

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

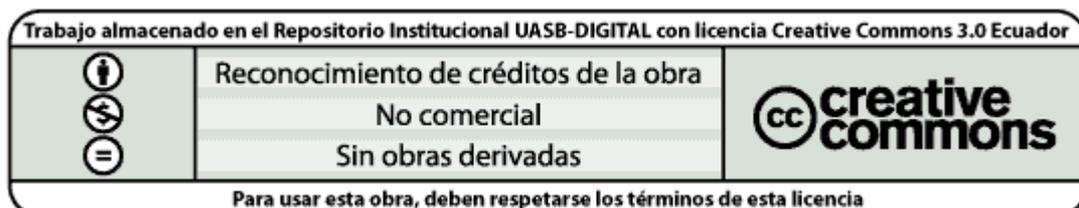
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**El control judicial de la actividad discrecional de la
administración pública en el Ecuador**

María del Carmen Jácome Ordoñez

2015



Yo, María del Carmen Jácome Ordóñez, autora de la tesis intitulada “El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha: Quito, a 9 de febrero de 2015

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

**“EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA”**

Autora

Dra. María del Carmen Jácome Ordóñez

Tutor

Dr. José Suing Nagua

Quito-2014

ABSTRACT

Antiguamente se consideraba que la facultad discrecional de la administración estaba exenta de control, lo que constituía, sin lugar a dudas, un privilegio a favor de los gobernantes, quienes podían actuar de manera arbitraria y contra ley, sin resquemor alguno. Frente a esta situación de inseguridad jurídica y abuso del poder, la humanidad siempre luchó por evitar y disminuir el abuso del poder, y es así como llegamos al denominado Estado de Derecho, que propugna la sumisión de todas las actuaciones del Estado a la Constitución y la ley, es decir, nada puede quedar fuera o exento de control. Allí se concibió como necesaria la facultad discrecional de la administración para tomar decisiones oportunas, pero no como una antítesis de la facultad reglada, sino también como una prerrogativa legal.

Este cambio de concepción de la facultad discrecional de la administración, lleva implícita otra consecuencia y dice relación a la pregunta de ¿cómo pueden los jueces hacer un control judicial pleno de las actividades derivadas de la potestad discrecional de la administración?

El tema que se pone en la palestra para su discusión ha sido objeto de múltiples escritos, foros académicos, debates interminables y mucha tinta derramada, pero aún no existe una posición consolidada y unificada respecto de cómo hacer ese control, en lo único en que todos coinciden es en la circunstancia de que los actos administrativos dictados en ejercicio de una facultad discrecional de la administración, son perfectamente impugnables.

Para lograr un control pleno de las actividades administrativas, se hace indispensable el reconocimiento de una jurisdicción contencioso administrativa plenaria y universal, integrada por jueces independientes, imparciales y competentes, que conciban su labor de control efectivo, sin escudarse en subterfugios, ya sea para dejar de resolver o negar demandas de manera sistemática en casos discrecionalidad. Tal situación resulta inconcebible con el actual marco constitucional en vigencia, que determina la obligación de fallar no solo sobre normas sino también sobre principios, lo que permite a los jueces ampliar sus fronteras, superar el criterio de que la jurisdicción contencioso administrativa es exclusivamente revisora e impide que se deje sin tutela judicial efectiva a ningún ciudadano.

DEDICATORIA

A mis niños Juan José y Macarena

TABLA DE CONTENIDOS

ABSTRACT	4
----------------	---

INTRODUCCIÓN	8
--------------------	---

CAPÍTULO I

LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Noción conceptual	13
1.1. Distinción entre facultad reglada y discrecional	19
1.2. Los conceptos jurídicos indeterminados	25
2. Bases Constitucionales y legales	32
3. Impugnabilidad de los actos administrativos discrecionales	36

CAPÍTULO II

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Fundamentos	44
1.1 El Estado de Derecho.....	46
1.2 La separación de poderes.....	51
1.3 El principio de legalidad.....	58
2. La lucha contra la arbitrariedad.....	70
2.1. La exigencia de motivación.....	75
2.2. La finalidad.....	77
2.3. El derecho a la buena administración	80

CAPITULO III

EL CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. La jurisdicción contencioso administrativa	85
2. La función natural del juez frente a la actividad administrativa	91
2.1.Subordinación al derecho.....	99
2.2. Derecho a la tutela judicial efectiva	102

3. El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa	107
3.1. Control de los elementos reglados del acto	110
3.2. Control de los hechos determinantes	113
3.3. Control por los principios generales del derecho	116
3.3.1. El principio de racionalidad.....	118
3.3.2. El principio de justicia.....	119
3.4. Control mediante el principio de proporcionalidad	120
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	130
Bibliografía	133

INTRODUCCION

La presente tesis propone la investigación de tema importante para el desarrollo del Derecho Administrativo como lo es el “Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa”. Se trata de un tema de actualidad, aún no superado y sobre el cual muchos autores manifiestan que es la razón de ser de la jurisdicción contencioso administrativa.

La temática en análisis nace de la inquietud de la autora respecto de un contenido recurrente en los textos de Derecho Administrativo revisados durante su carrera profesional en la Función Judicial y es el tema que hace relación al control del poder. Cabe recordar que por esencia, quienes detentan el poder público, tienden a ser abusivos y salirse del marco legal establecido fácilmente, más para eliminar tales arbitrariedades, surgió la jurisdicción contencioso administrativa, como una instancia judicial independiente y separada de la labor administrativa, que busca hacer efectivo el necesario equilibrio entre los derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos y las prerrogativas estatales.

Ahora bien, no basta con contar con una jurisdicción especializada, se ha de procurar que esta sea efectiva y eficiente, mas el marco legal en actual vigencia es obsoleto y contradice la Constitución; y es el Art. 6 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el que excluye de impugnación los actos administrativos dictados en el ejercicio de una potestad discrecional de la administración, norma que contradice la esencia de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que propugna el sometimiento pleno de la administración al derecho, es decir ninguna actuación puede quedar exenta de control.

Ante esta circunstancia en el Capítulo I, pretendemos conceptualizar a la facultad discrecional de la administración, entendiéndola como una potestad legal que otorga un margen de actuación a la administración siempre necesario puesto que la ley no puede

preverlo todo. Para que quienes lean este trabajo puedan tener un acercamiento conceptual más claro, se procura hacer una distinción con la facultad reglada de la administración; y, se hace hincapié sobre la realidad actual de que todo acto administrativo tiene elementos reglados y discrecionales, por eso se dice que no existen actos administrativos puros.

Dentro de este mismo capítulo se hace un análisis de la evolución jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, que en un principio entendió que los actos administrativos discrecionales no son susceptibles de control y luego cambió de criterio y aceptó la impugnación de aquéllos.

También se hace referencia a la doctrina alemana de los conceptos jurídicos indeterminados y se los compara con los actos administrativos discrecionales, como una forma de lograr su reducción y control. Al efecto, se cita jurisprudencia y doctrina extranjera, con la finalidad de que esta tesis un tanto compleja, pueda ser comprendida a cabalidad por los amables lectores.

No se podría de dejar de analizar el marco constitucional en actual vigencia y las principales normas que hacen relación a la jurisdicción contencioso administrativa. También se analizan los comentarios de los principales doctrinarios ecuatorianos al respecto, para finalizar con la impugnación de los actos administrativos, requisito indispensable para la existencia de un Estado de Derecho.

El segundo capítulo está dedicado al Control Judicial de la actividad administrativa y se inicia por hacer relación a los fundamentos para hacer dicho control entre los cuales encontramos la necesidad de referirnos a lo que constituye el Estado de Derecho y a aquél trascendente paso de un Estado de Legalidad a uno de Constitucionalidad. También nos referimos a la separación de poderes, indispensable para entender que la jurisdicción contencioso administrativa no es una instancia de ratificación de las actuaciones

administrativas sino un mecanismo judicial e independiente de control de todo el accionar público, aquí nos detenemos a analizar la última condena recibida en contra del Ecuador por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso Quintana Coello y otros, referente a la independencia judicial.

En este capítulo también hacemos un análisis respecto del principio de legalidad y sus implicaciones. Nos detenemos en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, analizamos cómo está conformado y hacemos hincapié en la necesaria incorporación de los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos al plexo constitucional, como una herramienta a la que pueden acudir los jueces nacionales en caso de insuficiencia o lagunas del marco legal vigente. Al efecto, dentro de este proceso de internacionalización del sistema de derechos humanos, nos detenemos en las implicaciones del denominado Control de Convencionalidad, como una herramienta clave para nuestros jueces al momento de expedir sus fallos.

En el segundo acápite del Capítulo II, nos referimos a la lucha contra la arbitrariedad, vista como una aspiración constante de la sociedad, en aras de lograr un buen manejo de lo público y contener las actuaciones abusivas y desproporcionadas. Hacemos relación al principio de interdicción de la arbitrariedad, con interesante jurisprudencia de la región al respecto; también analizamos la necesidad de motivación de los actos administrativos, entendida como una garantía a favor de los ciudadanos.

Se hace también una especial referencia a la finalidad pública de las actuaciones administrativas y cómo aquella adecuación al ordenamiento jurídico podría desviarse ocasionando la nulidad del acto administrativo. En este punto se analizan sentencias nacionales y extranjeras que ven en la desviación del poder, un sistema de reducción y control de la discrecionalidad administrativa. Para finalizar este capítulo, dentro de la lucha contra la arbitrariedad, encontramos necesario referirnos a un tema de actualidad en Europa y algunos

países de la región y sobre el cual se está discutiendo mucho en la actualidad como lo es el “derecho a la buena administración”, entendido como una conducta ética de los funcionarios públicos en aras de conseguir el bienestar de los ciudadanos que viven dentro de una sociedad organizada.

En el Capítulo III se analiza la esencia de la jurisdicción contencioso administrativa profundizando respecto de la labor de los jueces contencioso administrativos, la cual es muy diferente a la del resto de jurisdicciones y hasta nos atrevemos a decir que más importante, debido a los plenos poderes con los que cuentan aquéllos, ya que no sólo están en capacidad de declarar lesivo el acto administrativo que se impugna, sino que además pueden ordenar las medidas adecuadas y necesarias para hacer cesar esa situación dañosa.

En lo que dice relación a la función natural de juez frente a la labor administrativa, se hace un análisis de cómo debemos llegar a convertirla en una jurisdicción plenaria, que debería salir fortalecida de todo este proceso de transformación y reforma que actualmente estamos viviendo en el Ecuador. Al efecto se analiza jurisprudencia de la región que se refiere a cómo hacer este control judicial de la discrecionalidad y cómo los jueces consiguen hacer efectivos sus plenos poderes a través de sus pronunciamientos.

Dentro de este acápite también nos referimos al indispensable derecho a la tutela judicial efectiva, con la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos, permitiendo su acceso a la justicia, resolviendo su reclamación en un plazo razonable y otorgándole el derecho al debido proceso judicial.

Finalmente, con la finalidad de acercar a los amables lectores al tema central de esta investigación, se analizan los principales sistemas de control judicial de la discrecionalidad propuestos en la doctrina y recogidos en jurisprudencia de la región.

El presente es un estudio que recoge muchas inquietudes de la autora respecto de la temática del control judicial de la administración, por eso los doctrinarios citados en su mayoría son jueces o desempeñaron en algún momento labores jurisdiccionales. Además, se procura hacer un enfoque más global y completo al referirnos al sistema interamericano de protección de derechos, indispensable en los actuales momentos en los que se aboga por una internacionalización efectiva de los derechos humanos al incorporarlos al plexo constitucional.

Esperamos que lo que en las siguientes páginas se analiza sea de interés del foro local, refleje el esfuerzo de la autora y constituya un aporte al desarrollo Derecho Administrativo.

CAPÍTULO I

LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Noción conceptual

La antigua doctrina del Derecho Administrativo establecía que existía discrecionalidad siempre que faltase una regulación legal determinada, o dicho en otras palabras, donde no se aplicaba el principio de legalidad. Al efecto, como afirma el profesor español Tomás Ramón Fernández: “En el principio fue la exención. El principio de separación de poderes y el propio entendimiento de la función misma de administrar imponían como algo axiomático e indiscutible la exclusión de cualquier sometimiento de la Administración a un poder superior y exterior a ella”¹.

La función de administrar estaba encomendada al monarca, y se trataba de una facultad que en general estaba fuera de discusión y por lo tanto las decisiones que éste tomaba estaban exentas de control. Nos referimos a la etapa histórica del absolutismo, la que se caracterizaba por la concentración de poderes a cargo del monarca y los actos administrativos discrecionales eran asimilados a los actos de gobierno; por lo tanto la labor administrativa se confundía con la labor gubernativa, justamente por la concentración del poder en una sola persona.

Al efecto, la profesora argentina Miriam Mabel Ivanega manifiesta que: “La autoridad ejercía su función sin oposición con absoluta discrecionalidad y sin responsabilidad alguna

¹ Tomás Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994, p. 26.

frente a los individuos; pues solo se respondía ante Dios y la conciencia.”² De allí aquella tendencia a la inmunidad en el ejercicio del poder.

Al pasar el tiempo, se ha ido comprendiendo que el poder público debe ser controlado en aras de la consecución del bien común; por eso ha sido aspiración constante del ciudadano desde que se configuró el Estado de Derecho, el lograr que la administración pública enmarque sus acciones dentro del principio de la legalidad, exigiéndole cumplidas satisfacciones mediante el juzgamiento de sus acciones por organismos competentes que restablezcan el derecho violado cuando la gestión de gobierno ha rebasado los márgenes de la legalidad.

Por esta razón nace la jurisdicción contencioso administrativa, la cual tiene su origen en dos principios fundamentales que surgieron en la Revolución Francesa: el de legalidad y el de libertad. En este orden de ideas, haciendo una apreciación de tales principios fundamentales, es que se creó la fórmula de protección de los derechos del ciudadano frente a la administración, denominada jurisdicción contencioso administrativa, organizada por el Consejo de Estado Francés y creada por la Constitución Napoleónica³.

El Consejo de Estado, en el sistema francés, es el Juez de la Administración, aún siendo parte de ésta, y es, en uno u otro modo, el modelo o referencia para todos los regímenes contencioso administrativos latinoamericanos.

Como analizaremos más adelante, en el caso ecuatoriano la labor administrativa está separada completamente de la labor judicial y son los Tribunales Contencioso Administrativos los que están llamados a hacer un control de aquella.

² Miriam Mabel Ivanega, *Elementos el Derecho Administrativo*, Serie Derecho Administrativo No. 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 30.

³ Enrique Rojas Franco, *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica*, Presentación de Luis Francisco Obando, San José, Editorama S.A., 2008, p. 11.

Recordemos lo amplia que resulta la actividad administrativa, por cuanto es la forma de interrelacionarse del Estado con los ciudadanos. Es así como las funciones del Estado: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social⁴ y todos los organismos y dependencias de éstos, así como los Gobiernos Autónomos Descentralizados en ejercicio de sus potestades o facultades a través de sus funcionarios y dentro de la esfera de su competencia expiden actuaciones de variada índole como: decretos, disposiciones, órdenes, autorizaciones, permisos, circulares, resoluciones; también hacen la adquisición de bienes sean estos muebles o inmuebles; contratan la ejecución de obras públicas, entre otras muchas actividades que forman parte de la labor administrativa. De esta forma pretendemos dejar en claro que si bien la Función Ejecutiva es la administradora por antonomasia, las demás funciones del Estado y los gobiernos autónomos descentralizados también cumplen aquélla labor aunque de manera más limitada.

Entonces, al ampliarse la labor estatal, debe garantizarse al ciudadano el sometimiento pleno de sus decisiones al derecho y reducir o limitar de esa manera actuaciones arbitrarias de parte de la administración. Como afirma Tomás Ramón Fernández: “Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor⁵, éste es un presupuesto fundamental que deben tenerlo siempre presente quienes detentan el poder público y por eso es tan importante respetar y fortalecer a la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desarrolla un papel de vital importancia dentro de una sociedad organizada bajo el régimen democrático.

De otra parte, con el crecimiento del aparataje estatal se ha identificado la necesidad de una administración activa que no se limite únicamente a aplicar la ley sino a: “...decidir las dificultades de ejecución y juzgar las reclamaciones que la ejecución provoca, lo que es misión de la administración contenciosa. El poder de administrar, considerado en el más

⁴ La división del Estado en cinco poderes tiene su origen en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 establecida en el Art. 136.

⁵ Tomás Ramón Fernández, op.cit., 129.

amplio sentido, comporta así lógicamente el poder de juzgar administrativamente, es decir, la jurisdicción o la justicia administrativa...”⁶. Este poder implica la toma de las decisiones más adecuadas en aras de lograr el bien común de sus ciudadanos. Ahora bien, ese poder se traduce en lo que se denominan potestades o prerrogativas administrativas, que no son otra cosa que los medios jurídicos con los que cuenta la administración para actuar. Por lo tanto, la Constitución y la ley, le atribuye potestades a la administración para actuar.

Una vez entendido el sentido y alcance de las potestades administrativas, remitámonos a un texto clásico del Derecho Administrativo para procurar una definición de la potestad discrecional de la administración. Al efecto, el profesor argentino Rafael Bielsa, manifiesta que el poder discrecional es el conjunto de facultades que la autoridad ejerce sin que ninguna regla positiva de derecho le trace el camino que debe seguir en cada caso⁷. Afirmar además, que la administración pública en el ejercicio de su facultad discrecional, lo hace según la dirección y contenido que ella imprima a su actividad y de acuerdo con cierto grado de apreciación subjetiva. Por tanto, la discrecionalidad constituye esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas⁸, que se dejan al criterio de la administración; y, en la subjetividad de la actuación, existe el riesgo de que la administración tome decisiones arbitrarias. De ahí la necesidad de que la función pública, cuente con el personal capacitado para tomar las decisiones más oportunas y adecuadas en aras de la satisfacción del interés público.

⁶ M.F. Laferrière, Cours théorique et pratique de Droit Public et Administratif, 4ª Edición, París, 1954, tomo 12, pag. 733 y sig. citado por Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, op. cit. p. 26 y 27.

⁷ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1966, p.152.

⁸ Respecto de esta afirmación, el profesor mexicano Jean Claude Tron Petit dice que: “*No se trata de una potestad para elegir, una de entre varias opciones, solo hay una conclusión pero no es evidente y, por tanto, esa alternativa es la que debe descubrirse o construirse para el caso particular*”. *El control de la discrecionalidad en sede jurisdiccional*, Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, México. Artículo publicado en la obra colectiva: “*Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*” Coordinador Juan Pedro Machado Arias, México, Konrad Adenauer Stiftung e. V.,2009.

Al efecto, el profesor colombiano Gustavo Penagos, afirma que si bien, la discrecionalidad consiste en la libertad de opción entre actuar o no según la oportunidad social, política, económica, para lo cual el administrador tendrá en cuenta los hechos, la norma de derecho, y la calificación jurídica de la situación fáctica. Añade que estos constituyen los límites que impiden que el administrador actúe según su capricho, convirtiéndose en los motivos y la finalidad que se determinan al aplicar la ley.⁹ Lo anterior nos lleva a una importante conclusión: la discrecionalidad es siempre limitada, en la medida determinada por la ley; en consecuencia, no existen los actos discrecionales puros que sostenía la antigua doctrina del Derecho Administrativo¹⁰.

Por lo tanto, la discrecionalidad se la debe ejercer dentro de los límites que la ley ordena, es una facultad legal que impone a la administración la toma de sus decisiones respetando el ordenamiento jurídico en vigencia. Pero tan fundamental como el respeto al marco legal, es la necesidad de la existencia de un buen administrador, capacitado para tomar las decisiones más oportunas y convenientes al interés público, para ello, es indispensable hacer efectivo el “derecho a la buena administración”¹¹ que tenemos todos los ciudadanos no solo durante el ejercicio de la facultad discrecional sino durante todo el accionar administrativo. Por lo tanto, se trata de una facultad conferida por la ley a la administración, para adoptar en cada caso la solución más oportuna a las distintas situaciones de hecho que se pudieren presentar, puesto que es imposible para el legislador detallar la solución a cada caso concreto por la amplitud de la actividad administrativa como habíamos referido anteriormente.

Claro está, que la oportunidad de la decisión, parte del supuesto de que la autoridad administrativa está preparada para tomar la mejor decisión en el momento adecuado, de

⁹ Gustavo Penagos, *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos*, Bogotá, Librería del Profesional, 1990, p.12.

¹⁰ Me refiero a la Ley Española de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conocida como Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre de 1888, que excluye del control judicial a los actos administrativos discrecionales.

¹¹ Consagrado en el Art. 41 de la Carta Europea de los Derechos Humanos y que lamentablemente no está previsto en la Convención Americana.

conformidad con la Ley y considerando el fin público de la misma. Como manifiesta el magistrado ecuatoriano, Patricio Secaira Durango: "...la discrecionalidad es la excepción a la actividad administrativa"¹² debido a esa relativa libertad con la que puede actuar la administración, debido a que no todas las conductas administrativas están trazadas por la ley.

El profesor Garrido Falla, sostiene que el poder discrecional no es sino una delimitación del principio de legalidad desde el punto de vista negativo, pues la discrecionalidad se da en aquellos casos en que por defecto de reglas jurídicas no hay lugar a la aplicación de tal principio, supuesto, claro está un reconocimiento genérico de la iniciativa administrativa en la materia de que se trate¹³. Ha de anotarse que esta facultad discrecional es el resultado de una concesión hecha por la ley a la administración. De allí que la discrecionalidad no es una libertad frente a la norma sino una remisión de la ley al caso concreto. Por tanto, se puede afirmar, que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino, al contrario esta aparece por obra de la ley y en la medida que esta señala.

Del análisis de las definiciones anteriores, se desprenden los siguientes elementos:

1. Se trata de una potestad o facultad de la administración;
2. La facultad discrecional de la administración no es extra legal sino que proviene de la Ley;
3. Existe la posibilidad de elección de entre varias opciones la más adecuada a la finalidad pública;
4. Los encargados de aplicarla son las autoridades administrativas de cualquier rango, desde el Presidente de la República hasta cualquier autoridad a quien se le encomiende la toma de decisiones;
5. Sus límites son los que la propia ley señala a la autoridad administrativa.

¹² Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 195

¹³ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos S.A., 1989, p. 180.

Una vez conceptualizada la facultad discrecional de la administración, resulta necesario diferenciarla de la facultad reglada.

1.1. Distinción entre facultad reglada y discrecional

En primer lugar debemos mencionar que las potestades administrativas son otorgadas para conseguir una finalidad pública, en este contexto, la facultad reglada de la administración es aquella que determina de manera agotadora y clara el camino que debe tomar el administrador frente a determinada situación de hecho, es decir que se trata de un caso de remisión al texto legal. En cambio en la potestad discrecional no existe una directriz a seguir, constituye un margen de decisión que se deja en manos de la administración. Ahora bien, aquella no es fácil de tomar al no estar trazado el camino, y dejar al criterio subjetivo del administrador la expedición de la voluntad administrativa, por lo tanto, se deben considerar muchas circunstancias previas antes de tomar una decisión.

Manifiesta el profesor argentino Agustín Gordillo que:

En el primer caso [facultad reglada], la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente... [] En el segundo caso [facultad discrecional], la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales se dictará el acto, sea del acto que se dictará ante una circunstancia...¹⁴.

