superando el atavismo de considerar a la Constitución como un simple programa político, lo que genera cambios en la interpretación y práctica del derecho.

Ambos toman como ejemplos para sus teorías las jurisdicciones inglesa y americana; Dworkin con la creación de su famoso “juez Hércules” y la resolución de los litigios a partir de la teoría dworkiniana, en contraste con el “juez Herbert” que resuelve sus litigios a partir de la teoría hartiana.

Dworkin, al esbozar la tesis de la respuesta correcta (one right answer), determina que aunque no hayan reglas siempre habrá principios que son aplicables a un caso concreto. Para Hart, cuando hay más de una solución posible el juez tiene la opción de acoger una de ellas ubicándose en un punto medio entre el formalismo y el realismo.

Hart es autor de la tesis de la “discrecionalidad judicial”: debido a la textura abierta de las normas jurídicas, el juez, para aplicarlas, debe actuar como si hubiera más de una respuesta correcta; en cambio, para Dworkin, los principios son vinculantes para los jueces, y los principios y reglas componen el derecho.⁷

El nuevo rol del juez, entonces, se ve transparentado con una mayor preparación, toda vez que debe decidir y resolver dentro de un ámbito eminentemente jurídico, para lo cual debe argumentar su resolución, para no caer en la discrecionalidad o sesgos subjetivos. La argumentación jurídica va más allá de la simple motivación de resoluciones enclavada en la cultura judicial y administrativa ecuatoriana, en donde simplemente de manera mecánica se enunciaban los antecedentes de hecho y de derecho previo a resolver una controversia, sin que exista un razonamiento jurídico de fondo.

6. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 113.

7. *Ibid.*, p. 104.

El texto tiene un extenso análisis jurisprudencial en que el autor cuestiona la argumentación jurisdiccional en nuestro país; es así como analiza sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición; dentro de aquellas se menciona la 0020-09-SEP-CC dentro del caso No. 0038-09-EP, en el que este órgano, a través de la garantía jurisdiccional conocida como acción extraordinaria de protección, corrige sentencias y autos judiciales ejecutoriados por “error de derecho” e “injusticia de resultado”,⁸ cuando el Procurador General del Estado propone esta garantía jurisdiccional frente a un auto emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, por una supuesta vulneración del debido proceso, al haberse rechazado un recurso de hecho respecto a la inadmisión de un recurso extraordinario de casación.

En otro caso objeto de su análisis aborda la aplicación directa de la Constitución; para aquello emplea el proceso de juzgamiento al periodista Emilio Palacio por escribir y publicar el artículo “Camilo el matón”,⁹ siendo el autor muy crítico a la sentencia del 26 de marzo de 2010 emitida por la Jueza Segunda de Garantías Penales de Guayaquil, que declara con lugar la querrela presentada por Camilo Samán en contra de Emilio Palacio. El doctor Zavala determina que en aquel caso la jueza no realiza un adecuado ejercicio argumental, al sostener que debía contrastar los derechos a la libertad de expresión vs. el derecho al honor, debiendo proceder a la ponderación de estos principios conforme lo prevé el art. 3.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, situación, a criterio del autor, que no se hizo.

El autor justifica por medio de un test de proporcionalidad la idoneidad y necesidad de la intervención periodística, señalando que la intervención en el derecho de la persona constituye un medio idóneo para el cumplimiento del interés público (idoneidad), y que este medio es necesario acorde a las circunstancias concretas. Luego, es constitucionalmente legítima toda afectación al derecho de la persona que sea de interés público y cuando el objeto de la opinión tenga una relación de idoneidad y de necesidad con el interés público.¹⁰

8. El error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la injusticia del resultado se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto con sustento prejudicial e ilusorio (Corte Constitucional, pp. 11-12).

9. “Reportaje de diario *El Universo* en donde se da la noticia del alto índice de morosidad de la cartera de préstamos en el programa de microempresarios que ejecuta la Corporación Financiera Nacional (CFN). A pocos días un grupo de personas que llegaron en buses, con carteles y megáfonos que decían ser adeptos a las políticas de la institución, por ser beneficiarios de los créditos, lanzaron diatribas contra el medio de comunicación y sus personeros”; posteriormente Emilio Palacio escribió el artículo titulado “Camilo el matón” ante la reacción de estos simpatizantes de la institución financiera (Zavala, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 220).

10. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 220.

Señala el autor que la intervención de Palacio para la formación de la opinión pública es necesaria; ya que, a través de la publicación del juicio de valor, el periodista contraatacó al funcionario sin alejarse de la temática pública de fondo. También menciona que ha existido inaplicabilidad de la doctrina de la “*real malice*”; así como de las disposiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la libertad de información sobre hechos y no a la libertad de opinión que consistan en juicios de valor. Menciona que en el sistema anglosajón la Corte Suprema Norteamericana en el fallo “*New York Times vs. Sullivan*”, dictado el 9 de marzo de 1964, incorporó la doctrina de la “*real malice*” determinando que: “Las garantías constitucionales requieren –creemos– una regla federal que prohíba a un funcionario público obtener una indemnización por daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con ‘*actual malice*’, esto es, conocimiento que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no”.¹¹

Cabe destacar que esa doctrina fue recogida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000, cuando promulga la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que, conforme a la Constitución de la República, forman parte del bloque de constitucionalidad: así lo determinan los artículos 417, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador.

Asociado con esta temática, el autor también explica las connotaciones constitucionales del Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, que ha generado tanta polémica en el medio, para lo cual analiza a la comunicación e información como derechos constitucionales y su contenido esencial, la reserva de ley orgánica que amerita esta legislación y el principio de legalidad.

El autor aborda la temática relacionada con el desafío del neoconstitucionalismo y al respecto sostiene que:

El constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo genera el desarrollo de una nueva teoría jurídica, muy distinta al positivismo legalista antiguo, que tiene como características resaltadas por ALEX Y, ZAGREBELSKY y PRIETO SANCHÍS en forma compón, las siguientes: 1) Es un derecho más de principios que de reglas [...]; 2. Mayor utilización del método de ponderación que el de la subsunción para la aplicación del derecho [...]; 3. Una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, dejando menos ámbito a la ley; 4. Poder del juez para la determinación de los derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos y, 5. Una apertura a que cohabiten valores plurales que, eventualmente, pueden colisionar, en lugar de cerrarse a un escaso número de principios coherentes y compatibles.¹²

11. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 212.

12. *Ibid.*, p. 275.

Los postulados neoconstitucionales solo pueden enmarcarse dentro de la lógica de un Estado garantista, conforme lo consagra la Constitución vigente, donde existe una igualdad jerárquica de los derechos constitucionales. En cuanto a los principios de aplicación de los derechos, destaca los postulados del artículo 10 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador en virtud de los cuales los derechos son exigibles individual y colectivamente ante la autoridad competente, no discriminación en el goce de derechos, derechos y garantías son de directa e inmediata aplicación, toda norma que restrinja derechos será inválida, principio de interpretación pro libertatis y pro homine, los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, el respeto de los derechos como el más alto deber del Estado.

Hace una enunciación de los denominados derechos de protección entendidos como los derechos de defensa de los derechos en donde destaca la tutela judicial de los derechos e intereses consagrado en el art. 75 de la Constitución de la República, el mismo que se hace extensivo conforme lo destaca el profesor Jesús González Pérez a tres momentos distintos: en el acceso a la justicia, en el proceso ya iniciado y, una vez dictada la sentencia, en la fase de ejecución; asociado al mismo, analiza el debido proceso consagrado en el art. 76 de la Constitución y varios de sus principios, entre los que destaca la presunción de inocencia, legalidad, el derecho a la prueba y su valoración, la ley sancionatoria en el tiempo e interpretación pro reo, la proporcionalidad entre infracción y sanción, y el derecho a la defensa. Respecto a este último se realiza un análisis de la prisión preventiva y de las medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad en el Estado constitucional de derechos.

En cuanto a la interpretación constitucional, reitera que los jueces adquieren un rol más activo y protagónico en el Estado garantista. Señala que la interpretación judicial debe respetar la integridad de la Constitución y atender al espíritu del constituyente.

Respecto a los métodos de interpretación conocidos como ponderación y proporcionalidad parte de la concepción de Robert Alexy acerca de principios y menciona que los mismos “son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”;¹³ en cambio las reglas “son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre solo ser cumplidas o incumplidas”.¹⁴

13. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 377.

14. *Ibid.*, p. 377.