En el caso de la potestad reglada de la administración existe una aplicación de la ley, de remisión al texto legal, aquí el administrador no encontrará dificultad alguna, así por ejemplo: se acreditará derecho vitalicio a jubilación ordinaria de vejez cuando el afiliado haya cumplido sesenta (60) años de edad y un mínimo de trescientos sesenta (360) imposiciones mensuales o un mínimo de cuatrocientos ochenta (480) imposiciones mensuales sin límite de

¹⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Capítulo VI, IADA-VI-2. Disponible en: www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo6.pdf.

edad (Art. 185 de la Ley de Seguridad Social); otro ejemplo, para ser designado miembro del Tribunal Contencioso Electoral se requerirá tener la ciudadanía ecuatoriana, estar en goce de los derechos políticos, tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años (Art. 220 inciso tercero de la Constitución).

En estos casos, la actividad de la administración se reduce a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado agotadoramente¹⁵.

En la actividad reglada de la administración se determina el momento, contenido y forma de la misma¹⁶. En tal virtud, en el caso de que el administrador se aparte de la estricta sujeción a la ley, es evidente que el administrado puede impugnar y el juez de encontrar ilegal el accionar de la administración, declararlo así o anularlo. En este caso, no hay posibilidad de libertad en la decisión de la administración, puesto que: "...la ley sustituye por anticipado el criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; señala un camino inevitable al administrador que en tales casos prescinde de su apreciación personal sobre el mérito del acto, pues no tiene elección posible"¹⁷. Respecto de la aplicación de la potestad reglada de la administración no hay inconveniente alguno en cuanto a su control, pues el juez contencioso administrativo, garante como es del equilibrio de poderes, de requerirlo el administrado puede hacer un control de legalidad a través de un proceso de subsunción de los hechos al derecho, para eso existe la jurisdicción contencioso administrativa. Sobre la potestad reglada no hay duda ni discusión alguna.

¹⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Civitas Ediciones, 2001, p. 453.

¹⁶ José Roberto Dromi, *Derecho Administrativo Económico*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 465.

¹⁷ Dromi, op.cit., p. 465.

En oposición, el problema se presenta en lo que respecta al control de la discrecionalidad y tal es su trascendencia que Bernard Schwartz afirmó: “Verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad?”¹⁸ o como lo expresara Hans Huber, en el sentido de que el poder discrecional: “...es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”¹⁹

Nos queda claro entonces que el tema de la facultad discrecional de la administración y su control es tal vez uno de los más interesantes y que más desarrollo ha logrado dentro del moderno Derecho Administrativo, a pesar de célebres discusiones y mucha tinta corrida, no es un tema agotado y menos aún resuelto en nuestra legislación.

En la jurisprudencia nacional, son escasos los fallos que hacen referencia a las potestades administrativas. Es así como la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, manifestó:

...la potestad discrecional de la Administración consiste fundamentalmente en la actuación única, oportuna, necesaria, indispensable o conveniente, que realiza dentro de los límites de la Ley, que no fija todos los motivos para actuar, dejándole al agente o funcionario público competente, frente al hecho concreto, la facultad de determinar o aplicar subjetivamente la voluntad final del legislador, *sin que proceda la acción contencioso-administrativa para impugnarlas, aunque en el régimen jurídico se establezca la fiscalización del órgano estadual y la responsabilidad ante la justicia común por la arbitrariedad e ilegalidad al actuar.* (lo resaltado es nuestro)²⁰

¹⁸ Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas, p. 31.

¹⁹ Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tercera Edición, Madrid, Cuadernos Civitas, 2004, p. 29.

²⁰ Registro Oficial No. 660 de 23 de marzo de 1995, Resolución No. 15 dentro del juicio seguido por Nery Ghía Moreno y otra contra la Municipalidad de Quito. En el caso, se impugna el acto administrativo consistente en la orden de derrocamiento de una construcción ordenada por la Municipalidad de Quito. Al efecto, la ex Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, consideró que el juzgamiento por infracciones cometidas sobre construcciones, corresponde a la facultad discrecional de la administración municipal, por lo que, se inhibió de conocer y resolver la demanda presentada. Situación que fue ratificada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia.

Entonces, esta sentencia, si bien define correctamente lo que implica el ejercicio de la facultad discrecional de la administración, manifiesta que no procede la acción contencioso administrativa aún cuando reconoce la necesidad de fiscalización y responsabilidad de la justicia al efecto.²¹

Con el paso del tiempo y sobre un caso similar, también referente a una orden municipal de derrocamiento, demanda respecto de la cual, la ex Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, declaró la nulidad de todo lo actuado por incompetencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, manifestó que:

Así considerado el asunto, es de toda evidencia que, en ejercicio de lo que prescriben los Arts. 196 de la vigente Constitución Política (Art. 196 a la fecha de presentación de la demanda) y 1 y 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las decisiones de los comisarios municipales, que son actos administrativos, pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual, en ejercicio de su elemental deber de control de la legalidad de la administración, estaba en la obligación de examinar y pronunciarse sobre la totalidad del proceso que dio origen al acto administrativo impugnado y no solamente a una parte de este: La sanción impuesta. Lo anterior lleva a la Sala a la evidente conclusión de que el fallo recurrido, por diminuto, dejó de aplicar los Arts. 1 y 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa lo que le condujo a la aplicación indebida el literal a) del Art. 6. del mismo cuerpo legal, todo lo cual otorga suficiente soporte jurídico al recurso interpuesto, permitiendo que la Sala corrija los errores cometidos por el "a quo" en el fallo recurrido²².

Luego de este trascendente criterio, mediante el cual, se deja en claro que la discrecionalidad se refiere a la totalidad del acto y no a una parte; y, además se ratifica la naturaleza contralora de la jurisdicción contencioso administrativa frente a las demandas de los ciudadanos, nos encontramos con un fallo que marcó un hito en el Desarrollo del Derecho Administrativo en el Ecuador dictado por la Sala Contencioso Administrativa de la ex Corte Suprema de Justicia, se trata del caso 339/2001 dentro del juicio seguido por el Dr. Juan Tama Márquez , Procurador Judicial de Carlos Fabián Flores Torres y Ondina Marisol en contra de la Municipalidad de Cuenca en el cual la Sala manifestó:

²² Registro Oficial No 290 de 04 de octubre de 1999, Resolución No. 178, dentro del juicio contencioso administrativo seguido por Mercedes Avila de Páez contra la Municipalidad de Quito. El presente caso resulta interesante para lo que constituye materia de esta investigación académica, puesto que, la Sala Contencioso Administrativa, una vez verificada la procedencia del recurso de casación, procedió a sustituir la decisión del juez inferior y llegó a la conclusión de que había que desechar la demanda, pero con argumentos distintos.

TERCERO: [...]La primera de las excepciones de la municipalidad al contestar la demanda consiste en sostener que el acto administrativo de determinación del uso del suelo es un acto en ejercicio de la potestad discrecional de la municipalidad. Al respecto vale la pena señalar, conforme enseña la doctrina que ha sido consagrada en la práctica de las legislaciones actualizadas de lo contencioso administrativo, actualmente, no se admite la existencia de actos discrecionales, que era el criterio sostenido por la antigua concepción doctrinaria, sino que existen algunos de los elementos de un acto administrativo con carácter discrecional. Vale la pena señalar que ya en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, que fue sustituida por la actualmente vigente, en el Preámbulo de la misma se sostiene que: “La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o a algunos de los elementos del acto”. Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen, y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a lo menos cuatro elementos reglados en toda potestad discrecional, los cuales son: “La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se refiere a un ente y – dentro de este – a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”. (Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, p. 446, octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997). Habiendo pues elementos reglados en todo acto administrativo en el que la ley, respecto de otros elementos, faculta el ejercicio de la potestad discrecional, es evidente que respecto de tales elementos reglados cabe el control jurisdiccional...”²³

Del análisis del fallo antes mencionado se pueden extraer dos temas importantes para analizarlos, el primero que se refiere a que al acto administrativo se puede descomponer a través de sus elementos, es decir no se trata de un bloque rígido que no permite ingresar; y en segundo lugar, se hace referencia a los elementos reglados del acto que pueden estar presentes en todo momento, aún cuando el acto administrativo sea discrecional. Como afirma el profesor ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar Guerrón: “...la existencia de potestades discrecionales, no significa que los actos que provienen de aquéllas no tengan elementos reglados. No existe discrecionalidad pura”.²⁴ De allí que en la actualidad se niegue la existencia de actos administrativos enteramente discrecionales o enteramente reglados, siempre existirán elementos combinados que harán posible su control. Todos los actos administrativos comportan en su formación elementos discrecionales y elementos reglados como por ejemplo la competencia como se analizará más adelante.

²³Resolución No. 199/02 publicada en el Registro Oficial No. 645 de 21 de agosto de 2002. Sobre esta sentencia y su conclusión volveré en el Capítulo II al analizar la desviación de poder.

²⁴ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, 2007, p. 66.

La potestad discrecional de la administración como señala el profesor español García de Enterría: "...comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular"²⁵. Continúa el mismo autor afirmando que se trata de un típico caso de remisión legal, en el cual, el administrador tiene una libertad limitada por el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, no quisiéramos dejar de mencionar que la existencia de potestades discrecionales otorgadas a la administración pública son indispensables para la buena marcha de la administración, toda vez que le permite apreciar cual opción es la que más conviene al interés público. Un ejemplo clásico de aplicación de la facultad discrecional de la administración es la adjudicación de contratos públicos.

Tomemos en consideración que la actividad administrativa es una actividad que comporta la toma de decisiones trascendentales en la vida de cada institución y la ley no puede regular todas las circunstancias, por eso es necesaria la potestad discrecional en manos de la administración pública. Mas lo que preocupa es que la administración por ese poder de decisión convierta sus decisiones en arbitrarias y alejadas de la ley.

Al efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: "... la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado que los aplica, porque de ser así se crearía un espacio para la aparición de actos discriminatorios"²⁶ o en otras palabras no se atendería a la finalidad pública o bien común.

Por lo tanto, la distinción entre facultades regladas y discrecionales sirve para encaminar la actuación de la administración y del juzgador también, puesto que existen

²⁵ García de Enterría y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 453.

²⁶ Corte IDH, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.

elementos que se entrelazan en ambas potestades, lo que permite ingresar en su esencia y de ser el caso efectuar un control. Ahora bien, si no existen actos totalmente discrecionales y en todos se encuentran elementos reglados, es evidente que en los actos con elementos discrecionales ha de haber elementos reglados generales. Es así como la moderna doctrina del Derecho Administrativo los ha identificado de la siguiente manera: la existencia misma de la potestad o facultad discrecional; su extensión, la cual, conforme hemos señalado, no puede ser absoluta; el órgano competente para ejercerla; y, por último, el fin para el que se otorga, que necesariamente tendrá carácter público. Además de estos elementos reglados comunes a todos los actos en los cuales la ley ha concedido la facultad discrecional, pueden existir otros, como el tiempo o modo del ejercicio de la función, etc.²⁷

Entonces resulta evidente que una mayor perfección del sistema administrativo conlleva por lo general una mayor extensión del campo reglado y sería absurdo pretender la desaparición de las facultades discrecionales ya que aquello significaría la eliminación de la política del gobierno. Lo absurdo es pretender que lo discrecional está libre de todo control. Ciertamente es que los elementos discrecionales del acto administrativo no pueden ser objeto de las simplistas normas de control de los elementos reglados, que se contraen a establecer si en el caso concreto se han aplicado las reglas constantes en la ley; mas no es menos cierto que también el campo discrecional puede ser objeto de control, desde luego sujeto a condiciones específicas.

1.2.Los conceptos jurídicos indeterminados

En la práctica administrativa suelen confundirse las decisiones discrecionales con los conceptos jurídicos indeterminados, por tal motivo la doctrina alemana ha tratado de diferenciarlos sobre todo para guiar la actuación de la administración. Cabe señalar que éste constituyó un gran aporte inicial para lograr la reducción de la discrecionalidad, el cual

²⁷ Ver García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 35 a 55.

también ha sido considerado por la doctrina española, con Eduardo García de Enterría a la cabeza, como un sistema de reducción y control de la discrecionalidad²⁸; así mismo, lo ha recogido nuestra legislación en el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública (R.O. No. 686 de 18 de octubre de 2002). De allí la necesidad de analizar esta temática dentro del presente estudio académico.

Empecemos por manifestar que los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Según los profesores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “*Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca*”; y, citan ejemplos como que la mayoría de edad se produce a los dieciocho años, los plazos para interponer recursos, etc. En tanto que respecto del concepto jurídico indeterminado señalan que: “*...la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto*”.²⁹

Para clarificar una definición tan difícil de lograr en un tema complejo, resulta pertinente citar a la profesora mexicana Teresita Rendón Huerta Barrera quien en un interesante estudio sobre los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo, fruto de su experiencia como magistrada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, manifiesta que:

Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de determinados hechos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la discrecionalidad³⁰.

En los conceptos jurídicos indeterminados, la ley no determina con exactitud los límites porque son términos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, a

²⁸ García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit.

²⁹ García de Enterría y Fernández, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 457.

³⁰ Teresita Rendón Huerta Barrera, *Los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2012, p. 67.

pesar de tal indeterminación, esta debe ser precisada al momento de su aplicación y la solución es una sola³¹. Cabe señalar que estos conceptos jurídicos indeterminados no son propiedad exclusiva del Derecho Administrativo sino que están presentes en todas las ramas del derecho, así en el Derecho Civil (buena fe), en el derecho Penal (alevosía); en el Derecho Procesal (división de la contienda de la causa), etc.³² Ahora bien, la particularidad que encontramos en el Derecho Administrativo, es que este tipo de conceptos deben ser valorados por la administración, de allí la importancia de identificarlos para aplicarlos conforme a los hechos del caso concreto y al ordenamiento jurídico vigente³³.

Al respecto, Bergel da una idea muy clara de la razón de ser y necesidad de los conceptos indeterminados con las siguientes palabras:

Ciertos conceptos jurídicos son intencionalmente abandonados en la vaguedad porque la «indeterminación intrínseca» de su contenido es un «factor de adaptación» del derecho. Ellos «tienen por vocación natural ser indeterminados, resultando así todo el tiempo determinables y redeterminables» conforme a las circunstancias y las épocas. Son nociones evolutivas que constituyen, como uno podría decir, «los órganos flexibles o blandos del sistema jurídico», «su carne», por oposición a las nociones determinadas que son «la osamenta».

El derecho tiene, en efecto, necesidad de un cierto número de nociones flexibles o elásticas, de contenido variable, como la falta, la negligencia, la imprudencia, el interés general, la equidad, la urgencia, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público... Hablamos de su propósito y oportunidad de «conceptos flexibles o elásticos», «párrafos de caucho», de «nociones con contenido variable», borrosos, opacos o de penumbra, indeterminados.³⁴

Por lo tanto, podemos advertir que el legislador de manera intencional los deja indeterminados, puesto que su determinación dependerá de cada caso en concreto. Por eso, en

³¹ El tratadista venezolano, Allan Brewer Carías cita el ejemplo de la declaratoria de inmuebles en ruina y lo expone de la siguiente manera: “Cuando la administración tiene competencia para adoptar determinadas decisiones para proteger a la ciudadanía ante las edificaciones que pudieran encontrarse en estado de ruina, la elección de las medidas no es libre, pues en este caso, se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto, que admite sólo una solución justa”. En la *Técnica de los Conceptos Jurídicos Indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*, publicado en la obra *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Germán Cisneros Farías, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera (Coordinadores) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 101.

³² García de Enterría y Fernández, *Tratado de Derecho Administrativo*, p.458.

³³ Dice y con razón Miguel Sánchez Morón que: “Esto no quiere decir que el juez contencioso administrativo deba atenerse a la valoración de los hechos realizada en sede administrativa o que no pueda en el proceso probarse el error de apreciación administrativo”, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 121.

³⁴ Citado por Jean Claude Tron Petit, *El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico indeterminado del Impuesto sobre la Renta*, p.28.

Disponibile en http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7

este tipo de circunstancias, la motivación que se expida deberá ser aún más rigurosa y exhaustiva por parte de la administración.

A decir de García de Enterría y Fernández, la Ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de su funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, conducta de buen padre de familia, justo precio) esto porque estas realidades no admiten otro tipo de determinación más precisa. Afirman, además, que al referirse a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos no admite más que una solución³⁵. Entonces solo encontraremos una respuesta válida al caso concreto, es decir existe buena fe o no la hay, hay falta de probidad o no la hay, existe justo precio o no.

En los conceptos jurídicos indeterminados no existe una pluralidad de opciones que pueda escoger la administración como ocurre con la facultad discrecional, se trata de una sola opción justa “que es aquella que derivaría de la subsunción de los hechos en la esfera significativa del concepto mediante un proceso lógico-jurídico. Este proceso subsuntivo excluiría toda discrecionalidad...”³⁶ En este caso, resulta evidente que la operación que realiza la administración es de naturaleza intelectual: la administración cree, juzga, estima, aprecia.³⁷

Entonces nos encontramos ante un escenario en el que el derecho no es una disciplina aislada de las ciencias exactas sino que está en constante evolución y construcción de procesos con otras ciencias; y, volvemos nuevamente sobre la necesidad de contar con una buena administración que pueda aplicar estos conceptos haciendo un razonamiento lógico que trataremos de explicarlo a continuación.

³⁵ García de Enterría y Fernández, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 457.

³⁶ Miguel Sánchez Morón, op. cit, p.116.

³⁷ Brewer-Carías, *Técnica de los Conceptos Jurídicos Indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*, p. 102.

Según el aporte de la doctrina alemana, en todo concepto jurídico indeterminado existe:

- Un núcleo fijo o “zona de certeza” que es el que tiene datos previos, veraces o certeros (por ejemplo el justo precio de una casa es de USD \$100.000)
- Una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto”, más o menos precisa, es la penumbra (el precio comercial de la misma casa oscila entre los USD \$100.000 o USD \$150.000;
- Una zona de incertidumbre denominada “zona de certeza negativa”, es la exclusión del concepto respecto del núcleo esencial (el precio de la misma casa se fija por sobre los USD \$150.000).³⁸

El problema de los conceptos jurídicos indeterminados es su aplicación ya que ésta se encuentra en la zona intermedia o de incertidumbre o penumbra. Al efecto, el profesor español Mariano Bacigalupo, identifica a los conceptos jurídicos indeterminados como: “aquellos que entre sus zonas de certeza positiva y de certeza negativa cuentan con una zona de incertidumbre o de vaguedad en la cual el juicio sobre la aplicabilidad o no del concepto es problemático”³⁹.

Resulta oportuno analizar una interesante sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de abril de 1964, en la que se establece de manera clara la diferencia existente entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados con respecto a la expropiación de bienes y el justo precio que se debe pagar por ellos. A continuación su transcripción:

..las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles, entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución concreta, mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, justo precio, utilidad pública, etc.) es configurado por la Ley como un supuesto de concepto, de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, como ocurre en el caso de la actuación del Jurado de Expropiación...

Entonces el Jurado de Expropiación, es el órgano encargado de aplicar el concepto indeterminado de justo precio, a unos bienes expropiados, pero éste no tiene libertad para decidir a través de un “proceso volitivo de discrecionalidad”, de entre varios posibles precios justos, sino que a través un proceso de juicio o de estimación ha de atenerse necesariamente

³⁸ Tron Petit, *El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico indeterminado del Impuesto sobre la Renta*, p. 31.

³⁹ Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 199.

sin libertad de decisión a la única solución posible, efectuándose de esa manera un proceso de subsunción de la categoría justo precio al presupuesto concreto que se presente.

Ahora bien, la sentencia antes citada establece claramente que el proceso de integración de un concepto jurídico indeterminado no puede ser un acto de voluntad discrecional, sino al contrario un proceso de estimación y más concretamente de comprobación, a fin de aplicar la ley al caso concreto, para lo cual será necesario acudir a criterios extra jurídicos que se encuentran en otras materias.

Entonces en el caso citado, para la expropiación de este bien y no de aquel, se hace uso de la facultad discrecional y luego se aplica un concepto jurídico indeterminado a fin de establecer el justo precio que se deberá pagar por tal bien.

La confusión radica en que tanto en los conceptos jurídicos indeterminados como en la discrecionalidad, existe un ámbito no determinado por la ley, encontrándose la diferencia en que en ejercicio de la actividad discrecional, la administración actúa con mayor libertad, su conducta no se halla predeterminada por normas legales sino por la finalidad a cumplir. Mas que un juicio de legalidad, la administración realiza aquí un juicio de oportunidad. En tanto que la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados el administrador debe hacer una subsunción de los hechos a la norma dependiendo del caso concreto.

El halo conceptual en los conceptos jurídicos indeterminados reconoce un margen de apreciación que, como manifiestan García de Enterría y Fernández, suele ser confundido con la discrecionalidad, pero no da entrada a la libre voluntad de la administración, sino que se expresa a través de un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa.⁴⁰

⁴⁰ García de Enterría, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 452.

De esta manera evidenciamos que no es tan fácil la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados como parecería a simple vista⁴¹, lo que interesa para nuestro estudio es que aquí hay una sólo solución justa y el juez puede entrar a conocer la decisión ha sido tomada de conformidad con la ley⁴².

La idea de discrecionalidad se va reduciendo⁴³ como han señalado García de Enterría y Fernández no hay exclusión de control sino “dificultad de control”⁴⁴

Estos conceptos jurídicos indeterminados también han sido llamados por la doctrina como normas de textura abierta o también como nociones jurídicas imprecisas y hay casos resueltos por la Corte Constitucional Colombiana que aceptan la validez constitucional de tipos en blanco o abiertos o de conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario,

⁴¹ En ocasiones excepcionales puede ocurrir que los conceptos jurídicos indeterminados colinden los actos administrativos dictados en ejercicio de una potestad discrecional, como ocurrió en un interesante análisis que hizo la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 9 de octubre de 2001 en dónde se manifestó que: “...el acto revocatorio de la visa cuando está soportado en razones de interés público, es un acto de naturaleza administrativa, que colinda entre los denominados actos administrativos soportados en la potestad discrecional y los actos administrativos cuyo sustrato es un concepto jurídico indeterminado. Es decir, tiene una mixtura por tener propiedades de ambos, y allí discurre” (Caso citado por Allan Brewer Carías, op. cit. p. 6)

⁴² Sobre la determinación de dichos conceptos jurídicos indeterminados la Corte Suprema de Justicia del Salvador, expone interesantes criterios, conforme nos refiere Ricardo Antonio Mena Guerra en su tesis intitulada: “Valor y función de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo” (Especial referencia al Régimen Jurídico Salvadoreño) Universidad Autónoma de Barcelona, 2009, p. 133. Véase: Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 111-L-2005, el 7/XI/2005; la Sala expuso que el término idéntico delimita de una manera precisa e inequívoca el área de la realidad a que hace referencia. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 99-P-2000, el 19/XII/2001. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 29-H-1995, el 17/I/1997; por tratarse, de un concepto jurídico indeterminado, para que la entidad administrativa pudiese determinar con certeza si la afectación directa había operado, era preciso que el peticionario aportara toda la prueba necesaria para establecer tal afectación. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 161-R-2001, el 3/I/2005; en cuanto al concepto jurídico indeterminado de “otras actividades” se debe ponderar que en materia tributaria no se aplica la analogía, y que además debe interpretarse congruentemente cada disposición con el texto completo de la ley. Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso ref. 177-P-2004, el 29/V/2006; el término “causa justificada” es un concepto jurídico indeterminado, porque los límites del referido vocablo no se encuentran precisados en la normativa respectiva.