Determina que la aplicación de los principios se puede realizar a través de la ponderación. Para el autor el “método de ponderación consiste en determinar el peso o trascendencia de cada uno de los principios en el caso concreto que se juzga tratando de buscar una solución de armonía o equivalencia, es decir una salida que viabilice la optimización de la realización de los principios en ese caso”.¹⁵

También destaca la importancia del contenido esencial de los derechos, que pueden ser regulados por el legislador, pero solo bajo la categoría de leyes orgánicas, respetando el contenido esencial de esos derechos constitucionales; de esa forma se evidencian los límites que tienen el legislador, quien, pese a tener una legitimidad democrática, no puede restringir el contenido esencial de los derechos, mecanismo de interpretación que ha sido desarrollado por constitucionalismo comparado: así lo demuestran la Constitución española de 1978 en el art. 53.1; y, la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 19.1.

Esto se encuentra en concordancia con las garantías normativas, por medio de las cuales se vincula a todas las personas, autoridades e instituciones con la Constitución de la República (art. 426 CRE), y solo por la categoría de Ley Orgánica se pueden regular los derechos constitucionales (132 y 233 CRE), ya que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos constitucionales (11.4 CRE).

En estos desafíos del neoconstitucionalismo direccionado a los jueces, se aborda la argumentación jurídica y la motivación de las sentencias. Para el autor argumentar significa “dar razones que justifiquen un enunciado concreto”,¹⁶ menciona atendiendo al pensamiento de Manuel Atienza que “los argumentos jurídicos se desarrolla en el campo de la dogmática jurídica la misma que desarrolla una triple función: 1. nutrir de criterios para la producción del derecho por parte de los poderes normativos donde se realiza; 2. con el derecho ya producido, suministrar criterios para la aplicación del mismo; y, 3. la ordenación de algún sector del ordenamiento jurídico”.¹⁷

Ubicando la teoría de la argumentación jurídica dentro de la dogmática que es la suministradora de criterios para la aplicación del derecho, manifiesta Atienza que “los órganos aplicadores del derecho –jueces y órganos administrativos– no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas”.¹⁸

15. *Ibid.*, p. 380.

16. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 388.

17. *Ibid.*, pp. 388, 389.

18. *Ibid.*, p. 389.

Menciona el autor que “un fallo judicial es un juicio práctico desde que decide sobre actos humanos, es la formulación de un enunciado normativo y éste constituye la conclusión de la sentencia que es una norma que ordena, prohíbe o permite alguna acción. Para llegar a esta formulación normativa finales necesario fundamentarla, sustentarla y, para ello, se sientan premisas normativas y fácticas o no normativas (sentimientos o creencias)”.¹⁹

El autor también vierte comentarios respecto a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, manifestando que es la normativa que regula la justicia constitucional, misma que tiene las siguientes características:

1. Es una potestad cuya finalidad es administrar justicia constitucional.
2. Atribuida a jueces pertenecientes a la Función Judicial y a un Tribunal que se denomina Corte Constitucional, todos independientes de las autoridades legislativas y ejecutivas.
3. Cuyas decisiones, dictadas en forma de sentencias, sobre las controversias que se le someten, se adoptan conforme vinculadas a Derecho, acatando normas preestablecidas, a través de un proceso contradictorio.
4. Que carecen de iniciativa y solo actúan a instancia de personas que exhiben su pretensión, siempre que estén legitimadas para accionar por la Constitución y esa Ley.²⁰

Destaca que esta disposición legal tiende a proteger por medio de las garantías jurisdiccionales los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; siendo competentes los órganos judiciales ordinarios y el órgano especializado en materia de control constitucional; manifiesta el autor que en nuestro medio los jueces ordinarios dan un control difuso, concreto, directo, preventivo o reparador que se activa por vía de acción; y que al órgano especializado le corresponde garantizar la supremacía material de la constitución y la eficacia jurídica de su normativa, a través de la versión del control abstracto, concentrado, directo y reparador.

Enuncia entre los principios de aplicación de la justicia constitucional: la aplicación más favorable de los derechos, la optimización de normas constitucionales, obligatoriedad del precedente constitucional y de administrar justicia constitucional. Critica y menciona los errores de la Corte Constitucional ecuatoriana al asumir “falsas lagunas” para justificar decisiones políticas, lo cual para el autor resulta arbitrario –sentencia 003-09-SIN-CC de 23 de julio de 2009–.

Finalmente, realiza la descripción de varias ponencias doctrinarias: la primera es del propio autor respecto a los límites de la creación judicial del derecho, y realiza

19. *Ibid.*, pp. 392, 393.