<http://menaguerra.com/index.php/e-libros/item/78-valor-y-funcin-de-la-jurisprudencia-en-el-derecho-administrativo>.

⁴³ Al efecto, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito del Distrito Federal de México, en la Revisión fiscal 49/2005 expedida 13 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit, manifestó: “Así pues, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento”.

⁴⁴ García de Enterría y Fernández, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 462.

sin que ello viole los principios de tipicidad y legalidad.⁴⁵ De su parte la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, consideró que la aplicación del concepto jurídico indeterminado por parte de la administración pública constituye una actividad reglada.⁴⁶ En igual sentido 18 de enero de 1949, el Tribunal Supremo Español manifestó que: “la facultad de la Administración municipal de acordar o no acordar el derribo de una casa está limitada por el resultado que ofrezcan las pruebas practicadas en el expediente, siendo, por tanto, la naturaleza reglada y no discrecional”.⁴⁷

Vemos como dentro de la amplitud de la actividad administrativa, se entrelazan las potestades regladas y discrecionales con los conceptos jurídicos indeterminados.

Para finalizar, este acápite, conviene señalar las diferencias existentes entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. Al efecto, la discrecionalidad implica una libertad de elección entre alternativas igualmente justas que se dejan al juicio subjetivo del administrador o si se quiere, en otras palabras la solución no está prevista en la ley; en tanto que los conceptos jurídicos indeterminados se refieren a un caso de aplicación de la ley, ya que se trata de subsumir en una categoría legal determinadas circunstancias. Entonces mientras la discrecionalidad permite un abanico de posibilidades igualmente justas para solucionar un problema, el concepto jurídico indeterminado permite una sola solución.

2. Bases Constitucionales y legales

Cuando se promulgó la Constitución Ecuatoriana 2008 se afirmó que se trataba de una Carta Constitucional de avanzada y realmente revolucionaria,⁴⁸ tal afirmación no se podría

⁴⁵ Ver Sentencia Consejo de Estado Colombiano, C030-12 de 1 de febrero de dos mil doce, demanda propuesta por Silvio San Martín Quiñones Ramos, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁶ Sentencia de 12 de diciembre de 1963, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, No. 27.344 de 13 de enero de 1964.

⁴⁷ José Luis Villar Palasi y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1993, p.29.

⁴⁸ Juan Montaña Pinto, *La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución Ecuatoriana en Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 203.

aceptar como valedera si es que no se hubiere incorporado en la misma una norma que prevea el control de la actividad administrativa, habida cuenta de que es la única garantía que tenemos los ciudadanos para desarrollar nuestras actividades en un Estado plenamente democrático.

En primer lugar debemos determinar qué tipo de control de la actividad administrativa se puede hacer en el Ecuador. Conforme señala Tomás Hutchinson, existen dos formas de hacer ese control: 1. El denominado francés administrativo o doble jurisdicción: y, 2. El denominado judicial de jurisdicción única⁴⁹

Al efecto, nos parece entonces pertinente analizar la normativa que permitía la impugnación de los actos administrativos prevista en la Constitución de 1998 y la normativa actual expedida en el 2008.

Constitución de 1998: “Art. 196.- 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”.

Constitución 2008: “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

Claramente la norma del 2008 constituye un avance porque reconoce el derecho a la tutela judicial y administrativa efectiva. La del año 1998 solo se refería a la impugnación judicial y la segunda equipara a ambas. De otra parte, el texto constitucional del año 1998 es restrictivo en relación con el constante en las versiones anteriores que no excluyen la facultad de impugnación de los actos administrativos originados en la Función Judicial, el texto constitucional vigente establece la facultad de impugnación de todos los actos emitidos por la administración pública.

⁴⁹ Tomás Hutchinson, *El Sistema Argentino de Control Judicial de la Administración*, Universidad Nacional de la Plata, p. 154.

Pero más allá de esto, tengamos en cuenta que de acuerdo con la CADH: la tutela judicial y administrativa efectiva dimana de ella y la interpretación realizada por la Corte IDH, luego la teorización sobre el derecho a la buena administración y su vinculación con la dignidad de la persona humana. La Constitución del año 2008 incorporó diversas cláusulas destinadas al afianzamiento de los derechos de los administrados frente a la actuación de la administración

Al efecto el Art. 3 en el inciso primero de la Constitución al referirse a los “deberes primordiales del Estado” establece: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...”. En cuanto al orden jerárquico de aplicación de normas establecido en el Art. 425 está en primer lugar la Constitución, luego los tratados y convenios internacionales y luego leyes orgánicas y ordinarias, pero existe una excepción en el Art. 424 que prescribe que cuando los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos reconozcan derecho más favorables que los contenidos en la Constitución, inclusive podrían prevalecer sobre ésta. Conviene referirnos también a lo que prescribe el Art. 11 No. 3 de la Constitución en el sentido de que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

Esta incorporación de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador en materia de Derechos Humanos al plexo constitucional trae una serie de ventajas en favor del ciudadano sobre todo en lo que se refiere al ejercicio de la función administrativa. Por ejemplo, el derecho de toda persona a recurrir ante los tribunales a hacer valer sus derechos, a disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia le ampare

frente a la violación de aquéllos⁵⁰; a disponer de un recurso efectivo que lo proteja frente a actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley⁵¹, etc.

Podemos evidenciar entonces que la Constitución Ecuatoriana reconoce y garantiza el pleno y efectivo goce de los derechos fundamentales de sus ciudadanos con la finalidad última de hacer efectivo el *sumak kawsai*, concepto que hace referencia al bien común de la humanidad⁵² y que en definitiva implica el respeto a la dignidad humana, pues el hombre es el centro de todo el ordenamiento jurídico.

A efectos del presente estudio nos interesa el control jurisdiccional de la administración, es decir aquel por el cual los tribunales de justicia pueden efectuar un control posterior al accionar de la administración siempre que el ciudadano acuda a reclamar sus derechos presuntamente violados sin necesidad de agotar la vía administrativa⁵³. El efecto fundamental del control judicial es dejar sin efecto el acto administrativo, acto normativo, contrato administrativo, reglamento, contrato, hecho, etc y de esa manera resarcir el daño ocasionado al administrado. El control de la actividad de la administración es vital para la plena vigencia de un Estado de Derechos y Justicia que propugna el desarrollo pleno de los derechos de sus ciudadanos/as.

Como bien señala el profesor Ernesto Jinesta:

En suma, el control es consustancial al poder ejercido por la administración, pues éste no existe sin aquél, el control se impone para encauzar la función administrativa dentro de los márgenes permitidos, y lograr así la consecución de los fines públicos, y al propio tiempo, se erige en garante de la probidad y moralidad administrativas, pues la finalidad de los diversos sistemas y procedimientos de control es verificar la

⁵⁰ Véase la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. XVIII.

⁵¹ Véase la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 8.

⁵² Francois Houtart, *El concepto de sumak kawsai (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad*. Disponible en <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101280766#.VGA2qTSG8IQ>

⁵³ Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado.

conformidad o adecuación al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración⁵⁴.

Por lo tanto, la administración debe tomar conciencia de la necesidad de que su actuación sea controlada por la justicia⁵⁵ y en definitiva que sus actuaciones deben ceñirse a la normativa legal vigente.

La labor de control o búsqueda del equilibrio administración- administrado, que hace la jurisdicción contencioso administrativa es de gran importancia para lograr la vigencia de un Estado democrático de ahí que sus decisiones deban ser respetadas y acatadas. Al efecto, vale la pena recalcar la importancia del control, toda vez que, al hacerlo se están garantizando plenamente los derechos contemplados en la Carta Constitucional, además de que se evitan arbitrariedades y abusos de parte de la administración. Más esto no quiere decir que la facultad gubernativa de la administración sea sustituida por el “*gobierno de los jueces*”⁵⁶. Se necesita de una administración dispuesta a ser jurídicamente controlada, consciente de su obligación de actuar con apego al marco legal y sin inmunidades de ningún tipo.

3. Impugnabilidad de los actos administrativos discrecionales

Dentro de un Estado de Derechos y Justicia que procura el desarrollo armónico de los derechos de sus ciudadanos y ciudadanas, resulta indispensable que se hagan efectivas determinadas garantías que otorguen la necesaria seguridad jurídica a sus miembros y se afiance el derecho de contradicción o de oponerse a las decisiones ilegales o injustas de la

⁵⁴ Ernesto Jinesta Lobo, *El Control Jurisdiccional de la Administración Pública*, Revista Judicial. Costa Rica. Año XX, N* 63, septiembre 1997, p.99.

⁵⁵ “En definitiva, igualar a la Administración y al particular ante el derecho, y dar a uno lo que le corresponde, constituye el objetivo del control jurisdiccional de la Administración” Hutchinson, p. 156.

⁵⁶ Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Editorial Civitas, Cuarta Edición ampliada, Madrid, p. 34 []”...*porque el poder judicial no está erigido, ni está por tanto capacitado, para gobernar, sino para dar efectividad al derecho, el cual es una parte, y no toda, del gobierno humano, aunque sea cierto que ese gobierno haya de realizarse en un Estado de Derecho en el marco propio del Derecho*”.

administración. De ahí que se puedan impugnar los actos y resoluciones administrativas emanadas de los distintos órganos del Estado que creen, modifiquen o extingan derechos.

Debemos tomar en consideración que en muchas de las ocasiones a los ciudadanos se les imponen cargas u obligaciones que modifican o alteran su situación jurídica, por lo que el ciudadano considera que sus derechos han sido violados, en el caso de que aquello ocurra, la ley ha previsto mecanismos o remedios legales para que los ciudadanos puedan oponerse a los actos o resoluciones administrativas que consideran adversas.

A decir del profesor Agustín Gordillo: “El acto administrativo al producir efectos jurídicos respecto del administrado debe tener la posibilidad de ser impugnado tanto respecto de los actos de gravamen como de aquellos favorables o ampliatorios de derechos”⁵⁷. El ordenamiento jurídico entonces, debe otorgar, dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, constitucionalmente consagrado, la posibilidad de impugnar los actos y resoluciones administrativas tanto en sede administrativa como en sede contencioso administrativa⁵⁸. Recordemos que aquella posibilidad está prevista en la propia Constitución ecuatoriana en el Art. 173, que es aquél que da vida y sustento a la jurisdicción contencioso administrativa. El texto constitucional utiliza la expresión “actos administrativos” en el sentido lato que es característico de muchos de los autores, es decir englobando en tal expresión todas las declaraciones intelectuales de alcance individual o general siempre que tengan efectos directos. Tal sentido lato aparece también en las leyes secundarias, como el Art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece el Principio de Impugnabilidad de los Actos Administrativos al siguiente tenor: “Las resoluciones dictadas

⁵⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Capítulo VI-35. Disponible en www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo6.pdf

⁵⁸ “El acto administrativo que se presume legítimo, exigible y hasta ejecutorio, es impugnable administrativa o jurisdiccionalmente por los administrados, en ejercicio del derecho de defensa que ampara la Constitución” Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 290

dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.

Normativa que guarda relación con el Art. 11 numeral 3 inciso final de la Constitución que dispone: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

Dentro de la legislación secundaria encontramos la importante norma del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado que prevé la posibilidad de impugnación de todos los actos, hechos, contratos y reglamentos administrativos.

Entonces dejamos en claro que la normativa actualmente vigente en el Ecuador establece la posibilidad de impugnación de todas las actuaciones administrativas, por lo tanto, cualquier disposición en contrario sería inconstitucional, inaplicable y abiertamente opuesta al propósito que guía el accionar de un Estado de Derecho que es el bien común o la satisfacción del interés público, como se analizará más adelante.

Lo que interesa en esta parte de nuestro estudio académico es alertar que la obsoleta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual data del año 1968, en el Art. 6 literal a) dispone la prohibición de control judicial de los actos expedidos en ejercicio de la potestad discrecional de la administración. Norma que definitivamente no guarda relación con los preceptos constitucionales ni legales antes analizados, por lo que, en la actualidad resulta inaplicable.⁵⁹

⁵⁹ Al efecto el profesor Juan Carlos Benalcázar Guerrón manifiesta que: “La vetusta LJCA, está totalmente retrasada respecto de la doctrina moderna del proceso contencioso administrativo, la cual propugna un sistema procesal que gire en torno a postulados de control integral y efectivo de la Administración Pública, de tal forma que haga vigentes, en un todo armónico, las reglas fundamentales de una recta y buena administración:

Cabe recordar que cuando estuvo en vigencia el Art. 196 de la Constitución de 1998, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva aceptó que podían impugnarse los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, en atención a que dentro del entonces Estado de Derecho en el que vivíamos resultaba un contrasentido que existiesen actos administrativos que no sean susceptibles de impugnación⁶⁰. Con la expedición del Art. 173 de la Constitución 2008, se clarifica aún más la posibilidad de impugnación de los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, en concordancia con el principio de supremacía constitucional; y además. de conformidad con el Art. 424 cualquier norma que no mantenga conformidad con aquella, carecerá de valor. Entonces la norma que se debe aplicar es la constitucional de manera evidente.

Al efecto, Marco Morales Tobar en su obra “Derecho Procesal Administrativo” advierte la importancia de la impugnabilidad de los actos administrativos al identificar como garantías jurídicas a favor del administrado a los recursos contenciosos contencioso administrativos; y, además afirma con toda razón que: “el recurso administrativo confiere a los administrados la posibilidad de impugnar una actuación administrativa; en consecuencia, se aprecia con absoluta claridad su distinción respecto de las peticiones, las cuales activan la producción de un nuevo acto, mientras que los recursos se encuentran investidos de una finalidad impugnatoria y por lo tanto suponen la preexistencia de un acto administrativo”⁶¹. Por consiguiente, la impugnación de los actos administrativos va de la mano de la existencia

juridicidad, eficacia y eficiencia”. Op. Cit. p. 85; en tanto que el Juez del Tribunal Contencioso Administrativo Patricio Secaira Durango afirma que el Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “...ha perdido fuerza jurídica...” op. cit. p. 196

⁶⁰ Ver Resolución 198/01 publicada en el Registro Oficial No. 552 de 10 de abril de 2002, Juicio seguido por Eugenia Alexandra Ordóñez Durán contra el Rector de la Universidad Técnica de Machala; Resolución No. 199/02 publicada en el Registro Oficial No. 199/02 dentro del juicio seguido por el Dr. Juan Tama Márquez en contra de la Municipalidad de Cuenca; Resolución No. 257/02 publicada en el Registro Oficial No. 671 de 26 de septiembre de 2002 dentro del juicio que sigue Jaime Izurieta Maldonado en contra de la Municipalidad de Quito; Resolución No. 179/99 publicada en el Registro Oficial No. 290 de 4 de octubre de 1999 dentro del juicio seguido por Mercedes Ávila de Páez en contra de la Municipalidad de Quito.

⁶¹ Marco Morales Tobar, *Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 447

de recursos eficaces que puedan dar solución a los requerimientos de los administrados y de ser el caso resarcir los derechos que pudieron haber sido violados.

Por su parte, Patricio Secaira Durango hace un capítulo especial respecto de la facultad de impugnación de los actos administrativos en su obra: “Curso de Derecho Administrativo” y encuentra la razón de ser de la impugnación de los actos administrativos en el siguiente criterio:

Pero los administrados no pueden ser considerados una especie de seres subalternos, subordinados a las resoluciones de los poderes públicos. Para evitar esta situación, el derecho crea instituciones jurídicas que reconocen el derecho de los administrados a oponerse a las decisiones administrativas que lesionan sus derechos o intereses, a fin de que la autoridad reexamine los casos y deje sin efecto aquellas decisiones contrarias al ordenamiento jurídico⁶².

Ahora bien, para hacer efectivo el principio de impugnación de los actos administrativos debemos acudir a nuestra antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que prevé los siguientes recursos⁶³: a) El subjetivo o de plena jurisdicción; b) El objetivo, de anulación o por exceso de poder; y, c) El de lesividad.

En nuestro criterio, la impugnación judicial de los actos administrativos se la puede hacer mediante la interposición de un recurso subjetivo o de plena jurisdicción, el cual de conformidad con el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es aquel que: “ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata”. Como lo manifestó el magistrado José Julio Benítez Astudillo en varios fallos de la Sala Contencioso Administrativa de la ex Corte Suprema de Justicia: “Se lo ha denominado “de plena

⁶² Patricio Secaira Durango, op. cit., p. 230

⁶³ Cabe recordar que la determinación de la clase de recurso corresponde de manera privativa al Tribunal Contencioso Administrativo y no a las partes conforme ha manifestado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia en la Gaceta Judicial No. 11, Serie 16, sentencia de 27 de marzo de 1998, dentro del juicio seguido por Simón Zumárraga Espinoza contra el Colegio Nacional Alberto Enríquez, p. 2972; Expediente No. 282, sentencia de 9 de abril de 2002 dentro del juicio seguido por Washington Llerena contra el Ministro Fiscal General, publicado en el Registro Oficial No. 551 de 9 de abril de 2002; Gaceta Judicial No. 15, Serie 17, sentencia de 26 de abril de 2004 dentro del juicio seguido por la Asociación de Trabajadores Valentín Plazarte Uriarte contra el INDA y otros, p. 5209.

jurisdicción” porque el juez ante tal recurso está atribuido de plenos poderes, no sólo para declarar ilegal el acto administrativo, sino para hacer cesar la violación del derecho subjetivo y adoptar las medidas pertinentes para reparar el daño causado por la violación”⁶⁴. Se puede proponer este recurso no solamente contra los actos y resoluciones individuales, sino también contra resoluciones de carácter general cuando éstos violan derechos subjetivos del recurrente, en cuyo caso el juez adoptará las medidas pertinentes para hacer cesar el efecto particular, sin atacar el contenido general de la resolución impugnada.

Es importante que el accionante tome en cuenta el término fatal en el que puede interponer el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, que es el de noventa días de conformidad con el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y observar los requisitos establecidos en los Arts. 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para que su demanda sea admitida a trámite. Al respecto, Juan Carlos Benalcázar Guerrón señala que: “El sistema impugnatorio original del contencioso administrativo ecuatoriano no es el más adecuado para las exigencias de la tutela jurídica ni lo satisface a plenitud”. Continúa afirmando que le parecen excesivas las formalidades impuestas a los ciudadanos, los cuales deberán ser seriamente evaluados para hacer efectivo el “derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión”.⁶⁵ Además, el artículo 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun

⁶⁴ Ver Expediente No. 19, sentencia de 28 de enero de 2002, dentro del juicio seguido por Martha Luz Erazo Alvarado contra el Director General del IESS, publicado en el Registro Oficial No. 583 de 27 de mayo de 2002; Expediente No. 127, sentencia de 21 de marzo de 2002, dentro del juicio seguido por Patricia Cristina Torres en contra del Director del INDA, publicado en el Registro Oficial No. 605 de 26 de junio de 2002; Expediente No. 53, sentencia dictada el 8 de febrero de 2002 dentro del juicio seguido por Luis Peñalosa Garnica contra el Rector de la Universidad Central del Ecuador.

⁶⁵ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, op. cit. p. 86

cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [...]”⁶⁶

Por lo tanto, el administrado debe contar con todas las facilidades para acudir a la administración de justicia en procura de resarcir sus derechos subjetivos presuntamente violados, mas el recurso subjetivo o de plena jurisdicción en la actualidad ha perdido su finalidad debido a los requisitos exigidos para su admisibilidad y por cuanto la jurisdicción contencioso administrativa aún no ha logrado la agilidad necesaria para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos de manera oportuna.

Cabe recordar el criterio emitido por la Corte IDH dentro del juicio seguido por la familia Salvador Chiriboga en contra del Estado Ecuatoriano respecto del recurso subjetivo o de plena jurisdicción en el sentido de que: “[...]como lo ha reiterado en numerosas ocasiones esta Corte, la efectividad de los recursos no depende exclusivamente de que estén consagrados en la ley, sino que estos en la práctica sean rápidos y sencillos, y sobre todo que se cumpla con el objetivo de resolver sobre el derecho presuntamente vulnerado [...]”.⁶⁷ En

⁶⁶ En el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs Perú), la Corte IDH manifestó que: “[...]estima que una normativa que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación no puede ser considerada en una sociedad democrática como una limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esa normativa, el cual, a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, no puede ser arbitrariamente restringido ni reducido o derogado[...]. Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrafo 119

⁶⁷ Corte IDH, Sentencia del Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador de 6 de mayo de 2008, Excepción preliminar y fondo: “80. El 11 de mayo de 1994 los hermanos Salvador Chiriboga presentaron un recurso subjetivo, el cual está siendo tramitado ante la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito bajo el expediente No. 1016. Dicho recurso fue presentado con el fin de que se declara nula e ilegal la declaratoria de utilidad pública, con fundamento en supuestos errores del proceso, tales como la falta de notificación de la declaración de utilidad pública y un trato discriminatorio. El 4 de diciembre de 1995 la Primera Sala calificó la demanda. A partir del 5 de julio de 2002 María Salvador Chiriboga ha solicitado por medio de varios escritos que se dicte sentencia, lo que no ha sucedido hasta la actualidad. 81. El 17 de diciembre de 1997 también los hermanos Salvador Chiriboga presentaron otro recurso subjetivo, el cual está siendo tramitado ante la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito bajo el expediente No. 4431. Dicho recurso fue interpuesto con el propósito de que se declarara la ilegalidad del Acuerdo Ministerial No. 417, emitido el 18 de diciembre de 1997 (suprapárr. 3). El 14 de enero de 1999, después de calificada y contestada la demanda, la Sala Segunda abrió el período de prueba. Luego de cumplido este término, el 13 de mayo de 1999 María Salvador Chiriboga solicitó que se pasaran los autos para dictar sentencia, lo cual fue aceptado por la Sala Segunda el 1 de junio de 1999. Sin embargo, desde entonces la señora Salvador Chiriboga ha presentado varios escritos en los que ha solicitado que se dicte sentencia, sin obtener respuesta. El Tribunal advierte que el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina que el recurso subjetivos o de plena jurisdicción tiene

el caso antes mencionado, se condenó al Estado Ecuatoriano por vulnerar el derecho a las garantías judiciales por la falta de efectividad del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, lo que evidencia la necesidad de una reforma urgente del sistema procesal contencioso administrativo, con la finalidad de que los ciudadanos puedan exigir el restablecimiento de sus derechos desconocidos o no reconocidos total o parcialmente y obtengan una respuesta oportuna a sus requerimientos.

De momento lo que nos interesa es dejar en claro que dentro de un Estado de Derechos y Justicia, son susceptibles de impugnación todos los actos administrativos emanados de las autoridades administrativas independientemente de su jerarquía, por lo que, los actos administrativos discrecionales son perfectamente justiciables al tenor de la Constitución ecuatoriana y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Una vez que en este primer Capítulo hemos conceptualizado a la Facultad Discrecional de la Administración, la distinguimos de la facultad reglada y de los conceptos jurídicos indeterminados, analizamos las bases legales y constitucionales para impugnar los actos administrativos discrecionales, considerado como un requisito indispensable de su existencia, se hace necesario, en la segunda parte de nuestro estudio profundizar sobre el Control Judicial de la Actividad Administrativa.

como función proteger el derecho subjetivo de una persona que presuntamente ha sido vulnerado por un acto administrativo. En este sentido, la Corte observa que, a la luz de la ley citada, el proceso del recurso subjetivo debe durar entre 27 y 37 días hábiles dependiendo de si la causa versa exclusivamente sobre cuestiones de derecho o de si además se abre una etapa probatoria. Asimismo, en esta normativa se indica que dentro de este tipo de proceso no se admiten incidentes”.

CAPITULO II

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Fundamentos

En este capítulo pretendemos hacer un análisis de los fundamentos para que exista el control judicial de la actividad administrativa, toda vez que se constituye en una garantía tanto para los ciudadanos y cuanto para la propia administración.

Como se manifestó en el capítulo anterior la intención de hacer un control no es el de sustituir la voluntad de la administración por la juez y hacer un gobierno de los jueces⁶⁸, lo cual resulta inaceptable en la concepción de Estado moderno pues la labor del juez no es gobernar sino ser la boca que pronuncia la ley, pero ya no en el sentido que lo concibiera Montesquieu en su famosa obra “El Espíritu de las Leyes”, sino de una manera más amplia, como nos lo señala César Montaña Galarza en la actualidad el juez sería “boca de la Constitución”⁶⁹.

La actividad jurisdiccional ya no puede ser entendida únicamente como una mera aplicación subsuntiva de la ley al caso al caso concreto, no es aceptable aquella técnica mecanicista y llena de formalismos excesivos dentro de la administración de justicia, urge un cambio radical. Los jueces ya no pueden ser meros aplicadores de la ley porque se está comprendiendo que en la actualidad, las leyes no abarcan la solución de todos los casos posibles, de ahí la necesaria formación judicial a fin de que quienes tienen a su cargo la sagrada labor de administrar justicia comprendan que su rol rebasa el mero conocimiento de

⁶⁸ El profesor Ernesto Jinesta Lobo dice en su artículo sobre *El Control Jurisdiccional de la Administración Pública* que: “El fortalecimiento de un control jurisdiccional de la administración, no supone, ni por asomo, la instauración de un Gobierno de los jueces. Al contrario, el ejercicio de la función jurisdiccional además de no interferir o estorbar la actuación administrativa, contribuye a su realización”, p.101. Cabe señalar que la expresión gobierno de los jueces fue acuñada originalmente por Lambert en 1921.

⁶⁹ César Montaña Galarza, “Argumentación Jurídica en Materia Tributaria”, en *Tópicos contemporáneos de Derecho Tributario*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2013, p. 81

la Constitución y la ley; y, además consideren que a través de sus decisiones se ha “de patentizar y establecer el vínculo debido entre Derecho y sociedad.”⁷⁰

En el caso particular del Ecuador, a partir de la expedición de la Constitución de 2008, se separaron los principios de la administración de justicia de los principios de la Función Judicial. A decir de Santiago Andrade Ubidia:

Esta separación, que técnicamente es mejor, obedece al énfasis que se le da a la justicia como derecho fundamental; recalca el papel del juez como creador de derecho y garante y de los derechos fundamentales; permite distinguir nítidamente entre la labor jurisdiccional y la labor administrativa, y ayuda a abandonar el tratamiento positivista del derecho, ya que se parte de principios.⁷¹

Entonces se resalta la centralidad de la justicia como derecho fundamental de los ciudadanos y se consagran una serie de normas que procuran su efectividad, tales como: los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (Art. 11 No. 3 inciso primero); los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (Art. 11 No. 3 inciso tercero); en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (Art. 11 No. 5); todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11 No. 6), entre otros que serán analizados con mayor detenimiento más adelante.

De momento, basta señalar que esta investigación académica, que tiene la intención de convertirse en un manual de consulta de jueces y abogados litigantes en materia contencioso administrativa, recoge una serie de pronunciamientos judiciales de varios países y los criterios

⁷⁰ Montaña Galarza, op. cit., p. 81

⁷¹ Santiago Andrade Ubidia y otros, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, , Quito, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 247

académicos de algunos jueces, con la finalidad de acercar a los lectores a lo que se propone en otras latitudes respecto de la labor jurisdiccional.

Así, veremos más adelante, en ciertos fallos, posiciones realmente reflexivas sobre las temáticas abordadas, el necesario reconocimiento de los principios generales del derecho para orientar la labor judicial, la importancia que tienen los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos al administrar justicia (prácticamente ignorados en nuestra realidad), así como las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al efecto, las sentencias que son de obligatorio acatamiento para el Ecuador, son las condenas recibidas en su contra, pero las demás constituyen un referente importante de carácter orientativo para la resolución de controversias judiciales.

Es indispensable que quienes administran justicia tomen conciencia de que ya no son únicamente jueces del fuero interno sino que, dadas las actuales circunstancias, se propugna que los jueces ahora son iberoamericanos, por eso es necesario, que asuman su labor de manera responsable y seria, no conformista y cómoda, como lamentablemente ocurre en la actualidad en nuestro país con los llamados operadores de justicia. Ahora bien, es verdad que es importante una labor más propositiva y con mayor iniciativa, pero aquello no quiere decir que esa labor creadora de los jueces, se desborde en un activismo judicial con el pretexto de fallar por principios y no por reglas. Es necesario encontrar un punto medio, pues los jueces están para administrar justicia de manera imparcial, eficiente y expedita.

Lo que se pretende con el control judicial de la administración es encontrar un necesario equilibrio entre los derechos subjetivos de los particulares o intereses legítimos y las prerrogativas estatales con la finalidad de conseguir la armonía en la sociedad puesto que el control nació para proteger al ciudadano frente a los abusos y arbitrariedades del poder.

1.1. El Estado de Derecho

El surgimiento del Estado de Derecho tiene estrecha relación con la centralidad y el protagonismo que ser humano adquirió en el siglo XIX. Entonces, se proclamó que el hombre tenía derechos y que los mismos debían ser garantizados y respetados; y la única manera de conseguirlo era dentro de una sociedad organizada que pasó a ser lo que actualmente conocemos como Estado de Derecho. Ahora bien, esta magnífica concepción del Estado de Derecho es ante todo negativa e implica ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares.⁷²

Al efecto, resulta interesante analizar dos concepciones que le dieron origen, la primera acuñada por los tratadistas alemanes y la otra concebida por los doctrinarios franceses.

Jorge Vanossi, afirma que: “Nace la concepción de Estado de Derecho de la obra de los juristas germanos como una manera de superar la ausencia de una supremacía constitucional, de forma de sujetar la Administración a la legalidad y a someter a un juez independiente –como consecuencia de la división de poderes- la solución de los conflictos en los que estuvieran involucrados los derechos subjetivos de los particulares”⁷³. En tanto que para la doctrina francesa el punto de arranque fue distinto como manifiesta Pedro Coviello: “...mientras los alemanes partían de la noción de potestad, de poder público, verdadero derecho subjetivo del Estado en virtud de considerarlo una persona, los franceses construían la teoría a partir de la fuerza heterónoma que limitaba al poder, como podía ser la solidaridad social de Duguit o la constitución social preexistente de Hauriau...”⁷⁴

Entonces resaltando la centralidad del ser humano como tal y sus derechos, el Estado de Derecho nace para poner límites al poder, evitar la arbitrariedad a través del control de las actuaciones de la administración y asegurar la vigencia del principio de legalidad.

⁷² http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf, p. 30

⁷³ Pedro José Jorge Coviello, *Derecho Administrativo homenaje a Miguel S. Marienhoff*, Madrid, Abeledo Perrot, 1998, p. 195

⁷⁴ Pedro José Jorge Coviello, *Op.cit.*, p.196

Por lo tanto, el Estado de Derecho surgió con la finalidad de lograr una igualdad real entre los ciudadanos, sometidos a un poder, que no sea la ley del monarca absoluto y que los jueces no hagan más que cumplir su voluntad, sino que se pretendió la plena vigencia y garantía de los derechos humanos. El gobierno de los hombres fue sustituido por el gobierno de las leyes, entendida ésta como la expresión de la voluntad general. Entonces los jueces debían limitarse únicamente a la aplicación mecánica de la ley al caso concreto, se trataba de un sistema completamente rígido. Empero, ésta figura ha estado en continua evolución, siempre en atención a garantizar y vigilar la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

Recordemos que este gran logro de someter todas las actuaciones de la administración al derecho se dio para reducir y procurar eliminar de una vez por todas, algunos rezagos del absolutismo, tales como aquellos actos inmunes a control empezando por los actos políticos o de gobierno, que en la antigüedad fueron confundidos con los actos administrativos discrecionales. Por eso desde el siglo XIX a aquéllos se los concibió como inmunes al control, situación del todo inaceptable en la actualidad como se analizará más adelante.

Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra (la Constitución italiana, la alemana, la española y gran parte de las latino-americanas) que completan el paradigma del Estado de derecho al someter también al legislador a la ley- a la ley constitucional, más precisamente- transformando así el viejo Estado de derecho en Estado constitucional de derecho⁷⁵. Entonces un paso enorme en el fortalecimiento del régimen democrático fue la sumisión de todos los poderes del Estado al derecho, en consecuencia, ninguna de sus actuaciones podría quedar inmune al control.

Vale señalar en este punto que el Estado ecuatoriano se constituyó desde que nació como república en un Estado de Derecho, mas fue hasta el año 2008 en que adoptamos una nueva Constitución, con la que nació el llamado Estado Constitucional de Derechos y Justicia, conforme lo establece nuestro Art. 1 de la Constitución. Este tipo de organización,

⁷⁵ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2008, p. 209

intenta ser un Estado de Derecho mejorado, pues comprende el sometimiento no solo a la Ley sino también a la Constitución al derecho y pretende garantizar la realización plena de los derechos de los ciudadanos en armonía con la naturaleza. Dicha concepción resulta interesante, novedosa y hasta ambiciosa, pero de nada valdrá tal concepción de Estado si no se fortalece el control judicial de la administración, y se piensa que el control judicial es nada más que un espacio de ratificación de las actuaciones administrativas, pretendiendo sostener la infalibilidad de la administración, lo cual atenta abiertamente con la intencionalidad de la Constitución 2008.

Como señala el profesor ecuatoriano Ramiro Ávila : “En el estado constitucional, la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder...En suma, en el constitucionalismo se conjugan el estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio”⁷⁶

Entonces en este Estado Constitucional de Derechos y Garantías encontramos una sujeción de toda actividad del Estado al marco constitucional con la pretensión de hacer efectivo el extenso catálogo de derechos consagrado en aquella. Otro avance importante, es el hecho de que en el segundo inciso del Art. 1 de la Constitución, se establezca que la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público, esto último le da una mayor amplitud al ámbito de ejercicio de la labor administrativa, se prevén mayores espacios de actuación.

Recordemos que los ecuatorianos mayoritariamente votamos para cambiar la Constitución, mas no entendimos bien en qué consistía el cambio, pero en realidad el paso fue trascendente: pasar de un Estado de Legalidad a un Estado de Constitucionalidad y el fin último de esta organización es el fortalecimiento del régimen democrático en el Ecuador.

⁷⁶ Ramiro Avila Santamaría, *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Año XV, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p.778

Ahora bien, intentemos desentrañar los principales elementos que configuran un Estado de Derecho:

1. Sujeción del Estado al bloque de legalidad;
2. Subordinación de toda la administración pública a la Función Judicial⁷⁷;
3. Control de la administración pública;

La concepción de Estado de Derecho con los elementos descritos, debe ser asumido por cada Estado y garantizar su plena vigencia.

En la actualidad nos encontramos frente a una realidad de un marco controlador fuerte que pretende limitar el ejercicio arbitrario del poder, más cuando este control no se respeta y se busca al contrario, controlar la actividad ciudadana, en un claro desmedro de sus derechos fundamentales, el sistema de Estado de Derecho no funciona adecuadamente, por eso se dice que para que éste sea efectivo, dependerá mucho de la voluntad de quienes detentan el poder público en primer lugar y, luego de quienes administran justicia puesto que deberán comprender que los litigantes en el juicio contencioso administrativo están en igualdad de condiciones. La administración no tiene privilegio alguno en la concepción de Estado de Derecho.

Al efecto, en el Ecuador encontramos normas que dan cierta ventaja a la administración y terminan con el principio de igualdad procesal. Por ejemplo el Art. 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que establece un plazo más largo para que las instituciones del Estado contesten las demandas planteadas en su contra; así, el particular tiene quince días en tanto que la administración cuenta con veinte días. De otra parte, el Art. 10 del mismo cuerpo legal, establece quince días para interponer el recurso de casación por parte del Estado, con efecto suspensivo y sin necesidad de rendir caución; en tanto que el particular tiene sólo cinco días, y se concede el efecto suspensivo únicamente si se rinde

⁷⁷ Eduardo García de Enterría en su obra *Democracia, Jueces y Control de la Administración* dice: "...sin justicia administrativa no hay efectiva sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, como supone el Art. 103.1 de la Constitución, componente absolutamente imprescindible de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución) digno de ese nombre"p.124

caución. Este tipo de normas atentan abiertamente contra el principio de igualdad de las partes y le dan una ventaja al Estado sobre el particular, situación que resulta inaceptable en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, porque la Administración no es “señor del Derecho”, no está al margen del Derecho, no está vinculado en una parte sí y a otra no del Derecho, porque su vinculación sea menor o más débil que respecto de los demás sujetos, sino que litiga en igualdad de condiciones que los ciudadanos y se encuentra obligada a cumplir todas las decisiones emanadas de la administración de justicia.⁷⁸

1.2. La separación de poderes

Debemos recordar que fue uno de los principales postulados de la revolución francesa, aquél que implicaba la existencia ya no de un sólo poder o concentrado en una sólo persona, sino que se trató de una división de poderes o funciones para ser más claros. El principio de separación de funciones (John Locke, Tratado del Gobierno Civil 1690 y Montesquieu, El Espíritu de las Leyes 1748), juega un papel de vital trascendencia en la conformación de la idea del control jurisdiccional de la administración, dado que fue concebido como una garantía de la libertad, como una forma de la contención del poder por sí mismo (mediante el control mutuo e interacción de los órganos del estado)⁷⁹.

La doctrina del Derecho Público afirma que el poder público consiste en la facultad inherente al Estado que le permite dictar normas obligatorias que regulen la conciencia social de las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción. Resultando necesario hacer referencia a éste, ya que sin poder no es posible concebir al Estado. Según el profesor ecuatoriano Efraín Pérez: “La característica más importante que los autores clásicos atribuyeron a la división de funciones fue la de impedir el abuso del poder”, afirma además, que de acuerdo a la ciencia política, la división de funciones consiste: “en sostener que la mayor garantía de la libertad está dada en un Estado donde, en vez de existir un solo poder,

⁷⁸ Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, p. 129

⁷⁹ Ernesto Jinesta Lobo, op. cit., p. 102

existen varios, oponiéndose entre sí, se moderan recíprocamente, lo cual impide el abuso de cualquiera de ellos”⁸⁰ Criterio que coincide con el del profesor ecuatoriano Jorge Zavala Egas, quien manifiesta que: “La finalidad esencial a la que sirve el principio de división de poderes es la limitación de cada uno y el logro del equilibrio necesario para impedir el abuso del poder preponderante o, peor, único”.⁸¹

En definitiva el poder es uno solo pero esta concepción del sistema de pesos y contrapesos a través de la división de poderes o de funciones, pretende evitar los abusos y arbitrariedades características de quienes detentan el poder, y de esa manera lograr hacer efectivas las libertades ciudadanas y someterlas al control.

Al efecto, cabe señalar que la Constitución ecuatoriana de 2008 rompe la estructura tradicional del Estado liberal basada en la tripartición de poderes y crea una estructura de cinco poderes. Además de los tres tradicionales crea “este poder popular autónomo de ejercicio de control democrático y poder negativo al que denomina Poder o “Función de transparencia y control social” y además, el Poder o “Función Electoral”.⁸²

En cuanto al caso ecuatoriano el poder se divide en cinco funciones a saber:

1. Función Legislativa que la ejerce la Asamblea Nacional, de conformidad con el Art. 118 de la Constitución ; y cuyas potestades corren desde el artículo 120 y siguientes;
2. Función Ejecutiva que la ejerce el Presidente de la República (artículos 147 y siguientes de la Constitución);
3. Función Judicial conformada por los órganos encargados de la potestad de administrar justicia (Arts. 167 a 203 de la Constitución);

⁸⁰ Efraín Pérez Camacho, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, p. 17.

⁸¹ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex S.A., 2010, p. 149

⁸² Albert Noguera Fernández, *Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social*, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 151

4. Función de Transparencia y Control Social que ejerce el Poder Fiscalizador a través del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Arts. 204 a 216 de la Constitución); y,
5. Función Electoral ejercida por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral (Arts. 217 a 224 de la Constitución).

Esta innovación prevista en la Constitución ecuatoriana, a decir de Albert Noguera Fernández: “se dio con la finalidad de crear un nuevo modelo alternativo al democrático liberal clásico de organización del Estado”, mediante el cual se propone superación de la concepción clásica de “tripartición de poderes”.⁸³ De esta manera, en la nueva estructura del Estado ecuatoriano, se afianza y garantiza que el poder no resida en una sola persona y se promueve el imperio del derecho sobre la ley.

Tomando en consideración que todas las funciones del Estado realizan una labor administrativa, consideramos necesario, dentro de este estudio académico, hacer una breve reseña de la labor encomendada constitucionalmente a las nuevas funciones del Estado en nuestro país.

Al efecto, la idea del poder popular como control democrático y poder negativo del pueblo sobre los gobernantes está presente en la llamada Función de Transparencia y Control Social⁸⁴, encargada de luchar contra la corrupción; establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social; investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación ciudadana y control social; organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales, etc. (Art. 208 de la Constitución). Además, también le corresponde al Consejo de Participación

⁸³ Noguera Fernández, op. cit., p. 134

⁸⁴ Noguera Fernández, op.cit, p. 152

Ciudadana y Control Social, la designación de autoridades como el Procurador General del Estado y de las superintendencias (designados de entre las ternas presentadas por el Presidente de la República), de la Defensoría del Pueblo, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, etc. En tratándose de instituciones del Estado que defienden los derechos de los ciudadanos, se garantiza la transparencia en su designación, mediante la conformación de comisiones ciudadanas de selección, que pretenden hacer efectivo el derecho de participación de todos los ecuatorianos en la designación de las principales autoridades de control y que éstas por lo tanto, no tengan vínculo ni compromiso alguno con las máximas autoridades de las otras funciones del Estado.

En tanto que la Función Electoral, nació para garantizar el adecuado funcionamiento de los mecanismos de partición democrática del pueblo, que es independiente de los partidos políticos y de las otras funciones del Estado, que garantiza la imparcialidad en los procesos electorales tanto del los órganos del Estado (Art. 219.1 de la Constitución) como de los procesos internos en instituciones semi-públicas o con incidencia en la actividad pública como colegios profesionales, organizaciones empresariales, sindicatos, organizaciones sociales con incidencia en el funcionamiento del Estado, partidos políticos, etc. (Art. 219. 4 de la Constitución).

Mas en la práctica, vemos que el sistema no es del todo óptimo para el funcionamiento del Estado, pues nos encontramos en la actualidad frente a un fuerte régimen presidencial; en tanto que, la esencia e importancia de la Función Judicial y Legislativa a nuestro criterio desplaza a las nuevas funciones del Estado, es más hay quienes se atreven a manifestar que las nuevas funciones son sólo una ficción.⁸⁵ Al efecto, es necesario resaltar que si no se respeta la

⁸⁵ Juan Pablo Aguilar Andrade, “La cuarta Función del Estado. Análisis de una ficción”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Serie Estudios Jurídicos, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 93 a 194.

independencia de cada una de las funciones del Estado, la nueva estructura planteada será un fracaso.

Volvamos sobre la división del poder en las funciones clásicas que es lo que interesa para este estudio académico. En la actualidad, nos entramos con la novedad de que la división de poderes tal como se la concibió no es absoluta y por el contrario se encuentra en constante evolución. Debe advertirse que no es incompatible con el principio de división de funciones que se permita que un órgano asuma competencias que materialmente se encuadran en las que corresponden a los demás “bien en circunstancias extraordinarias, bien en precisos casos en que lo exija el cabal cumplimiento de un determinado cometido público o el correcto funcionamiento institucional.”⁸⁶

La razón es clara, y se da por ejemplo en el caso del Ejecutivo, que es la Función que administra por antonomasia, cuando en su labor de colegislador puede expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas o cuando debe sancionar proyectos de ley aprobados por la Asamblea (Art. 147 No. 13 de la Constitución) y también realiza labores denominadas cuasi jurisdiccionales, como cuando impone una multa a una comercializadora de gas licuado de petróleo por incumplir la normativa respecto del envasado de cilindros de gas.

En cuanto a la Asamblea Nacional, ésta puede ejercer labores jurisdiccionales cuando ejerce su labor fiscalizadora (Art. 9 de la Constitución), y también emite actos administrativos de variada índole. Observemos que la labor gubernativa la comparten tanto el Ejecutivo como el Legislativo.

En el caso del Poder Judicial, a través del órgano administrativo y de gobierno que es el Consejo de la Judicatura (Art. 181 de la Constitución), puede expedir reglamentos para la

⁸⁶ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *La Ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo*, México, Editorial Novum, 2011, p. 16

buena marcha de los juzgados y tribunales, lo cual constituye una labor legislativa; y, obviamente expide actos administrativos que pueden ser impugnados.

Hemos querido hacer un sucinto análisis de cómo la división de poderes o de funciones no es absoluta. Cualquiera de las tres funciones clásicas puede ejercer otro tipo de competencias que en principio quedaban reservadas pero siempre dentro de la esfera legal.

En todo caso, el presente no es un estudio sobre la estructura del poder público en el Ecuador, lo que pretendemos es demostrar la enorme actividad administrativa que despliega el Estado a través de sus funciones, las cuales se traducen en expresiones de voluntad que pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa. También interesa aquí resaltar que la división clásica de funciones ha sido superada puesto que encontramos que no es absoluta, que debe existir coordinación para el desarrollo de las actividades pero sin que aquello implique invasión de las competencias del otro; y lo más trascendente, es que una de las consecuencias de la división de poderes es la separación e independencia del órgano jurisdiccional frente a la administración, que es el punto que más relación tiene con respecto a este estudio.

Al efecto, cabe recordar la reciente condena de la que fue objeto el Ecuador por la violación del principio de independencia judicial cuando el Presidente de la República convocó a una sesión extraordinaria al entonces Congreso Nacional, en la cual, se destituyó a los miembros de la Corte Suprema de Justicia⁸⁷. Fueron ocho meses sin el máximo órgano de administración de justicia en el país y obviamente ninguna de las otras dos funciones pudo

⁸⁷ El 5 de diciembre de 2004 el entonces Presidente de la República, Lucio Gutiérrez Borbúa, convocó al Congreso Nacional a una sesión extraordinaria en los siguientes términos: Artículo Único.- Convócase al Honorable Congreso Nacional a un período extraordinario de sesiones el día miércoles 8 de diciembre del 2004, a las 11h00, para conocer y resolver sobre los siguientes asuntos: 1. Votación en el juicio político contra los ex Vocales del Tribunal Constitucional. 2. Análisis de resolución sobre la situación jurídico constitucional de la Función Judicial; y, 3. Votación sobre la reforma a la Ley Orgánica de Elecciones relacionada con el derecho de representación proporcional de las minorías en las elecciones pluripersonales.

sustituirla en sus competencias jurisdiccionales. Respecto de los estándares generales de independencia judicial, la Corte IDH manifestó:

144. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial. En el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. El Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante “Principios Básicos”¹⁸⁰), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.⁸⁸

Observamos cómo la Corte IDH, también hace hincapié en la importancia que tiene la separación de poderes a efecto de que se respete la independencia judicial, y hace votos porque nunca más se repita una intromisión grosera del Ejecutivo y Legislativo sobre el Judicial, lo cual dio lugar a una fuerte condena en contra del Estado Ecuatoriano y un estándar muy importante en lo que tiene que ver con el respeto de la independencia judicial en la región.