20. *Ibid.*, p. 397.

un análisis del paso del Estado de legalidad hacia una constitucionalidad, en donde el juez se convierte no solo en aplicador de normas sino en creador de las mismas; luego toma como referente la conferencia de Manuel Atienza Rodríguez, quien aborda la relación estrecha que existe entre la Constitución y la argumentación jurídica; menciona este autor que

argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de defender o refutar [...] Además, una argumentación consta de ciertas unidades básicas, los argumentos en los que se pueden distinguir-se premisas (enunciados de los que se parte) y conclusiones (enunciados a los que se llega); y que son evaluables según ciertos criterios que permiten calificar los argumentos (y argumentación) como válidos, sólidos, persuasivos, falaces, etc.²¹

Para terminar se transcribe la conferencia realizada por Juan Antonio García Amado en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, que abarcó la temática de argumentación, interpretación y jueces; y sobre la críticas a Robert Alexy sobre los conflictos entre principios y reglas a lo que llama “ley de colisión” y “colisiones sin ley”. Señala que la justificación del neoconstitucionalismo se encuentra en la presencia de las Constituciones contemporáneas que consagran cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía.²²

Por lo antes mencionado, se puede colegir que la obra de Jorge Zavala Egas proporciona de manera didáctica valiosos elementos teóricos respecto al nuevo constitucionalismo, y cómo esta doctrina se ha incorporado dentro del sistema jurídico ecuatoriano. A través del empleo de bibliografía actualizada y el análisis crítico de la jurisprudencia ecuatoriana, el autor contrasta estas nuevas tendencias constitucionales.

La doctrina conocida como el neoconstitucionalismo que tuvo su cuna en Europa se ha irradiado por Latinoamérica, incorporándose en los marcos constitucionales de nuestros países, adquiriendo características propias. Por ello la producción de textos que permitan comprender las bases teóricas y las realidades pragmáticas de estas nuevas corrientes son de gran valía en el ámbito jurídico, académico y social; sobre todo en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia en donde, parafraseando a Ronald Dworkin, todas las personas e instituciones nos tomemos los derechos en serio.

21. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 462.

22. *Ibid.*, p. 517.

Elena Durán, *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2010.

por Juan Carlos Mogrovejo*

Con ocasión del estudio de los recursos que en sede judicial pueden promoverse en materia tributaria, y que efectúe algún tiempo atrás, me sentí motivado en examinar aquellos que discurren en materia contencioso administrativa a la luz del marco normativo ecuatoriano; precisamente esa pretensión conllevó el escrutinio de importante material doctrinario referido al contencioso administrativo, de producción nacional y extranjera, conduciéndome así al trabajo investigativo que lleva por título *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, de autoría de Elena Durán, publicado en la Serie Magíster No. 92 de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Este trabajo, como bien lo cita la autora, destaca los elementos esenciales inmersos en el conflicto jurídico que, en sede judicial, sostienen la Administración y los particulares, a efectos de obtener una decisión final del órgano competente y la tutela efectiva de un derecho transgredido, que, por su carácter revisor, expresa su condición *ex post* de la actividad administrativa.

En la primera parte incurre en referentes conceptuales sobre la administración pública, con suficiente apoyo doctrinario, conducentes al supuesto que la identifica como toda actividad del Estado que queda una vez separada de las Funciones Legislativa y Judicial, y que es ejercida mayormente por la Función Ejecutiva, mas no privativamente, puesto que las otras funciones realizan también actividades de este orden. Asume, por lo mismo, que el derecho administrativo se engarza en la actividad de la administración integrada por el conjunto de organismos que actúan dentro de un espectro en el que se encuentra investida de prerrogativas y exorbitancias que no se otorgan a los particulares, y, en ese marco, lo describe como el conjunto de normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa, cuya actividad se exterioriza en reglamentos, actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos y contratos administrativos.

Reflexiona que, por la dinamia propia de la actividad de la administración pública que fluye en distintos escenarios, resulta compleja la estructuración de un cuerpo

* Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Universidad Nacional de Loja (2001), Magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente de la UASB-E.

normativo que integre y regule de manera uniforme todos los elementos y cubra todos los espacios en los que la relación Estado-administrado se presenta.

Refiere también a la legalidad como principio rector en la relación Administración-particulares, enfatiza el carácter normativo y vinculante de la Constitución como máximo ordenamiento jurídico y al que debe adecuarse la normativa secundaria, y por el cual se constriñe a la Administración a actuar dentro de los límites que en aquella se establece, asegurando, por lo mismo, el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas, consagrados en la Carta Fundamental.