La nueva estructura del Estado y la organización del mismo debe propender a que esta invasión de las otras funciones sobre el judicial no vuelva a ocurrir. En todo caso, la importancia de abordar la división de funciones en este estudio académico, radica en enfatizar la enorme labor administrativa que despliegan a diario todas las funciones del Estado,

⁸⁸ Corte IDH, *Caso Quitana Coello y otros vs Ecuador*, Sentencia de 23 de agosto de 2013, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 178. Se recomienda ver también *Caso Camba Campos vs Ecuador*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

actividad que podría ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, administración de justicia especializada que debe ser fortalecida dentro de todo el proceso de reforma que estamos llevando a cabo, respetando su independencia y ejecutando de manera oportuna sus resoluciones.⁸⁹

1.3. El principio de legalidad

En este acápite ingresamos al estudio de la razón de ser de la jurisdicción contencioso administrativa, seguramente se trata de un principio escuchado con frecuencia pero incomprendido en cuanto a su real significado y alcance. El principio de legalidad se lo debe concebir como inherente al Estado de derecho⁹⁰, regula el ejercicio del poder público, en beneficio de los administrados y en consecuencia, en procura del bien común.

De acuerdo con Gustavo Zagrebelsky: “El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento...”⁹¹. El principio de legalidad tiene perfecta equivalencia con el de primacía de la ley, lanzado directamente contra el Estado Absoluto. El avance fue trascendente: pasar del imperio del rey al imperio de la ley.⁹²

Cabe recordar en este punto que el nacimiento de este importante principio tiene su origen en Francia y en Alemania; y, nuestros países iberoamericanos han recibido sobre todo del primer sistema una fuerte influencia, de ahí que se aplique este principio a todo el obrar

⁸⁹ La Convención Americana utiliza el término “competente” para señalar al Juez Natural, agregándole los requisitos de ser independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1. Sobre el principio de independencia judicial ver Corte IDH Caso Reverón Trujillo vs Venezuela, Excepción, Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009; Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008; Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Excepciones, Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencias de 2 de julio de 2004.

⁹⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 38

⁹¹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Novena Edición, Editorial Trotta, p. 24

⁹² Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, cuaderno 113, 1972, p.9.

del Estado y si bien es connatural al nacimiento del Derecho Administrativo, también está presente en Derecho Penal y en el Derecho Tributario.

De su parte la Convención Americana de Derechos Humanos preceptúa el principio de legalidad pero desde una visión eminentemente penal, no obstante existen opiniones consultivas como la No. 6 párrafo 32 en la cual manifiesta que las autoridades públicas deben ajustar su conducta al principio de legalidad⁹³; en tanto que en la No. 8 párrafo 24 ha dicho que: "...el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables"⁹⁴. Entonces, el propósito de la existencia del principio de legalidad queda absolutamente claro: eliminar la arbitrariedad de la actuación del poder público a través del control del respeto del sometimiento de toda la actividad estatal al derecho⁹⁵.

En este acápite nos interesa ahondar respecto de las implicaciones que el llamado principio de legalidad trae para los ciudadanos, sobre todo desde la novedosa concepción de Estado Constitucional que prevé la Constitución en actual vigencia, así nuestro artículo 226 prescribe:

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

En tanto que el numeral tercero del Art. 76 dispone que:

⁹³Corte IDH, Opinión Consultiva OC6-/86 de 9 de mayo de 1986, La expresión "leyes" en el Art. 30 de la CADH, Solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay.

⁹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC8-87 de 30 de enero de 1987, El Habeas Corpus bajo la suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁵ Respecto del principio de legalidad, uno de los pocos criterios vertidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia decía: "En ejercicio del supremo principio de legalidad que informa a toda la administración pública en el régimen de derecho y más aún en un Estado Social de Derecho como es la condición del Ecuador, conforme expresamente lo señala el Art. 1 de la Constitución, cualquier otro procedimiento que no sea el antes señalado, que es el determinado por la ley, para separar un funcionario, es un procedimiento arbitrario y en consecuencia la jurisdicción contencioso administrativa, que tiene a su cargo el control de la legalidad, estaba en la obligación de declarar ilegal tal procedimiento sin que en consecuencia se pueda de manera alguna sostener que mediante esa declaración se ha violentado la normatividad constitucional". Ignacio Zambrano contra el Presidente del Congreso Nacional, publicado en la Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 4. Pág. 1133.(Quito, 15 de noviembre de 2000)

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

Se constitucionaliza de esta manera el principio de vinculación positiva de la administración, que implica que en Derecho Público sólo se puede hacer lo que está permitido, en oposición al Derecho Privado en dónde prevalece la autonomía de la voluntad de las partes; y, también deducimos de la norma constitucional la concepción de que todos quienes prestan sus servicios al Estado deben someterse a aquél con independencia del cargo que desempeñen, desde el servidor público de la escala más baja de la carrera administrativa hasta el Presidente de la República deben observar y someterse al principio de legalidad.

Como señala el profesor colombiano Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “Dentro de este marco evidentemente jerarquizado, todo acto estatal deberá colocarse en un punto inferior de la escala vertical del ordenamiento, no pudiendo en ningún momento ser proferido sin la expresa autorización normativa, ni mucho menos contradiciendo los marcos superiores del ordenamiento jurídico positivo”⁹⁶, nos referimos en este punto a la llamada legalidad formal o simple legalidad.

Existe un segundo elemento referente a la legalidad que es la legalidad teleológica⁹⁷, que se afina en la búsqueda constante de los medios para la realización de las finalidades públicas, por lo tanto, no nos podemos conformar con una simple aplicación de la ley al caso concreto sino que debemos procurar una visión mucho más completa, recordemos el ya citado principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución basado no sólo en las normas

⁹⁶ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 42

⁹⁷ Afirma Santofimio Gamboa que: “El elemento teleológico es, en todo caso, un presupuesto importante de cualquier interpretación de los actos estatales. Porque no es suficiente para la plenitud del derecho una simple y formal comparación entre las decisiones del Estado y el ordenamiento jurídico, en especial las del poder administrativo, para concluir que se ha realizado todo un proceso interpretativo de la legalidad”. Op. cit. p. 43

constitucionales sino también en las normas de origen internacional (Art. 11 numeral 3 de la Constitución).

Continuando con el análisis del marco constitucional, en virtud de que los fundamentos del Derecho Administrativo se encuentran en la Constitución⁹⁸, dentro de los derechos de libertad se encuentra en el Art. 66 No. 29 literal d) que dispone que: “Ninguna persona podrá ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”. Esta norma constituye una limitación de Derecho Público a la autonomía de la voluntad de las partes y la que permite que el Estado ejerza su poder público de manera limitada por el ordenamiento jurídico evitando actuaciones abusivas o desproporcionadas.

De su parte el Art. 76 numeral 7) literal 1) de la Constitución establece la obligación de motivar las resoluciones de los poderes públicos basándose en normas y principios jurídicos⁹⁹. En este momento de nuestro estudio lo que nos interesa en dejar en claro que en el caso de que las normas sean insuficientes, los principios, sobre todo aquellos llamados pro homine deben ser considerados a la hora de motivar una resolución de cualquier tipo. (sobre este tema volveremos en el capítulo final).

Finalmente el Art. 11 numeral 8 de la Constitución, dispone que los derechos de las personas se regirán por los siguientes principios: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”. Entonces nos encontramos frente a una realidad constitucional que pretende no únicamente la aplicación del tenor literal de la ley al caso concreto sino también de la Constitución, los principios, la jurisprudencia y las políticas públicas, entendemos entonces que el principio de legalidad ya no es entendido como un típico caso de aplicación del derecho a los hechos.

⁹⁸ Ver una tesis de reciente desarrollada por Pierre Devolvé, “La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del Derecho administrativo” en *La constitucionalización del Derecho administrativo*, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2014, pp. 45- 59.

⁹⁹ Para Agustín Gordillo, los principios podrían ser más importantes que la norma misma y ésta última no los podría contradecir. Ver Introducción al Derecho Administrativo, Capítulo II, p. 10

Cabe señalar además, que el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual viene a completar el marco regulador de la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador, dispone en el Art. 217, entre las atribuciones y deberes del Tribunal Contencioso Administrativo: “2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos...”. Si bien constituye un avance esta norma, resulta evidente que no se ajusta a la Constitución puesto que la labor de la justicia contencioso administrativa es mucho más amplia ya que no se limita a supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos únicamente. Al efecto, es menester recordar aquella trascendental reforma al Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado que dispuso que es materia de la jurisdicción contencioso administrativa todos los actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público (Artículo sustituido por Art. 1 de Ley No. 56, publicada en el Registro Oficial 483 de 28 de Diciembre del 2001). Entonces nos encontramos ante una jurisdicción contencioso administrativa, por esencia contralora de la legalidad de las actuaciones de la administración con una competencia ampliada en cuanto a lo que puede ser materia de impugnación así como su marco de apreciación. Como nos señala el profesor ecuatoriano Marco Morales Tobar:

En la actualidad, se debe mirar el principio de legalidad con mucha mayor amplitud, puesto que el administrador público y la función administrativa no sólo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino a la juridicidad de sus actos, esto es, han de tener presente al derecho en su conjunto, a la misión que como función pública deben desarrollar, es decir la consecución del bien común, todo ello enmarcado dentro del principio de responsabilidad en su actuación, para que conforme el mandato del artículo 227 de la Carta Primera, sus actuaciones estén enmarcadas en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Marco Morales Tobar, op. cit., p.8

La referencia que hace el autor al llamado principio de juridicidad técnicamente obedece a las implicaciones y real alcance que el principio de legalidad detenta en la actualidad.¹⁰¹

Recordemos que esta concepción de principio de legalidad, nace con la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que fundamentado en una noción liberal del Estado, encuentra en la ley una limitación al poder público.

Al efecto, la doctrina de manera mayoritaria prefiere referirse a lo que Hauriou llamaba “bloque de legalidad” integrado por normas, reglamentos y principios¹⁰². Al respecto el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa manifiesta que:

Respecto de la evolución del principio de legalidad en los países latinoamericanos...su fuente primaria más importante se ubica en el principio de supremacía constitucional, heredado de las experiencias revolucionarias y del proceso constitucional norteamericano. En este sentido, tratándose de cualquier aproximación al análisis de la legalidad en nuestros ordenamientos, se debe entender, siempre y en todo lugar, que estamos no sólo ante el respeto y acatamiento de la ley en sentido estricto, sino de la totalidad del sistema normativo a cuya cabeza, según nuestra costumbre institucional, se encuentra la Constitución Política. Por lo anterior, no es extraño hablar en nuestro medio del principio de sometimiento al bloque de legalidad”¹⁰³

Entonces queda claro que dentro de un Estado de Derecho o Estado Constitucional de Derechos y Justicia como se lo ha denominado al Ecuador, la jurisdicción contencioso administrativa se encargará de velar por el cumplimiento no solo del marco legal sino de todo

¹⁰¹ Originalmente Adolfo Merkl hace una diferenciación entre el principio de legalidad y el de juridicidad, manifestando que este último es el que regula las relaciones entre el derecho y la administración. (Teoría General del Derecho Administrativo, México, Editora Nacional, 1975, p. 212) El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas utiliza las expresiones principio de legalidad y de juridicidad como sinónimos (Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, op. cit. p. 148). En oposición a lo que manifestaba Merkl, García de Enterría y Fernández dicen que la expresión principio de juridicidad para reservar el nombre de principio de legalidad al juego procedente con la sola ley formal, parece una complicación terminológica innecesaria. (Tratado de Derecho Administrativo, p. 435).

¹⁰² Al denominado bloque de legalidad se refieren autores como el colombiano Jaime Orlando Santofimio Gamboa, los costarricenses Ernesto Jinesta Lobo y Jorge Enrique Romero Pérez, los españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el argentino Agustín Gordillo, entre otros.

¹⁰³ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, op.cit., p. 40. Sobre el mismo tema el profesor costarricense Romero Pérez dice que para evitar la confusión de que el principio de legalidad implica una aplicación literal de la ley al caso, es más propio hablar del bloque de legalidad. P. 64.

lo que comprende el bloque de legalidad, expresión con la que nos adherimos en nuestro estudio.

Ahora bien, el bloque de legalidad comprende toda la normativa en vigencia ya sea legal o reglamentaria, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y hasta las políticas públicas, en el caso ecuatoriano. Una de las mayores dificultades de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo según el profesor Agustín Gordillo, es partir de normas y principios supraconstitucionales y constitucionales y luego ir subsumiendo en ella las normas de rango legislativo y reglamentario con decreciente valor normativo. Sostiene que el no jurista tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales.¹⁰⁴

De ahí la necesidad de que quienes administran justicia comprendan conforme señala César Montaña Galarza que: "...las organizaciones supranacionales crean Derecho, un ordenamiento jurídico novedoso, autónomo, con su propia naturaleza, caracteres y principios..."¹⁰⁵; que no se conformen con conocer únicamente las leyes y reglamentos internos; y por lo tanto, restrinjan su labor o empiecen por aplicar la pirámide jurídica en sentido inverso, como señala Gordillo. Por lo tanto, nos encontramos frente a una ampliación de aquel bloque de legalidad originalmente concebido por Hauriau al no constituirse en un mero respeto y sujeción a la ley.

Es necesario recalcar que a pesar del paso del Estado de Legalidad al Estado de Constitucionalidad no ha desaparecido el control de la legalidad. Como señala el profesor Ernesto Jinesta Lobo, existe un nexo indisoluble entre Constitución y control dentro de un

¹⁰⁴ Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2000, p. III-25

¹⁰⁵ Ver César Montaña Galarza, *Problemas Constitucionales de la Integración*, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 77

Estado Constitucional. Mas, el poder que en nuestro régimen se le ha concedido a la Corte Constitucional parecería excesivo al convertirse en contralor e intérprete último de la Constitución y por lo tanto todo el accionar de la Función Judicial, por cuanto revisa las actuaciones hasta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y consecuentemente del Tribunal Contencioso Administrativo, lo que ha conllevado a que se complique su labor por la cantidad de procesos puestos a su conocimiento, desnaturalizando la esencia de su actividad.

En cuanto al desarrollo del análisis del principio de legalidad y sus implicaciones al tenor del marco constitucional en actual vigencia, observamos que nuestros jueces tanto en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, como en la Corte Constitucional, aún no han delimitado de manera clara los alcances del mismo, concepciones que resultan apremiantes para orientar la labor tanto jurisdiccional como profesional de los abogados.

Continuando con el análisis del bloque de legalidad o mejor dicho de constitucionalidad, consideramos necesario hacer referencia al Art. 425 de la Constitución que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, de la siguiente manera:

1. Constitución;
2. Los tratados y convenios internacionales;
3. Leyes orgánicas;
4. Leyes ordinarias;
5. Normas regionales y ordenanzas distritales;
6. Decretos y reglamentos;
7. Las ordenanzas;
8. Los acuerdos y resoluciones;
9. Los demás actos y resoluciones de los poderes públicos.

De conformidad con este orden jerárquico de aplicación de las normas, se podría pensar que la Constitución le otorga un rango supra legal a las normas de origen internacional. Mas ocurre que existe una salvedad constante en el inciso segundo del Art. 424 en el siguiente sentido: “La Constitución y los tratados internaciones de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”, norma que constituye un gran avance puesto que otorga un rango inclusive supraconstitucional en el caso de que los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en materia de derechos humanos, consagrasen derechos más favorables a los ciudadanos.

Para complementar el análisis, es necesario referirnos a lo que dispone el Art. 11 de la Constitución:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

En tanto que el Art. 417 dispone que se aplicarán: “los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

Entonces la Constitución ecuatoriana con un criterio de avanzada, otorga a los derechos humanos de origen internacional el mismo rango que los derechos establecidos en aquella. El primer ámbito de internacionalización se determina por el establecimiento de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico interno.

En la actualidad nos encontramos frente a un reto muy grande, al tratar de hacer efectivos la gran cantidad de tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador en materia de derechos humanos, los cuales evidencian el interés del Estado por precautelar la dignidad humana como valor esencial; y, aquello implicaría la incorporación efectiva de los mismos al denominado bloque de constitucionalidad, considerando que el principio de legalidad no es un principio estático, sino por el contrario se trata de un principio dinámico que se encuentra en constante evolución, cuya fuente primaria es el principio de supremacía de la Constitución.¹⁰⁶

En este contexto, la evolución del Derecho Administrativo de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos “...se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad”¹⁰⁷. Desde este contexto fenomenológico resulta necesario reflexionar y detenerse sobre la nueva jerarquía de fuentes que ha traído como consecuencia para el Derecho Administrativo la crisis y transformación de la noción tradicional de Estado dentro del que se inscribe una alternativa de construcción del sistema protectorio de los derechos fundamentales actualmente imperante en Ecuador.

De lo antes expuesto, se verifica la existencia de un nuevo sistema complejo que se construye sobre bases de legitimidad difusas porque la estructura se consolida sobre espacios abiertos, las nociones tradicionales de soberanía política y soberanía jurídica dejan de estar presentes a partir de la ruptura de los paradigmas tradicionales del Estado de Derecho. Al efecto, vale la pena señalar que en su concepción originaria, el sistema de producción normativa en el Ecuador y de resolución de controversias era interno.

¹⁰⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, op. cit., p. 60

¹⁰⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, op. cit. p. 61

Consecuentemente el único productor y aplicador del derecho era el Estado mediante sus tres funciones clásicas. Esto implicaba la sujeción absoluta de los sujetos de la relación jurídica al ordenamiento jurídico nacional bajo el principio de jerarquía normativa.

Cada uno de estos ámbitos están contenidos en tres niveles de Tratados Internacionales que conforman sistemas jurídicos abiertos con preeminencia sobre el derecho interno. A manera de referencia podemos afirmar que son: Estos son: a) El sistema interamericano de derechos humanos; b) El derecho de la integración comunitaria; y, c) El sistema de los tratados bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones.

Nos interesa en este momento de nuestro estudio académico, hacer hincapié en la forma cómo la internacionalización del sistema de derechos humanos ha impactado en el ordenamiento jurídico interno reconfigurándose y resignificando el ámbito de actuación del poder y sobre el cual la administración de justicia ecuatoriana no está dando los pasos adecuados, la razón es simple, no está incorporando ni observando en sus resoluciones las normas de origen internacional. A efectos de nuestro estudio, nos interesa referirnos al llamado Derecho Convencional.

Al efecto, el denominado “control de convencionalidad” ha sido creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* el 26 de septiembre de 2006, que en el considerando 124 manifestó lo siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener

en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Esta creación jurisprudencial de la Corte IDH pretende concientizar a los estados parte del Pacto de San José de la importancia de considerar los fallos dictados por dicho órgano de justicia supranacional en garantía de los derechos de los ciudadanos¹⁰⁸. Entonces, cuando la normativa interna no de solución a una situación de hecho planteada se podría acudir inclusive a los pronunciamientos de la Corte IDH en su calidad de intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos para encontrar una orientación.

Al efecto, los jueces nacionales deben comprender que ya no solo deben observar la normativa interna sino el amplio corpus iuris internacional, respecto de lo cual la administración de justicia ecuatoriana también está en deuda. Recordemos que las condenas recibidas directamente a los Estados parte son de obligatorio acatamiento. En el caso ecuatoriano tenemos trece sentencias dictadas en nuestra contra y la mayoría de las cuales tienen un problema recurrente, la violación a las garantías judiciales (Art. 8.1 CA) y al derecho a la protección judicial (Art. 25.1 CA), lo que debería poner en alerta a las autoridades de la Función Judicial puesto que algo está fallando en el sistema¹⁰⁹.

Para finalizar este acápite referente al principio de legalidad, nos interesa resaltar que el mismo se encuentra en crisis por cuanto: “las leyes ya no son emanación del soberano, sino de las más diversificadas y variopintas instancias de poder: globales, supranacionales,

¹⁰⁸ El Congreso Ecuatoriano ratificó su adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos también llamado Pacto de San José el 12 de agosto de 1977 y aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984. La trascendencia de referirnos a sus pronunciamientos se debe que a que en la región es el único Tribunal Supranacional.

¹⁰⁹ Veáanse los casos: Salvador Chiriboga vs Ecuador (Sentencia de 6 de mayo de 2008); Albán Cornejo vs Ecuador (Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Vera Vera vs Ecuador (Sentencia de 19 de mayo de 2011, Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Tibi vs Ecuador (Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Benavides Cevallos vs Ecuador (Sentencia de 19 de junio de 1998, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Mejía Idrovo vs Ecuador (Sentencia de 5 de julio de 2001, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Suárez Peralta vs Ecuador (Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Suárez Rosero vs Ecuador (Sentencia de fondo de 12 de noviembre de 1997); Caso Chaparro Lapo vs Ecuador (Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Zambrano Lapo vs Ecuador (Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas)

federales, regionales, sociales, etc. Hasta el punto de que la existencia de normas jurídicas cuyo origen se encuentra al margen de los órganos legislativos tradicionales ha invitado a no pocos a reflexionar sobre la crisis del concepto mismo de soberanía”¹¹⁰. Entre las causas de la crisis, Francisco Laporta, señala entre otras: la hipertrofia normativa, derivada del ritmo acelerado con el que se producen leyes, el déficit de comprensión y aplicación de las normas, la fragmentación de la ley, la progresiva pérdida de fuerza o eficacia de la legislación, la imposibilidad material del legislador de expedir regulaciones pormenorizadas que programen detalladamente la actuación de la administración, etc. ¹¹¹

En el caso ecuatoriano, la crisis del principio de legalidad se hizo latente y por eso, el asambleísta constituyente encontró la necesidad de pasar de un Estado de Legalidad a uno de Constitucionalidad, por este motivo, se debería aprovechar como punto de partida la Constitución del año 2008, y apoyar la labor jurisdiccional con un proceso serio de capacitación y fortalecimiento de competencias, tomando como norte los tres ámbitos de internacionalización del sistema jurídico a los cuales nos referimos en líneas anteriores, a saber: a) El sistema interamericano de derechos humanos; b) El derecho de la integración comunitaria; y, c) El sistema de los tratados bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones, con la finalidad de que sean plenamente integrados al bloque de constitucionalidad, posean operatividad directa y se conviertan en fuente de producción y aplicación de Derecho Administrativo interno.

2.- La lucha contra la arbitrariedad

Ha sido aspiración constante de la humanidad entera, la búsqueda de un equilibrio que le permita convivir de manera armónica y en una estructura respetuosa de los derechos de

¹¹⁰ Francisco Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 158

¹¹¹ Laporta, op. cit. pp. 158 y ss.

libertad. Por eso es que se ha perseguido que el poder público no se desborde, sea controlado y se evite la arbitrariedad.

En el siglo XIX se concibió a la discrecionalidad como una actuación arbitraria fuera de ley. Al efecto, cabe recordar que la discrecionalidad está rodeada de juridicidad es decir se trata de un acto legítimo en tanto que la arbitrariedad está rodeada de antijuridicidad es decir se trata de un acto ilegítimo, por lo tanto no son sinónimos.

La arbitrariedad es definida por Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual como: “acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos”.¹¹²

Tanto la discrecionalidad como la arbitrariedad implican una idea de ejercicio de libertad, la primera es una libertad limitada por el fin a que debe responder el acto, en tanto que la segunda es una libertad desenfrenada y mal orientada como señala Marienhoff, de allí que insista el mismo autor en que la desviación de poder tiene su origen en un acto arbitrario de la administración.¹¹³ (concebida como una desviación de la finalidad pública que persigue la administración como analizaremos más adelante).

La libertad de apreciación conferida al administrador en ejercicio de la potestad discrecional, no puede ser confundida con arbitrariedad de ahí la importancia de su análisis en el presente estudio académico. Al respecto, nos parece interesante comentar que la Constitución Española ha consagrado el principio de “la interdicción de la arbitrariedad”, de esta manera ningún poder público puede actuar arbitrariamente o fuera de ley (Art. 9.3). Basado en este importante presupuesto constitucional, el Tribunal Supremo Español, ha

¹¹² Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1979, p. 352.

¹¹³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 431

manifestado que: “arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos”¹¹⁴. Al respecto, cabe citar una sentencia del mencionado órgano de justicia de 17 de junio de 1989 en el que textualmente sostiene: “Las consecuencias que impone el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspiran a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y que se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.” Este principio que surgió en la legislación española y ya sido analizado por la jurisprudencia de su Corte Suprema con la finalidad de evitar los abusos del poder, al que son tan proclives nuestros gobernantes, ha sido también recogido en la legislación y jurisprudencia de varios países latinoamericanos. Así por ejemplo, encontramos un notable avance en la legislación y jurisprudencia de Costa Rica, que en el Voto No. 14421-04 de las 11:00 hrs. de 17 de diciembre de 2004, estableció que existe un nexo indisoluble entre racionalidad de la actuación administrativa, la motivación del acto administrativo y el principio de interdicción de la arbitrariedad de la siguiente manera:

(...) IV.- PRINCIPIO DE INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial objetivos (motivo, contenido y fin) o subjetivos (competencia, legitimación e investidura) y formales (procedimiento y motivación) del acto administrativo, tienen por objeto racionalizar la función o conducta administrativa y, sobre todo, dotarla de logicidad o razonabilidad, evitando que las administraciones públicas sorprendan a los administrados con actos contradictorios, absurdos, desproporcionados o irracionales. Un aspecto de primer orden en todo acto administrativo es la proporcionalidad en sentido estricto entre los medios empleados por la administración pública respectiva y los fines que se pretenden lograr con éste, así como la idoneidad o necesidad de su contenido y, desde luego, cuando resulta aflictivo o de gravamen, la ponderación de su intervención o impacto mínimo. Precisamente por lo anterior, ha surgido en el Derecho Constitucional contemporáneo, como uno de los principios rectores de la función administrativa el de la interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo con el cual la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma. En nuestro ordenamiento jurídico constitucional tal

¹¹⁴ Sentencia de 21 de noviembre de 1985 citada por Tomás Ramón Fernández en *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 82

principio dimana de lo establecido en la primera parte del artículo 11 de la Constitución Política al preceptuar que “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella (...)”. No sobra, por lo demás, advertir, que la arbitrariedad no debe ser confundida con la discrecionalidad administrativa, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa.

Observamos que el fallo citado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, encuentra que si bien no existe mencionado de manera expresa el principio de interdicción de la arbitrariedad, de manera implícita en virtud del principio de sumisión de todos los poderes a la legalidad y por la vigencia de la norma que sostiene que los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que la ley permite. En otra interesante sentencia, la misma Corte manifestó que:

El principio de interdicción de la arbitrariedad supone la prohibición de la arbitrariedad, esto es, de toda diferencia carente de una razón suficiente y justa. El principio de interdicción de la arbitrariedad no está contenido en el de igualdad ante la ley, arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación. La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. (Sentencia 11155-07 de 1 de agosto de 2007)

De su parte el Consejo de Estado Colombiano ha manifestado que: “En virtud de la cláusula del estado de derecho contenida en el artículo 1º de la Constitución Nacional, está vigente en Colombia el principio fundamental de interdicción de la arbitrariedad de la administración”. (Sentencia C-542/05). En lo que se refiere al caso argentino, el profesor Juan Carlos Cassagne nos manifiesta que si bien no hay en el texto constitucional de aquél país una referencia tan precisa “existe en el ordenamiento constitucional un conjunto de preceptos

que permiten afirmar que el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional”. Al efecto, se refiere a la norma del Art. 19 de la Constitución Nacional, que prescribe: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”¹¹⁵.

Al efecto, en el Ecuador tenemos consagrado el Art 226 que dispone:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”

La norma antes transcrita, al disponer el sometimiento de todas las actuaciones del Estado a la Constitución y la ley, está consagrando de manera implícita el principio de interdicción de la arbitrariedad, precautelando los derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones del poder. Dentro de la normativa en actual vigencia encontramos también el Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública” (R.O. No. 686 de 18 de octubre de 2002), el cual resultaría aplicable al ámbito del Ejecutivo, mas, si bien constituye un aporte a nuestra legislación, en virtud de que es un tema que no se comprende, y por ello no se ha llegado a aplicar.

Entonces nos encontramos frente a una cláusula del Estado de Derecho que obliga a que las autoridades tomen decisiones razonas y motivadas en los hechos y en el derecho, aquello por seguridad jurídica de sus ciudadanos para que aquéllos entiendan en qué consisten las resoluciones administrativas en un lenguaje claro e inteligible de tal forma que el administrado entienda qué debe hacer o dejar de hacer. Al conformarse la voluntad administrativa de manera clara para el ciudadano, los actos administrativos gozarán de legitimidad y podrán ser ejecutados. Como se manifestó en líneas anteriores, la cantidad de controles impuestos desde el marco constitucional pretende prevenir la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

¹¹⁵ Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 197

2.1. La exigencia de motivación

Dentro de la lucha contra la arbitrariedad, consideramos necesario retomar el análisis respecto a la motivación de todas las actuaciones de la administración como requisito indispensable para su validez.

Al efecto, Tomás Ramón Fernández sostiene que el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y arbitrario es la exigencia de motivación de los actos administrativos¹¹⁶. En tanto que el profesor mexicano Jean Claude Tronp manifiesta que: “La motivación es el antídoto de la arbitrariedad o un medio para su interdicción, en la medida que, a pesar de los márgenes de libertad y elección que tengan las autoridades, deben dar cuenta y demostrar el buen uso de sus facultades, justificando la legalidad de atribuciones regladas o la legitimidad de las discrecionales”¹¹⁷. En tanto que el Dr. Ernesto Jinesta Lobo afirma que el motivo del acto administrativo son los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo y sobre las cuales la Administración Pública entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de éste¹¹⁸. Tales antecedentes para la emisión del acto administrativo deben ser legales y probados con la finalidad de dotar de legitimidad a la expresión administrativa que se haga, en consecuencia la administración está obligada a hacer muchas consideraciones de manera previa a ejercer su voluntad administrativa, situación que parecería ser obvia, pero cuando el poder quiere desbordarse, deja de observarse este esencial requisito.

Ahora bien, esta exigencia de motivación de los actos administrativos constituye un requisito de validez y consiste en el detalle de los hechos y el derecho en el acto

¹¹⁶ Tomás Ramón Fernández, op. cit., p. 82

¹¹⁷ Jean Claude Tron Petit, *El Control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional*, Artículo publicado en la obra colectiva: *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina* Coordinador Juan Pedro Machado Arias, México, Konrad Adenauer Stiftung e. V., 2009, p. 20

¹¹⁸ Ernesto Jinesta Lobo, *Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de las Administraciones Públicas en Visión actual del acto administrativo*, Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, Finjus-Adda, 2012, p. 4

administrativo, no es del todo sencilla para la administración, en ocasiones resultará muy fácil de lograr y en otras debido a la complejidad de la situación administrativa resultará una tarea harto difícil. Cabe señalar que una respuesta vaga, oscura, incomprensible de la administración también será considerada como falta de motivación y el efecto principal de aquella falta de motivación será la declaratoria de nulidad del acto administrativo.

Como señala Francisco González Navarro, en ocasiones nos podemos encontrar con decisiones que, por lo estricto de su motivación o por la vaguedad de términos de ésta, podrían considerarse como arbitrarias e inclusive ilegales, pero que resulten ni lo uno ni lo otro y el tribunal las declare como válidas. Esto porque en ocasiones la motivación puede resultar muy difícil y por ende escueta, pero no por ello se puede considerar que el acto sea arbitrario.¹¹⁹

Respecto de cómo la administración debe hacer la motivación de sus actos, nos permitimos transcribir una interesante sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de México, en la cual se manifestó que:

El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción (No. Registro: 170,843 / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / XXVI, Diciembre de 2007 / Tesis: P./J. 50/2007 / Página: 960).¹²⁰

¹¹⁹ Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, Universidad de Navarra S.A., 1997, p. 432

¹²⁰ Citado por Jean Claude Tron, op. cit., p.20

De lo anterior, se desprende que la motivación no debe ser del todo agotadora, sino que dependerá de las circunstancias, ya que en ocasiones se podrá realizar una motivación total y en otras, esto no será posible, pero lo fundamental es que entiendan los administradores, que toda decisión que expidan debe contar con los presupuestos de derecho y las circunstancias de hecho que dieron origen a su actuación.

En una interesante sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia el 30 de octubre de 2001, luego de considerar el texto del numeral 13 del Art. 24 de la Constitución Política de la República entonces vigente y el Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado concluyó que:

...no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas y principios en que haya fundado...debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano en relación con los resultados del procedimiento. De modo que no se puede, ni aún realizando una interpretación extensiva, que en el caso no sería aceptable por tratarse de derecho público, admitir que la motivación conste en documento aparte de la resolución¹²¹.

Este pronunciamiento respecto de la importancia de motivar el acto administrativo dentro del mismo texto, con los presupuestos de hecho y las razones jurídicas, trae como consecuencia que el administrado pueda comprender el motivo del pronunciamiento estatal y lo que debe hacer o dejar de hacer. Esto genera en el ciudadano seguridad jurídica, se hace efectivo el equilibrio en la relación administrado-administración y se vela por una tutela judicial efectiva.

Se debe salvaguardar el derecho que tiene el ciudadano para oponerse a las decisiones administrativas, pero también se genera un rol positivo para persuadirlo sobre las virtudes de la decisión, legitimando la actuación de los poderes públicos y fortaleciendo de esa manera el régimen democrático.

2.2. La finalidad

¹²¹ Juicio seguido por el Dr. Julio César Zúñiga Rocano en contra del Rector de la Universidad de Cuenca publicada en el Registro Oficial No. 522 de 10 de abril de 2002

Dentro de este acápite referente a la lucha contra la arbitrariedad consideramos necesario referirnos al fin público que persigue toda actuación estatal. Recordemos entonces, que la finalidad del control es hacer un examen de la adecuación de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico y velar porque el bien público prevalezca.

Como señala Julio Prat, la elección del fin pertenece al dominio de la legalidad y por esta razón se vuelve el límite externo en poder discrecional.¹²²

Los fines en el Derecho Público están dados por fórmulas elásticas que utilizan verbos como: propender, fomentar, impulsar, cooperar, velar, etc. El apartamiento del fin por parte de la administración conoce una sola sanción: la desviación de poder. Según Dromi¹²³ existe desviación de poder cuando el órgano estatal actúa con una finalidad distinta o diversa de la perseguida por la ley, excediéndose de este modo en los poderes que le han sido otorgados.

Añade además que en la desviación de poder se hace uso de facultades ilegales y se toma a la ley como medida para consumir la arbitrariedad, en los siguientes casos:

1. Fin personal como venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.
2. Fin extraño, esto se da al querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro.
3. Fin administrativo distinto del querido por la ley, surge cuando se protege un interés de carácter general, pero diverso del querido por la ley.

Si la ley otorga determinada atribución a un funcionario, ésta se da para cumplir una finalidad específica y no otra distinta, resultando en el caso de desviación de poder una transgresión a los límites de la discrecionalidad, un vicio del acto administrativo que por tanto puede ser anulado.

¹²² Julio Prat, *De la desviación de poder*, Montevideo, 1977, p.149

¹²³ Dromi, op. cit., p.549

Al respecto el profesor Prosper Weil, sostiene que en efecto el juez puede anular por desviación de poder las decisiones que, regulares en los demás aspectos, han sido tomadas por la administración con un fin diferente del que asigna la regla de derecho, así por ejemplo: decisiones cuyo fin es ajeno a todo interés público y están inspiradas por favoritismo, animosidad personal, defensa de intereses privados; decisiones que, aun persiguiendo el interés general, no han sido tomadas con el fin preciso señalado legalmente en el acto, ya que los fines de la administración no son intercambiables; decisiones que están viciadas por alteración de procedimiento que no es el previsto para las medidas de que se trate y que ha permitido a la administración eludir determinadas formalidades o descartar determinadas garantías.¹²⁴

Ahora bien, cabe señalar que la desviación de poder presenta una dificultad probatoria por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es difícil que la forma externa del acto nos de elementos para determinar la desviación de poder, como sostiene Gordillo, la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso.¹²⁵

En general la prueba de la desviación de poder resulta del todo compleja, puesto que se apela a la intención psicológica del autor, se trata entonces del control de la legalidad interna. Si el agente público hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual le habían sido conferidos, su decisión debe anularse. Esta desviación del fin está ligada estrechamente con la llamada moralidad administrativa, ya que las decisiones tomadas por el funcionario deben siempre propender al bienestar de los funcionarios si hace lo contrario se aparta del cause no sólo jurídico, sino también ético y moral.

¹²⁴ Prosper Weil, *Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 161-162

¹²⁵ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Macchi, 1977, p. VIII-33

A manera de ejemplo conviene recordar una antigua sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, que anuló una decisión del Consejo Municipal de Cuenca por desviación de poder, al omitir establecer la incidencia que el uso del suelo pretendido podía tener respecto de la colectividad, condicionándose a que este aspecto sería resuelto cuando se presentara el respectivo permiso de construcción. El Municipio de Cuenca, no tomó en cuenta la finalidad pública en lo referente al uso del suelo, por lo que la Sala de de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, declarando la nulidad del acto administrativo impugnado, casó la sentencia recurrida por desviación de poder.¹²⁶ Entonces se pone énfasis en que uno de los elementos del acto administrativo es su finalidad y si esta cae en desviación de poder, la conducta de la administración deviene en arbitraria por lo que procede su anulación.

2.3. Derecho a la buena administración

En el capítulo primero se hizo ya una breve referencia al Derecho a la buena administración que está en actual discusión en foros europeos, entendiendo al ciudadano como el centro de la labor administrativa y en procura de garantizar sus derechos, sobre todo el de libertad. Una vez más uno de los principios del Derecho Natural empieza a positivarse, el deber de un buen gobierno fue tratado por diversos autores clásicos como Platón, Sócrates o Aristóteles.¹²⁷ Este derecho de alto contenido filosófico va de la mano de la ética o moralidad pública, por lo tanto, son las autoridades administrativas las llamadas a hacerlo efectivo, tomando decisiones oportunas y adecuadas a las diversas circunstancias que se presenten en cada caso particular, considerando siempre la prevalencia del interés público por sobre el interés privado. (desde una perspectiva meramente funcional)

¹²⁶ Sentencia de 31 de mayo de 2002, dentro del juicio seguido por el Dr. Juan Tama Márquez, Procurador Judicial de Carlos Fabián Flores Torres y Ondina Marisol Segarra en contra de la Municipalidad de Cuenca. R.O. No. 645 de 21 de agosto de 2002

¹²⁷ De Asís Roig, r., *Deberes y obligaciones en la constitución*, CEC, Madrid, 1991, p. 269, citado por Juli Ponce Solé, *El Derecho a la buena administración, discrecionalidad administrativa y mejora de la gestión pública*, p. 305 http://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/documentos/revistas/2012/16_juli_ponce_sole.pdf

El reconocimiento paulatino del derecho a una buena Administración, en documentos y normas jurídicas ha llevado a Cassese a hablar del “siglo de la buena Administración” (Cassese: 2009, 1037). Este derecho, al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad actúa como un límite más allá de la mera arbitrariedad, siendo, además, guía para los gestores públicos en la toma de decisiones¹²⁸.

Entonces, el derecho a la buena administración, es la antítesis a la mala administración e implica una gestión adecuada de lo público, previniendo la arbitrariedad o abuso del poder o el uso desproporcionado del poder que puede devenir en corrupción. Al efecto, se destaca el papel del Defensor del Pueblo en la vigencia y garantía de los derechos de los ciudadanos, es decir se da una perspectiva de derecho humano al derecho a la buena administración.

El Dr. Ernesto Jinesta Lobo conceptualiza al derecho a la buena administración como “un derecho de nueva generación o si se quiera, de cuarta generación” y afirma que cuando nos referimos a aquel:

...se evoca una aspiración común y universal, compartida por todos los regímenes políticos democráticos y respetuosos de las libertades, de que los poderes públicos se comporten, frente a las personas que son destinatarias de sus potestades, prerrogativas, competencias, atribuciones, servicios y regulaciones, de manera correcta, regular y conforme al bloque de legalidad y, sobre todo, con el estatuto constitucional e internacional de los derechos fundamentales y humanos en cabeza de los administrados¹²⁹

Nuevamente la fuerza expansiva de un orden público supranacional sobre los ordenamientos internos que encuentra su pilar fundamental en la internacionalización del sistema universal de los derechos humanos. En la actualidad, el derecho a la buena administración, concebido como un derecho humano, ha traspasado las fronteras de una materia aislada para invadir y complementar la esfera de todas las ramas de la ciencia jurídica, y el Derecho Administrativo no podía ser la excepción.

¹²⁸ Juli Ponce Solé, op. cit, p. 305

¹²⁹ Ernesto Jinesta Lobo en VII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano: *Reforma de la Administración Pública y la Carta Iberoamericana de Administración Pública: Caso Costa Rica*, p. 20

Ahora bien, porqué hemos decidido referirnos al derecho a la buena administración dentro de esta investigación académica dentro de lo que hemos denominado la lucha contra arbitrariedad? Porque consideramos que si todos aquellos que detentan el poder, reconocen el derecho a la buena administración que tenemos todos ciudadanos, ésta será mas eficiente, respetuosa del marco constitucional y legal vigente; y obviamente, se convertirá en un sistema de contención contra el abuso del poder.

El derecho a la buena administración está contemplado en el Art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹³⁰ En el caso de España, se encuentra incorporado de manera implícita en la Constitución de 1978, en los artículos 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad); 31.2 (principios de economía y eficiencia del gasto público) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia); normas que afectan de manera directa el desarrollo de las actividades dentro de la función administrativa.

En cuanto a la situación de Latinoamérica, como se mencionó antes, la Convención Americana de Derechos no hace referencia alguna al efecto, no obstante, dentro de los ordenamientos jurídicos encontramos un interesante avance en la Constitución de Costa Rica, que se refiere al derecho a la buena administración de manera implícita en sus artículos 139.4 y 140.8 que tratan sobre la “buena marcha del gobierno” y “el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”; y, existen interesantes sentencias expedidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como la que se cita a continuación:

¹³⁰ Artículo 41.- Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable;
2. Este derecho, incluye en particular:
 - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en cuenta en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones;
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros;
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

“Redacta el Magistrado Ernesto Jinesta Lobo; y, CONSIDERANDO: VI. DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 en la medida que incorpora el principio de “eficiencia de la administración”. Esta garantía individual atípica e innominada se acentúa en tratándose de servicios públicos esenciales de carácter asistencial como los de la seguridad social (...)” Voto 7532-2004¹³¹

Del texto de la sentencia antes transcrita se infiere que el derecho fundamental a la buena administración implica el derecho de los ciudadanos a recibir servicios públicos de calidad en todas las instancias de actuación de la administración, resulta por lo tanto evidente que se trata de un beneficio a favor del ciudadano, entonces además de constituir un medio de garantía de satisfacción de servicios públicos con calidad y eficiencia, se garantizan los derechos fundamentales consagrados en las Cartas Constitucionales.

Este derecho a la buena administración debería recogerse en Códigos Éticos que servirán para guiar la actividad de los que detentan cargos de decisión dentro de la administración pública, quienes deben concebir lo que hacen como una vocación a favor de los ciudadanos, como un servicio que logrará sacar al país adelante, velando siempre por los intereses de la colectividad y no por los suyos propios. Volvemos aquí a la necesidad de motivación de los actos administrativos y del llamado expediente administrativo, en donde deben constar todas las actuaciones administrativas. Al efecto, cabe señalar, que en no pocas ocasiones, la administración por las presiones que recibe para acelerar sus procesos o por desconocimiento en otros casos, deja de abrir el expediente administrativo, en claro detrimento de los derechos del ciudadano. Esto constituye una presunción en contra de la actuación de la administración que raya en abuso de poder.

¹³¹ Ver Votos Nos. 5207-2004 a las 14:55hrs. de 18 de mayo de 2004 y 1732-2004 de las 17:03 de 13 de julio de 2004.

Entonces, urge entender que el objetivo central de las decisiones administrativas ya no es proteger al poder sino los derechos de los ciudadanos, por esta razón muchos autores abogan por una reinención de la relación administración-administrado.

Para finalizar este segundo capítulo, consideramos necesario recalcar que la comprensión actual de la jurisdicción contencioso administrativa como contralora de la actividad administrativa, tiene su origen y fundamento en el Estado de Derecho, así como en sus pilares más importantes como son el principio de legalidad y el de separación de poderes, los cuales han sufrido una transformación debido al proceso de internacionalización del ordenamiento jurídico y al paso del Estado de Legalidad a uno de Constitucionalidad de acuerdo a la nueva jerarquía de fuentes establecida en nuestra Carta Constitucional. Por esta razón, dentro de la actual organización del Estado ecuatoriano, la lucha contra la arbitrariedad debería ser una máxima que guíe el accionar de la administración pública.

Con tales antecedentes, en el siguiente capítulo nos enfocaremos en proponer formas de control de la actividad discrecional de la administración pública ecuatoriana a través de la jurisdicción contencioso administrativa.

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. La jurisdicción contencioso administrativa

Una vez que en los capítulos anteriores procuramos explicar la razón de la existencia de una jurisdicción especializada que controle las actuaciones del poder público. En este momento del análisis nos gustaría poner de relieve la importancia que tiene la jurisdicción contencioso administrativa dentro del sistema democrático y la necesidad de un fortalecimiento de la misma. Como señala el profesor español Eduardo García de Enterría: “Este régimen de lo contencioso administrativo comienza originándose como un control interno de la Administración sobre su propio aparato [...] Al interés de los particulares de que los funcionarios no excediesen la Ley, se unió así el de la propia Administración en sus órganos centrales o directores, a quienes interesaba lo mismo para poder mantener en orden su propio aparato [...]”¹³² Por lo tanto, el surgimiento de esta importante jurisdicción nace no solo de la necesidad de garantizar los derechos del ciudadano sino que fue la propia administración la que evidenció la necesidad de que su actividad sea controlada.