Destaca la autotutela administrativa que opera en virtud del principio de acto administrativo previo, por el cual, al conocimiento judicial, precede un pronunciamiento por parte de la Administración Pública que será el fundamento de revisión, de tutela judicial final, lo que en doctrina se conoce como recurso, mecanismo de activación de la justicia contencioso administrativa atribuida al órgano judicial competente. En este contexto, hace breve referencia a la autotutela declarativa, ejecutiva y reduplicativa.

Seguidamente la autora acomete el análisis de los mecanismos de activación de la justicia contencioso administrativa, no sin antes exponer la naturaleza del contencioso administrativo, y en esa línea exponer que el objeto de este, conforme a la doctrina moderna, es siempre una pretensión, a partir de lo cual se colige que no es el contenido del acto impugnado sino las pretensiones las que contribuyen a delimitar los poderes del juez. El conflicto se desarrolla mediante un proceso entendido como el instituto jurídico destinado a la satisfacción de pretensiones.

Enfatiza la naturaleza de la justicia contencioso administrativa que, a la luz de la experiencia ecuatoriana, se instrumenta con aplicación del sistema judicial, diferenciándose de otros sistemas de corte administrativo o mixto.

En esta línea explicita los canales reconocidos en la legislación ecuatoriana para promover acciones en sede judicial impugnando los actos de la Administración Pública que causan efectos jurídicos contra los administrados, expresados en reglamentos, actos y resoluciones, que vulneren un interés directo del recurrente o que sean consecuencia de una disposición de carácter general; así, pues, el recurso contencioso administrativo que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo que se trate, se remite al recurso de plena jurisdicción o subjetivo, en tanto que, al tratarse de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, procede el recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, activado por quien tenga interés directo para deducirlo, solicitando al Tribunal la anulación del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

En este orden, y con respaldo en profuso desarrollo doctrinario, se ha dicho que lo que se protege con el recurso de plena jurisdicción es el derecho subjetivo originado en la ley o en el acto administrativo, mientras que con el recurso de anulación lo que se protege es el derecho objetivo, exigiendo que el recurrente tenga legítimo interés para proponer la acción. En el primero, el Tribunal resuelve sobre la validez del acto administrativo y las reivindicaciones que fueren pertinentes; en el segundo, en cambio, el Tribunal decide sobre la anulación del acto administrativo en guarda del imperio de la ley o de la norma jurídica lesionada por el acto cuya anulación se demanda.

El recurso subjetivo opera contra un acto administrativo que se dirige a lo particular, singular, o individual del administrado y que trasluce una situación jurídica *inter partes*; por lo mismo, tiene como fundamento la lesión de un derecho subjetivo y con él se persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada frente al abuso de la administración; en tanto que, un recurso objetivo o de anulación, orientado a tutelar el cumplimiento de la norma objetiva que ha sido violentada por la Administración en virtud de la expedición de una norma inferior o de una resolución de carácter general, refiere a un asunto impersonal, objetivo o general y de cuya resolución se desprenden efectos generales o *erga omnes*, de manera que con la anulación del acto impugnado se producirá el restablecimiento de la legalidad, con prescindencia del derecho subjetivo que pudiera invocar quien deduce el recurso.

En este orden de cosas, la autora resalta las diferencias entre los dos recursos. Luego aborda la acción de lesividad, que parte del supuesto de la estabilidad de los actos administrativos, siendo, por lo mismo, la Administración incapaz de revocar sus decisiones en propia sede, ante lo que, mediante declaración previa de lesivo al interés público o al bien común el acto expedido, inicia un proceso judicial de impugnación ante el juez contencioso administrativo para que anule ese acto que generó derechos al administrado. En este cometido, incurre en la minuciosa revisión de tal categoría.

Posteriormente, se centra en la revisión y análisis de los órganos jurisdiccionales en materia contencioso administrativa sobre los asuntos que son de su conocimiento y resolución y de los procedimientos observados en cada acción, para, finalmente y como ejercicio correlativo al tratamiento anterior, dejar de manifiesto, a la luz de casos concretos, los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la jurisdicción y competencia en materia contencioso administrativa.

De lo expuesto, se está ante un trabajo que denota un esfuerzo investigativo que induce a seguir ahondando las categorías abordadas dentro del complejo espectro jurídico administrativo, que, no obstante las innovaciones normativas, empezando por el nuevo marco constitucional, no deja de tener pertinencia y propiedad su enfoque e incidencia.