A lo largo del desarrollo de la jurisdicción contencioso administrativa hemos evidenciado cómo las potestades públicas se han ido traduciendo en prerrogativas o privilegios a favor del Estado, de ahí que todas sus actuaciones gocen de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad; y, sea el administrado el llamado a desvirtuarlas, en un proceso en el que la balanza siempre tiende a inclinarse a favor de quien detenta el poder, lamentablemente. Al respecto, Jesús González Pérez ha señalado que, a pesar de los esfuerzos por lograr una igualdad procesal entre las partes: “Es un hecho incuestionable que la Administración no aparece ante el juez como una parte procesal en régimen de igualdad [...] La administración

¹³² Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, p.21

pública ni ante el juez deja de ser un sujeto privilegiado, que goza de una serie de prerrogativas de hecho, en pugna abierta con la justicia”. Agrega además que: “Se ha llegado a hablar de la institucional inferioridad del particular frente a la administración”¹³³.

Esta situación de desventaja procesal del administrado frente a la administración empieza a resultar cuestionable dentro de la concepción moderna de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el cual pretende el sometimiento pleno de la administración no solo a la ley sino a la Constitución, por lo que, la situación jurídica del administrado debería resultar fortalecida, alentada por un amplio catálogo de garantías que deben hacerse efectivas, de lo contrario su existencia no tendría sentido.

Por lo tanto, el régimen exorbitante del Derecho Administrativo en su concepción original y que ha sido duramente cuestionado por la doctrina en los últimos años, está cambiando de orientación; y la labor del juez contencioso administrativo, ha resultado duramente cuestionada en aras de lograr una igualdad real entre las partes procesales. Uno de los postulados de la doctrina administrativa que ha demostrado un gran avance, es justamente aquel que es materia central de esta investigación académica: “El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa”.

Al efecto, podemos manifestar que aquella lucha por mantener a la administración separada de justicia nació desde la Época Napoleónica, y de ahí el importante análisis que hace Tomás Ramón Fernández en el sentido de que “Juzgar a la administración contribuye a administrar mejor”.¹³⁴ Esto debido a que una administración controlada evitará desbordar sus atribuciones y competencias, actuará procurando el respecto del orden preestablecido y garantizará de manera efectiva los derechos ciudadanos.

¹³³ Jesús González Pérez, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Editorial Temis, 1985, p. 98

¹³⁴ Tomás Ramón Fernández, *op.cit.*, p. 132

En esta parte de la investigación académica, nuestro interés es el de enfatizar sobre la necesidad de comprender que la jurisdicción contencioso administrativa nació para controlar el poder y no como una instancia de ratificación de las actuaciones estatales como erradamente algunos creen en pleno Siglo XXI.

Ahora bien, el administrado se relaciona con el poder a través de las decisiones administrativas que son la forma de expresión de voluntad de aquél, entonces, parafraseando al maestro García de Enterría, “el ciudadano se enfrenta con el poder primariamente en cuanto Poder administrativo”. Esa relación del administrado, se hace latente, desde las expresiones más sencillas de voluntad de la administración, como cuando pagamos el impuesto predial, requerimos de un médico o de medicinas en el sistema nacional de salud, matriculamos a nuestros hijos en un centro de educación pública, en fin, el ciudadano está en constante interacción con la administración pública.

En lo que dice relación con el tema central de esta investigación académica, la misma se origina en la situación de catástrofe por la que ha pasado la jurisdicción contencioso administrativa desde hace varias décadas atrás, ese olvido sistemático de las autoridades rectoras de la Función Judicial y esa inexplicable decisión de dejarla aletargada porque despertarla le resulta muy costoso al Estado, ha traído serias consecuencias, tanto para los administrados cuanto para la propia administración pública. Para los administrados porque se han violado sus elementales derechos de acceder a la justicia, derecho de petición, de tutela judicial efectiva y expedita, plazo razonable, etc. Sobre este aspecto nos parece pertinente referirnos al Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador que fue sustanciado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sobre el cual existe una fuerte condena en contra del Ecuador, caso que se originó en una deficiente administración de justicia en el Tribunal Contencioso Administrativo, situación sobre la cual, pocos han reparado y de aquéllos, todos buscan excusas para justificar lo ocurrido.

Es así como en el párrafo 80 de la sentencia de 6 de mayo de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste organismo jurisdiccional supranacional¹³⁵ manifestó:

80. El 11 de mayo de 1994 los hermanos Salvador Chiriboga presentaron un recurso subjetivo, el cual está siendo tramitado ante la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito bajo el expediente No. 1016. Dicho recurso fue presentado con el fin de que se declarara nula e ilegal la declaratoria de utilidad pública, con fundamento en supuestos errores del proceso, tales como la falta de notificación de la declaración de utilidad pública y un trato discriminatorio. El 4 de diciembre de 1995 la Primera Sala calificó la demanda. A partir del 5 de julio de 2002 María Salvador Chiriboga ha solicitado por medio de varios escritos que se dicte sentencia, lo que no ha sucedido hasta la actualidad. 81. El 17 de diciembre de 1997 también los hermanos Salvador Chiriboga presentaron otro recurso subjetivo, el cual está siendo tramitado ante la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito bajo el expediente No. 4431. Dicho recurso fue interpuesto con el propósito de que se declarara la ilegalidad del Acuerdo Ministerial No. 417, emitido el 18 de diciembre de 1997 (suprapárr. 3). El 14 de enero de 1999, después de calificada y contestada la demanda, la Sala Segunda abrió el período de prueba. Luego de cumplido este término, el 13 de mayo de 1999 María Salvador Chiriboga solicitó que se pasaran los autos para dictar sentencia, lo cual fue aceptado por la Sala Segunda el 1 de junio de 1999. Sin embargo, desde entonces la señora Salvador Chiriboga ha presentado varios escritos en los que ha solicitado que se dicte sentencia, sin obtener respuesta. El Tribunal advierte que el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina que el recurso subjetivos o de plena jurisdicción tiene como función proteger el derecho subjetivo de una persona que presuntamente ha sido vulnerado por un acto administrativo. En este sentido, la Corte observa que, a la luz de la ley citada, el proceso del recurso subjetivo debe durar entre 27 y 37 días hábiles dependiendo de si la causa versa exclusivamente sobre cuestiones de derecho o de si además se abre una etapa probatoria. Asimismo, en esta normativa se indica que dentro de este tipo de proceso no se admiten incidentes¹³⁶.

La Corte IDH aceptando los argumentos de los accionantes consideró que la complejidad de los recursos subjetivos o de plena jurisdicción están diseñados para ser procedimientos sencillos y expeditos; y en cuanto a la actuación procesal de la señora Salvador Chiriboga, consideró que fue acorde con la normativa interna y que ella ha insistido constantemente en que sus recursos se atiendan. En la especie, al parecer, existió el debido impulso procesal por parte de la accionante y por ende, su evidente preocupación en el caso, mas la realidad que atravesó durante años el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la ciudad de Quito, fue verdaderamente denigrante y aquello impidió que se cumplan los plazos

¹³⁵ Héctor Fix Zamudio, *Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias*, p. 41 disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/21270.pdf>

¹³⁶ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Excepción preliminar y de fondo.

razonables para resolver no solo en esta causa sino en miles de causas más. Aún cuando esta especial situación no constituye justificativo de ninguna clase, el precedente dictado fue un llamado de atención y puso en alerta al sistema judicial de lo que estaba ocurriendo con la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador.

Analizada la complejidad del asunto, la actividad procesal de la parte interesada y el comportamiento de las autoridades judiciales, la Corte IDH llegó a la conclusión de que se violó el plazo razonable y ocurrió una evidente denegación de justicia, al haber transcurrido más de una década sin fórmula de resolución de los recursos interpuestos, por lo que, de acuerdo a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, fijó la suma de USD\$18,705,000,00 por concepto de justa indemnización en sede internacionales, la cual incluye el valor del inmueble expropiado y sus accesorios. Además, la Corte IDH dispone que el Estado Ecuatoriano pague a la señora Salvador Chiriboga los intereses simples devengados de acuerdo a la tasa Libor sobre el monto de la justa indemnización a partir de julio de 1997 hasta febrero de 2011, cuyo monto asciende a USD\$9,435.757,80.

Como resultado de esta inoperancia del aparataje judicial tenemos la sentencia más costosa en términos monetarios dictada por la Corte IDH y se debe al aletargamiento en el que se encontró sumido el Tribunal Contencioso Administrativo durante años, situación que no podemos permitir se vuelva a repetir¹³⁷.

En cuanto a la afectación que recibe la propia administración pública por la falta de acción de la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario recalcar que los criterios que emite el Tribunal Contencioso Administrativo, sirven a la administración para guiar sus actuaciones, entonces cuando hay dudas de cómo aplicar la ley, al expedir sus sentencias el Tribunal Contencioso Administrativo, guía el accionar de la administración para que sus

¹³⁷ En virtud de las Resoluciones Nos. 054-2013 de 11 de junio de 2013 y 061-2013 de 28 de junio de 2013 expedidas por el Consejo de la Judicatura, se procedió al resorteo de alrededor de 17.000 de causas pendientes de despacho en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito.

actuaciones sean apegadas al derecho. La naturaleza contralora y revisora de la jurisdicción contencioso administrativa cuando funciona adecuadamente, cuando se respetan y cumplen sus decisiones coadyuva a la buena marcha de la administración¹³⁸.

Con estos antecedentes cabe hacer un análisis situacional de la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador. En primer lugar funciona con una obsoleta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que data de 1968¹³⁹, la Ley de Modernización del Estado de 1992 que también le resulta aplicable, las competencias están establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009 y el actual Consejo de la Judicatura, ha tratado de regular su estructura vía resoluciones, en una acción desesperada por hacerla funcionar.¹⁴⁰

Los órganos encargados de administrar justicia en materia contencioso administrativa son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, los cuales a la fecha han resultado favorecidos con la incorporación de mas jueces pero todavía el gobierno ecuatoriano tiene una deuda pendiente al no adecuar el marco legal regulador de la jurisdicción contencioso administrativa a la Constitución promulgada en el 2008.

El sistema jurídico debe dejar bien claro la separación de la administración del derecho, ésta última entendida como una instancia revisora como ya se manifestó en el capítulo anterior.¹⁴¹

¹³⁸ Otro factor determinante en la crisis de la jurisdicción contencioso administrativa está en las aulas universitarias donde recibimos una preparación con tendencia absolutamente civilista y se deja al Derecho Público con un espacio muy reducido que hace aún más difícil entenderlo en su verdadera esencia.

¹³⁹ Publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, aún cuando se han suscitado varias reformas, la esencia obsoleta y superada de muchas instituciones se mantiene.

¹⁴⁰ Resoluciones Nos. 054 de 11 de junio de 2013 y 061 de 28 de junio de 2013, dictadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura.

¹⁴¹ Como dice Eduardo García de Enterría, en su obra *La lucha contra las inmunidades del poder*: “Hoy ya el recurso contencioso administrativo no es un recurso montado desde dentro de la propia Administración y en su propio interés, sino que es un heterocontrol...un control arbitrado por auténticos jueces, un control jurisdiccional pura y simplemente, y, por consiguiente, en interés de los demandantes [...]” op. cit. p. 25

Como consecuencia de esta crisis de la jurisdicción contencioso administrativa ha degenerado en una falta de credibilidad y confianza en el sistema, lo que ha llevado a muchos ciudadanos a dejar caer sus causas en abandono, debido a la espera prolongada de despacho sin encontrar respuesta. El proceso de reforma a la administración de justicia resulta gravitante para la jurisdicción contencioso administrativa siempre y cuando se la deje actuar sin interferir en sus labores propias y por el contrario se la fortalezca y respete.

Otro factor necesario para salir de la crisis es una reforma al sistema procesal, pero pensado desde la óptica administrativa, no está bien unir a esta importante jurisdicción con el resto de materias pues su especialidad y trascendencia obligan a que se la aborde en un cuerpo legal diferente para que puedan hacerse efectivos los plenos poderes del juez contencioso administrativo, esa es la tendencia en países de la región como Costa Rica, Colombia y Venezuela.

Por lo tanto, nos permitimos plantear en esta investigación académica la importancia de controlar todo el obrar del aparataje estatal, respetando el siempre necesario margen de libertad de actuación que requiere la administración pública, el cual está trazado por las leyes que regulan la actividad administrativa y que exige de parte de los Tribunales Contencioso Administrativos Ecuatorianos una postura sólida al respecto, a través de la expedición de fallos que presionen las indispensables reformas legislativas que exige esta importante jurisdicción.

2. La función natural del juez frente a la actividad administrativa

La labor del juez contencioso administrativo, difiere sustancialmente de la labor que llevan a cabo los demás jueces y tribunales, por cuanto está atribuido de plenos poderes, no solo para declarar ilegal o nulo el acto administrativo que se ponga en su conocimiento, de encontrar fundamento para aquello, sino también para adoptar las medidas adecuadas de reparación respecto de la situación gravosa sufrida en su momento por el administrado. Para

ello debe considerarse a la jurisdicción contencioso administrativa como un espacio de control de legalidad y rectificación de las actuaciones administrativas.

Entonces el juez contencioso administrativo para ser más objetivo en sus resoluciones debe tratar a la administración como una parte más dentro del proceso, en virtud del principio de igualdad procesal. En la sede jurisdiccional “la administración no es el señor del derecho”¹⁴², por lo tanto cualquier situación de ventaja resulta del todo reprochable.

Nos atrevemos a afirmar que el juez contencioso administrativo es un elemento absolutamente indispensable dentro de toda estructura democrática, debido a su fundamental labor de control de legalidad de las actuaciones de la administración, por eso, quien decida asumir dicha función además de tener un profundo conocimiento del Derecho Público, debe tener la valentía suficiente para fallar con independencia y libre de cualquier presión, puesto que, como se dijo antes, la justicia contencioso administrativa no es un espacio de ratificación de las actuaciones administrativas como erradamente se cree. Sobre el tema, nos refiere el profesor salvadoreño Ricardo Antonio Mena Guerra, que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de su país ha manifestado que:

...en reiteradas ocasiones se ha establecido en cuanto que la acción Contencioso Administrativa no se configura como un recurso, por lo que la Sala no es una instancia revisora de los procedimientos ventilados en sede administrativa, sino que se trata de un tribunal jurisdiccional ante el cual se ventila un proceso autónomo, cuyo control se circunscribe a la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos impugnados¹⁴³.

Se observa en la sentencia antes transcrita, que se pone de relieve la naturaleza del juicio contencioso administrativo como un verdadero proceso judicial destinado a verificar la legalidad de las actuaciones de la administración.

En realidad, lo delicado de dicha función se debe a que están en juego intereses públicos y muchas veces las malas actuaciones administrativas deben ser corregidas por los jueces, y quienes tomaron las decisiones equivocadas se quedan tranquilos y endosan toda la culpa a

¹⁴² Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, op. cit. p. 129

¹⁴³ Resolución pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ en el proceso bajo ref. 334-2008, el 13/I/2009. En igual sentido: *Vid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador en el proceso de amparo ref. 229-2000, el 26/VI/2001 en Ricardo Antonio Mena Guerra, op. cit. p. 189

los juzgadores, por eso sería necesario tener un procedimiento claro para iniciar procesos de repetición en contra de aquellos funcionarios públicos, que de mala fe, tomaron decisiones administrativas que pudieran afectar al erario nacional.

Ahora bien, este paradigma clásico de que la jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente revisora¹⁴⁴ está sufriendo un replanteamiento en varias legislaciones, es decir ya no es considerado únicamente como un juicio al acto administrativo. Así por ejemplo, en Costa Rica se supera esta concepción clásica y se dice que la jurisdicción contencioso administrativa es plenaria, universal y subjetiva, y por lo tanto no deja reductos exentos de control. Es más, afirma el profesor Ernesto Jinesta Lobo, que con el nuevo Código de Procesos Contencioso Administrativos: “el órgano jurisdiccional ya no solo tiene poderes de anulación, sino de regulación y de sustitución de la conducta administrativa [...]”¹⁴⁵ Dentro de esta misma tendencia, el profesor argentino Agustín Gordillo afirma que en el proceso contencioso administrativo de conformidad con el Código Procesal Administrativo Bonaerense: “...el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado. En el nuevo sistema, es la pretensión procesal, con sus variables admitidas y no el acto administrativo denegatorio de derechos, el objeto del proceso...”¹⁴⁶ Respecto de este cambio del paradigma del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, adoptado por las legislaciones iberoamericanas de la creación del Consejo de Estado Francés,

¹⁴⁴ Roberto Dromi dice que: “Respecto de los actos administrativos, la competencia judicial es revisora, no sustitutiva de las decisiones administrativas. Sólo comprueba o controla lo actuado desde el punto de vista jurídico [...]. No se admite la modificación, sustitución o conversión judicial del acto administrativo. La jurisdicción sólo confirma o anula, total o parcialmente, el acto impugnado” en *Los jueces ¿Es la justicia un tercio del poder*, Buenos Aires, 1992, p. 74. Sobre el tema, la Corte Suprema de Argentina ha manifestado que: “[...]en el caso el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva...” C.S.J.N., 16/03/2004, "Degremont Sociedad Anónima c. Tierra del Fuego, Provincia de y otro s/ ordinario", Fallos, 327:548

¹⁴⁵ Manrique Jiménez Meza, Ernesto Jinesta Lobo y otros, *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas, 2006, p. 150 y 151.

¹⁴⁶ Agustín Gordillo, *Introducción al Derecho Administrativo*, p.11
www.gordillo.com/pdf_tomo3/introduccion.pdf

la jurisprudencia colombiana afirma, respecto del acto administrativo de adjudicación, el cual es el ejemplo de discrecionalidad por antonomasia que:

El Juez administrativo tiene una amplia potestad revisora de la decisión de adjudicación, que puede llegar hasta la sustitución de la decisión tomada por la persona u órgano que la hizo, o por la declaratoria de condena al pago de los perjuicios causados. En otras palabras, él tiene vocación para pronunciarse sobre la conveniencia u oportunidad de la conducta administrativa, y dentro de ese marco, ejerce un amplio control de tutela.¹⁴⁷

Observamos en la sentencia en estudio, que la justicia encuentra procedente a efecto de hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, sustituir la decisión tomada por la administración cuando lo encuentre adecuado y en aras de garantizar los derechos ciudadanos.

En esta misma dirección de otorgar al juez contencioso administrativo poderes plenos, se pronunció el Tribunal Supremo Español en una sentencia en la que anuló el acto administrativo denegatorio de una licencia para portar armas y en su lugar ordenó el inmediato otorgamiento de la misma. En parte fundamental dicho órgano judicial manifestó:

Es cierto que la Sala de primera instancia no se ha limitado a anular la resolución denegatoria de la licencia de armas para que la Administración decida de nuevo motivadamente, sino que, al considerar que concurren circunstancias determinantes de su concesión, ordena que se expida aquélla. Esta decisión es también ajustada a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo porque, aunque una norma atribuya una potestad discrecional a la Administración, ésta viene obligada a una valoración correcta de los hechos determinantes o presupuestos que condicionan su actuación [Sentencias de 22 febrero 1984 (RJ 1984\6186), 1 diciembre 1986 (RJ 1987\416), y 15 diciembre 1986 (RJ 1987\1139), y la ya citada de esta Sala y Sección de 5 abril 1994], y el Tribunal «a quo», después de constatar las circunstancias personales y profesionales que concurren en el solicitante de la licencia, llega a la conclusión de que tiene las condiciones legales para que se le conceda la licencia pedida, por más que la específica del personal que desempeña funciones profesionales de vigilancia y seguridad sea de tipo S y no B. Como hemos recogido por todas en nuestra Sentencia de 2 julio 1994 (RJ 1994\5906) (Recurso de apelación 4709/1991), la naturaleza revisora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación, porque, de lo contrario, la Administración podría limitar, obstaculizar y demorar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, haciendo inaplicable el control que le encomienda el artículo 106.1 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), y, en consecuencia, basta el hecho de que la Administración haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del tema discutido para que se estime cumplido el principio de contradicción y, en consecuencia, debe el Tribunal resolver el fondo del asunto siempre que existan, como en este caso, elementos de juicio suficientes para ello¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., seis de abril de 1989, 4156

¹⁴⁸ Sentencia de la Sala 3ª, Sección 6ª del Tribunal Supremo Español, de 7 de noviembre de 1994. (Marginal RJ 1994\10119. Recurso núm. 5842/1991)

Ahora bien, de los casos expuestos llegamos a la necesaria conclusión de que los poderes del juez contencioso administrativo no pueden verse limitados ni sujetos a lo resuelto por la administración, mas lo complejo del tema en estudio radica en lograr determinar la delgada línea roja que separa las facultades del juez contencioso administrativo de las atribuciones de la administración. Es necesario hacer efectivo el principio de separación de poderes analizado en el primer capítulo de este estudio académico, más como podemos evidenciar en la jurisprudencia internacional, los plenos poderes del juez contencioso administrativo están creciendo y hay que evitar que aquéllos se vuelvan excesivos y por lo tanto, sean los juzgadores los que se autoimpongan los límites hasta los que pueden llegar pero sin dejarse “limitar, obstaculizar y demorar”¹⁴⁹ la labor jurisdiccional por parte de quienes detentan el poder público.

Al efecto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la ciudad de Buenos Aires en dos pronunciamientos de la Corte Nacional de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo sala I, del 11 de mayo de 1997 (“Edelmann”) y del 16 de abril de 1998 (“Marengo”)¹⁵⁰, dijo que toda la actividad de la Administración Pública es controlable o revisable por el Poder Judicial, pero cuando se trata del ejercicio de actividades discrecionales el alcance y extensión de ese control varía sustancialmente. Entonces es ésta

¹⁴⁹ Un criterio similar fue el manifestado por la Sala 3ª, Sección 6ª, del Tribunal Supremo Español, en su Sentencia de 2 de julio de 1994. (RJ. 1994/5906. Recurso num. 4709/1991), bajo la Redacción de don Jesús Ernesto PECES MORATE, cuando anuló el acto que archivó la solicitud sin resolver el fondo, y concedió lo pretendido. Dijo en esta oportunidad el Tribunal: “La misma suerte ha de correr el segundo de los motivos de impugnación esgrimido por el Abogado del Estado contra la sentencia apelada, al haber ésta resuelto el fondo del asunto y ordenado a la Administración el canje de los permisos de explotación por las guías de circulación interesadas por el titular de las máquinas recreativas, porque, aunque es cierto que la Administración se limitó a decretar el archivo de las actuaciones sin decidir sobre la procedencia o improcedencia de conceder el canje interesado a la vista de las circunstancias concurrentes, sin embargo la naturaleza revisora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede quedar condicionada por el contenido del acto objeto de impugnación, porque, de lo contrario, la Administración podría limitar, obstaculizar y demorar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, haciendo inaplicable el control que a ésta encomienda el artículo 106 de la Constitución.” Sentencia citada por Oscar González Camacho en *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, op.cit. p. 490

¹⁵⁰ Resulta interesante revisar el criterio del Juez Buján en el caso “Marengo”, quien sostuvo que: “Sentada entonces la revisión judicial plena, suficiente y adecuada del acto administrativo, tanto en el caso de facultades regladas cuanto en el de discrecionales [...] afirmamos que ningún acto es totalmente irrevisable por tener algún contenido discrecional; sólo podrá serlo en esa parte discrecional, en aquello en que el funcionario puede emplear su propio criterio sin encontrarse normativamente obligado a actuar de una forma determinada”/ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, del 11 de mayo de 1997.

delgada línea divisoria de la facultad de la actividad administrativa de tomar decisiones frente a la labor del juez, lo que este estudio pretende dilucidar.

El ex magistrado argentino Pedro Coviello se pregunta respecto del ejercicio de potestades discrecionales por ejemplo el caso de la evaluación de un concurso méritos y oposición. El juez estará facultado para decidir quién es el mejor candidato y sustituir la decisión de la administración? Al efecto, se remite a una sentencia de la Cámara Nacional en lo Civil de Argentina del año 1976, recaído en el caso “De Vicenzi” el que trataba de un caso de impugnación de un concurso cerrado para cubrir una vacante, aparte de la anulación del concurso, la actora requería que se le asignara el primer lugar pues había resultado segunda. La sala anuló el concurso por inobservancia de las reglas aplicables, pero no dio paso a la sustitución en base a que: “un pronunciamiento de esa especie llevaría implícito el juzgamiento de los méritos de los concursantes, lo que es materia privativa del Poder administrador a quien constitucionalmente compete el nombramiento y la remoción de funcionarios y empleados de la Administración pública... El control judicial no puede ejercerse sobre actos de esa índole sin exceder la órbita de sus facultad...”¹⁵¹

En un caso similar la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia frente a la impugnación de un procedimiento de selección mediante concurso de méritos y oposición de agentes fiscales para la provincia del Guayas, en virtud de que el accionante consideró que debió haber sido designado de manera obligatoria por cuanto obtuvo la mejor la calificación en el concurso, rechazando el recurso de casación, ratificó la negativa a aceptar la demanda propuesta manifestando que:

En el caso en examen, el proceso de convocatoria, otorgamiento de puntajes y conformación de la terna constituyen actos reglados por naturaleza, en tanto que para la designación entre los tres mejor puntuados, el Ministerio Público, debe hacer uso de su facultad discrecional, la misma que está atribuida a todos los órganos públicos. Sin ese margen de discrecionalidad, la administración simplemente no podría funcionar¹⁵².

¹⁵¹ Cámara Nacional Civil, Sala E, LL 1977-C-81

¹⁵² Expediente de Casación 67, Registro Oficial Suplemento 9 de 11 de enero de 2008

Entonces, la jurisdicción contencioso administrativa no podría sustituir la decisión de la administración respecto de la persona que debería ser declarada ganadora de un concurso de méritos y oposición, pero sí podría ordenar a la administración proceda a sustanciar conforme a la ley el procedimiento administrativo, garantizando el derecho de los ciudadanos de acceder a un cargo público en igualdad de condiciones y respetando el marco legal y constitucional vigente.

Nuevamente me remito al ex magistrado argentino Pedro Coviello, quien nos comenta un interesante caso que llegó a conocimiento de su Sala que se trataba de un suboficial de Ejército que tenía los méritos suficientes para ascender, existía la vacante, pero fue superado por otro suboficial gracias a la modificación ilegítima de los reglamentos. Y dice que al efecto, la Sala primero anuló la norma que, quebrando el principio de la legalidad y del orden jerárquico normativo, había impedido el ascenso del actor y tomó una decisión de disponer el ascenso del accionante aplicando “la idea de que al fijar el orden de méritos (el actor era último en la lista de postulantes que podían ascender) la administración no había hecho otra cosa que autolimitarse a través de la aplicación de los procedimientos reglamentarios. Es decir: primero determinaba las calificaciones y luego el orden de mérito; al obrar así ya se había limitado en el ejercicio de las opciones que le daban las normas reglamentarias. De allí que al decidir el ascenso sostuvo su Sala, que lo único que se hacía era aplicar la norma que determinaba el ascenso de quienes habían obtenido el orden de mérito para cubrir las vacantes existentes”¹⁵³

Impugnaciones de este estilo se tramitan de manera frecuente ante el Tribunal Contencioso Administrativo y ante la justicia constitucional, sobre todo en los temas referentes a los ascensos de policías y miembros de las Fuerzas Armadas, en los cuales el

¹⁵³ Caso Ríos, del 2/3/99 en Derecho Administrativo Iberoamericano, Discrecionalidad, Justicia Administrativa y Entes Reguladores, Volumen I, <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wpcontent/blogs.dir/cendoj/versionelectronicacongreso-vol1.pdf>/ El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa, p. 53

pequeño margen de discrecionalidad que se le otorga a la administración da lugar a muchas injusticias y actuaciones arbitrarias de la administración. Nos parece interesante remitirnos al Caso del Coronel Mejía Idrovo, que siguió una acción de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo mediante el cual en lugar de ordenar su ascenso se dispuso su disponibilidad y baja de las Fuerzas Armadas, respecto del el Tribunal Constitucional manifestó:

...la Constitución de la República en el artículo 186, inciso segundo, señala: ‘Se garantizan la estabilidad y profesionalidad de los miembros de la fuerza pública. No se los podrá privar de sus grados, honores ni pensiones sino por las causas y en la forma previstas por la ley’. En el presente caso no se ha observado este precepto, pues en la disponibilidad y en la baja del Oficial accionante hay elementos de subjetividad que salen del marco legal; la discrecionalidad tiene sus límites en las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico, en este caso la delimitación lo hace la propia Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, las cuales determinan los requisitos y las condiciones para el ascenso a un grado superior. Este Tribunal considera que las normas de la Ley de Personal favorecían el ascenso del señor Crnl. de Ems. José Mejía Idrovo. Si en base de esta normativa se dio el ascenso de otros Oficiales Superiores, el no haber procedido en igual forma con el ciudadano reclamante viola el derecho a la igualdad de las personas ante la ley [...]¹⁵⁴

En este caso, resulta evidente que la justicia constitucional hizo un control de la facultad discrecional de la administración, al manifestar que existió violación del derecho a la igualdad, poniendo de relieve que la subjetividad con que se tomen las decisiones no puede salirse del marco legal; y, finalmente, sustituyó la decisión de la administración. Mas lo lamentable del caso, es que ni aún cuando se trataba del Tribunal Constitucional, las Fuerzas Armadas dieron cumplimiento a lo ordenado, sino que el caso fue al sistema interamericano¹⁵⁵ para lograr la efectivización de una sentencia del fuero interno del Ecuador, situación ésta totalmente reprochable.

Para finalizar este acápite debemos manifestar que de nada sirve un marco constitucional tan avanzado si no aterrizamos en la legislación contencioso administrativa respetando su especificidad, puesto que nació para controlar al poder público, por lo tanto, se

¹⁵⁴ Sentencia de 12 de marzo del 2002 del pleno del Tribunal Constitucional. Cabe recordar que debido al incumplimiento de dicho fallo, el caso llegó a la Corte IDH, la cual declaró responsable al Ecuador de la violación del derecho a la protección judicial establecido en los artículos 25.1 y 25.2.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Sentencia de 5 de julio de 2011, Excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas)

¹⁵⁵ Ver sentencia de la Corte IDH, Caso Mejía Idrovo vs Ecuador, Sentencia de 5 de julio de 2011, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

diferencia sustancialmente del resto de jurisdicciones ya que no está para solucionar controversias entre particulares, sino para conocer casos de demandas de particulares en contra del Estado. Por eso es que proponemos en esta investigación académica un fortalecimiento de la justicia contencioso administrativa, con un marco legal adecuado a la Constitución 2008, de tal forma que el poder público se someta a las decisiones de los Tribunales Contencioso Administrativos, respetando su jerarquía e independencia, de tal forma que todos los ciudadanos ecuatorianos ganemos al vivir en un Estado que restablece los derechos violados a los suyos.

2.1. Subordinación de la administración al derecho

Uno de los postulados más importantes que ostenta la actual organización estatal, originariamente concebida como Estado de Derecho, y en la legislación ecuatoriana como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, implica que todas las actuaciones administrativas deben estar limitadas no sólo por la ley sino por la Constitución¹⁵⁶. De esta manera, la administración evitará actuar de manera arbitraria, desbordando las prerrogativas con las que cuenta.

Al efecto, el profesor español Eduardo García de Enterría manifiesta que: “Sin justicia administrativa no hay efectiva sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho”¹⁵⁷ por cuanto no existiría jurisdicción alguna que pudiera hacer un control de las actuaciones de la administración. Continúa el mismo autor manifestando que la sumisión plena al juez, “es el elemento indispensable para que cualquier derecho pueda ser eficaz...no hay Derecho sin juez. El juez es una pieza absolutamente esencial de toda organización de Derecho Público cuando se trata de la observancia del Derecho por la Administración”¹⁵⁸. Entonces, el ejercicio de toda la actividad administrativa, entendida ésta como actos, contratos, resoluciones, reglamentos, actuaciones materiales e inclusive la inactividad u omisiones de la

¹⁵⁶ Ver la exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, Ley 29/1998, de 13 de julio; así como el Art. 11 de la Constitución Política de Costa Rica

¹⁵⁷ Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, op. cit. p. 128.

¹⁵⁸ Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, op. cit. p. 129.

administración debe estar subordinada al control de la jurisdicción contencioso administrativa, por tratarse de un postulado esencial de toda organización democrática.

En nuestro criterio, la dificultad de que la administración se someta al derecho radica en el denominado principio de autotutela ¹⁵⁹ con el que cuenta. Al efecto, cabe señalar que este privilegio parte de la presunción de ejecutoriedad de los actos administrativos, en virtud del cual, las decisiones de la administración pueden aplicarse inmediatamente y sin necesidad de autorización judicial. La ejecutoriedad del acto administrativo es consecuencia de su presunción de legalidad ¹⁶⁰ y para desvanecerla, el administrado afectado por una decisión administrativa debe probar que la actuación es ilegal o nula ¹⁶¹.

Este privilegio concedido a favor de la administración, a nuestro criterio, hace pensar a la autoridad administrativa que puede hacer lo que quiera, cuando quiera y sin ningún control. De ahí la necesaria preparación a los servidores públicos sobre la importancia y responsabilidad con la que deben asumir sus funciones. Situación que se vuelve compleja por la prácticamente eliminación de la carrera administrativa en el Ecuador, afirmación que nos atrevemos a realizar por cuanto en la actualidad la mayor parte de vinculaciones laborales al Estado se hacen mediante contratos de servicios ocasionales.

Entonces nos encontramos frente a servidores públicos que: 1. No ingresan al servicio público mediante concurso de méritos y oposición, por lo tanto no tienen estabilidad; 2. No reciben la capacitación adecuada para realizar sus funciones; 3. No se especializan en el desempeño de una labor específica. Estas circunstancias, hacen que se vuelvan irresponsables, que tomen decisiones arbitrarias y contra ley en cualquier momento, sin importar las

¹⁵⁹ Sobre el principio de autotutela ver García de Enterría y Fernández, Curso de Derecho Administrativo, op. cit., p. 504

¹⁶⁰ Secaira, op. cit., p. 182

¹⁶¹ De conformidad con el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.

consecuencias, total al final del año se acaba el contrato y les dejan el problema a quienes los reemplacen.

Esta falta de continuidad en el servicio público, hace que la administración pública en el Ecuador no funcione adecuadamente, además, de que muchas veces se está confundiendo la labor administrativa con la judicial, lo cual es absolutamente reprochable.

Si bien es necesario cierto margen de libertad de actuación dentro de toda organización administrativa, es indispensable resaltar que todas las actuaciones administrativas deben ser controladas, inclusive aquellas emitidas en ejercicio de la facultad discrecional de la administración, de lo contrario, no tendría ningún sentido contar con una jurisdicción especializada que frente a una demanda de un administrado, afirme carecer de competencia para conocer y resolver el caso puesto a su conocimiento, dejando al ciudadano en total indefensión.

Como parte de la garantía de acceso a la justicia, los administrados deciden someter sus controversias a jueces especializados y competentes, que conozcan respecto de los derechos subjetivos e intereses legítimos presuntamente desconocidos, no reconocidos o reconocidos total o parcialmente por parte de la administración pública a la que se demande.

Es necesaria una jurisdicción contencioso administrativa que vele por el cumplimiento de los derechos de los administrados y condene a la administración en caso de que se tomen decisiones arbitrarias o abusivas en beneficio del interés general. Por eso resulta absurdo que en la actualidad se discutan leyes en la Asamblea Nacional que permitan la inmunidad de ciertas autoridades administrativas al impedir que sus actuaciones puedan ser impugnadas, situación que contraría el espíritu de la Constitución y por lo tanto, resultarían inaplicables.

Dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia no puede admitirse siquiera que existan actuaciones de la administración en cualquiera de las formas antes mencionadas

que no se sometan al derecho, es decir que no puedan ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

En este orden de ideas, es necesario recordar que si propugnamos un pleno sometimiento de la administración al derecho, se debe respetar la independencia de la jurisdicción contencioso administrativa, someterse a ella cuando el administrado lo reclame, colaborar con el esclarecimiento de la verdad y en caso de condena al Estado, acatar sus decisiones de manera inmediata, sin pretextos ni dilaciones injustificadas.

2.2. Derecho a una tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva, en el Ecuador, se encuentra determinado dentro de los Derechos de Protección, es así como el Art. 75 establece que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Este es un principio elemental de toda organización estatal, puesto que implica el derecho fundamental que tienen los ciudadanos a acudir en reclamo de justicia ante jueces y tribunales independientes e imparciales. Postulado que guarda relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que consagró la garantía del debido proceso en el Art. 12; luego, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en el seno de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, también estableció el compromiso de garantizar el debido proceso en el Art. 2 numeral 3 de la siguiente manera:

- “a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los

derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

En esta norma del PIDCP, en la misma línea de la Declaración Universal, se garantizó nuevamente el derecho a las garantías judiciales del debido proceso o tutela judicial efectiva y amplió el espectro contenido inicialmente pues propugna la impugnación de cualquier actuación administrativa proveniente de cualquier autoridad administrativa y completa su redacción al manifestar que las autoridades competentes deben dar cumplimiento a las decisiones emanadas de la autoridad judicial, sin lugar a dudas, esta norma constituye una concepción de gran importancia para la justicia contencioso administrativa. También el Art. 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el cual nos referimos en el primer capítulo se refiere dentro de las garantías judiciales a la tutela judicial efectiva¹⁶².

Esta posibilidad de los ciudadanos de acudir en demanda de sus derechos, no implica de manera alguna, obligatoriedad de parte del sistema de justicia de darle la razón al demandante, este derecho se hace efectivo cuando se califica la demanda, se la tramita, se permite la presentación de argumentos y pruebas, se otorga en definitiva el derecho al debido proceso, luego de lo cual el juez, una vez formada su fuerza de convicción, está en condiciones de dictar un fallo. Estas garantías del debido proceso, son también aplicables en la sede administrativa, por eso nos parece importante referirnos a un importante criterio de la Corte IDH al respecto, en el caso Baena Ricardo vs Panamá:

124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas

¹⁶² “Entonces, la tutela efectiva de los derechos humanos implica no solo la posibilidad de acceso a la justicia, ni la existencia formal de un recurso, implica que éste sea adecuado, efectivo y que sea resuelto en un plazo razonable. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes consagrado en el Art. 25 de la CADH constituye una garantía judicial fundamental y que constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana, de ahí que su correcta aplicación pretende la perfección de la administración de justicia dentro de cada uno de los Estados que han ratificado dicho instrumento internacional”. Ponencia dictada por la autora en las II Jornadas de Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar el 19 de febrero de 2014.

estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.¹²⁵ La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. ¹²⁶ En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. ¹²⁷ Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas¹⁶³.

La sentencia antes reseñada constituye un referente de suma importancia para la jurisdicción contencioso administrativa y a través de ella, llegamos a evidenciar que las garantías del debido proceso son aplicables también a la sede administrativa, sobre todo porque se tratan de derechos humanos que deben ser precautelados en toda su extensión.

Entonces no existe justificación de ningún tipo para restringir las garantías judiciales ni en la sede administrativa peor en la contencioso administrativa.

A decir del profesor ecuatoriano, Juan Carlos Benalcázar Guerrón: “El derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas”¹⁶⁴ Entonces este derecho fundamental de todo ciudadano de acceso a la justicia, evidencia tener importancia por cuanto es la propia Constitución la que lo establece imponiendo como requisitos a más de la imparcialidad del juez que sea expedita, situación que en la jurisdicción contencioso administrativa no se cumple por la cantidad de procesos pendientes de resolución como ya se manifestado. Además, esta tutela judicial para que sea

¹⁶³ Caso Baena Ricardo vs Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas

¹⁶⁴ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, op. cit., p. 44

efectiva “debe ser razonablemente solícita, puesto que, de lo contrario, se incurre en denegación de justicia”¹⁶⁵

Además, de la lógica pretensión del administrado de que se atienda a la brevedad posible su demanda, se suma el hecho de que la impugnación se puede efectuar, en el marco de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sobre cualquier actuación administrativa inclusive sobre inactividad u omisión administrativas.

Ahora bien, para que el juez pueda cumplir su labor de velar por el cumplimiento de los derechos de los administrados, la administración está en la obligación de poner en su conocimiento los motivos por los cuales tomó tal o cual decisión y aquello se traduce en el expediente administrativo sustanciado en la instancia administrativa, éste implica otra importante diferencia respecto de otras jurisdicciones. Una vez más, si no existe la colaboración de parte de la administración pública, se obstruye la justicia en detrimento de los derechos no sólo del administrado sino de la propia administración y el juez contencioso administrativo no podrá hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual incluso podría implicar responsabilidad de su parte. Así lo establece de manera amplia el Art. 11 numeral 9 de la Constitución Ecuatoriana al manifestar que: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

Con este antecedente constitucional, resulta aún más necesaria una reforma estructural a la jurisdicción contencioso administrativa, la cual no sólo se cumple aumentando el número de jueces, sino también con un marco regulatorio adecuado que ponga en claro las reglas de juego tanto para la administración como para el administrado, poniendo énfasis en la especialidad de la jurisdicción para lo cual necesitamos jueces que conozcan de la materia.

¹⁶⁵ Manrique Jiménez Meza, Ernesto Jinesta Lobo y otros, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, op. cit., p. 148

Constituye un error confundir a la jurisdicción contencioso administrativa con la tributaria o afirmar que porque todos somos jueces constitucionales la especialización no importa. De otra parte, también, debemos procurar ampliar las fronteras del contencioso administrativo para lograr una justicia plena.

Nos parece pertinente remitirnos a lo que señala el profesor español Javier Barnes Vázquez respecto de la tutela judicial y los problemas a los que el control judicial ha tenido que hacer frente, así sostiene que: 1. La existencia de zonas inmunes al control judicial, han sido contrarrestadas con la proclamación de la universalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo tanto, cualquier controversia que afecte los derechos de los ciudadanos puede ser puesta en conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Se trata de la dimensión: “cuantitativa de la justicia administrativa: la tutela judicial para ser real y efectiva ha de extenderse a la protección de la legalidad subjetiva”¹⁶⁶; 2. La dificultad para controlar a la administración cuando actúa en el ejercicio de potestades discrecionales o en la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados ha centrado los mejores esfuerzos del Derecho administrativo para encontrar soluciones. Así se representa: “la dimensión cualitativa de la tutela judicial frente al poder público: para ser real y efectiva, la justicia administrativa ha de poseer una determinada cualidad o intensidad en su fiscalización”¹⁶⁷; 3.- La excesiva duración de los procesos judiciales debido a la complejidad de los temas puestos a conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa lo que implica que: “la efectividad de la tutela judicial demanda una justicia a tiempo.”¹⁶⁸

Estas tres dimensiones a las que hace referencia el profesor español Javier Barnes Vázquez, nos hacen notar que los problemas para hacer efectiva la tutela judicial efectiva, son

¹⁶⁶ Javier Barnes Vázquez, *Las transformaciones del Derecho administrativo contemporáneo: algunas consecuencias sobre el control judicial de la acción administrativa*, en Justificación, retos y aporte al Derecho administrativo, XIV Jornadas de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014, p. 62

¹⁶⁷ Barnes Vázquez, op. cit., p. 62

¹⁶⁸ Barnes Vázquez, op. cit., p. 63

universales, toda vez que el poder público tratará de evitar el control a toda costa, por eso es que abogamos por una justicia contencioso administrativa plenaria, universal y completa.

Recordemos que el sistema universal de derechos humanos consagra la progresividad no la retroactividad, continuar con una actitud intelectualmente pasiva y hasta cómoda de los jueces nacionales sin tutelar los derechos de los ciudadanos por tratarse de decisiones discrecionales de la administración conllevará a un caos de la organización administrativa.

Debería ser una prioridad de la reforma judicial, la garantía plena de la tutela judicial en la jurisdicción contencioso administrativa, la preocupación constante por lograr el necesario equilibrio entre los derechos subjetivos e intereses legítimos y las prerrogativas estatales, la consecución de tiempos óptimos de respuesta a las expectativas ciudadanas y la efectividad de lo juzgado mediante el cumplimiento sin dilaciones de ningún tipo de sus resoluciones, sólo así se logrará conseguir una tutela judicial efectiva en la jurisdicción contencioso administrativa.

3. El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa

El tema del control judicial de la discrecionalidad es un capítulo del Derecho Administrativo poco debatido en nuestro medio y aún cuando la doctrina y jurisprudencia internacionales han propuesto una serie de alternativas para efectuarlo, no es un tema solucionado, por el contrario, cada vez más foros académicos lo ponen a discusión y no existen soluciones absolutas, por eso nos atreveríamos a afirmar que se trata de un tema clásico del Derecho Administrativo, aún no superado debido a su amplitud y complejidad.

Pero tanto ha complicado a los doctrinarios proponer una solución al respecto que las discusiones han subido de tono en España y se han dedicado a hacer una serie de reparos filosóficos por lo difícil que resulta encontrar una solución clara y unánime al respecto¹⁶⁹. El

¹⁶⁹ Tomás Ramón Fernández publicó cuatro trabajos que fueron recogidos en una sola obra intitulada: *De la arbitrariedad de la Administración*, a la cual ya nos hemos referido a lo largo de esta investigación, obra que fue refutada por Miguel Sánchez Morón en *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Editorial

problema radica en que no es lo mismo decidir que controlar lo previamente decidido por otro.¹⁷⁰ Máxime cuando no hay un parámetro para hacerlo. De allí que los estudiosos alemanes se refieran al margen de apreciación que tiene la administración para actuar, como concepto jurídico indeterminado, dentro de la teoría reduccionista de la discrecionalidad que aquélla escuela propone¹⁷¹.

Ahora bien, lo que interesa a efectos de este estudio académico no es enfrascarse en un debate interminable de posturas y concepciones, sino procurar brindar soluciones a fin de que los jueces puedan desenvolverse frente a un tema de control de discrecionalidad y así responder adecuadamente a las expectativas de los administrados cuando acudan en demanda de justicia.

Conforme lo manifestamos en el primer capítulo, el desarrollo del Derecho Administrativo actual se debe en buena medida al aporte jurisprudencial del Consejo de Estado Francés, el cual a lo largo del tiempo, a través de sus fallos ha dado luces respecto de cómo hacer un control judicial de la discrecionalidad. En primer lugar se refirió a la calificación jurídica de los hechos en el caso Gomel en 1914, luego ejerció control respecto de la exactitud material de los hechos en el caso Camino en 1916¹⁷². Con posterioridad se refirió al error manifiesto de apreciación y luego a la técnica del balance costes beneficio del *arrêt Ville Nouvelle Lille-Est* de 1971¹⁷³.

Tecnos, Madrid, 1995; así como por Luciano Parejo Alonso en *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993. Luego de esta discusión académica tan fuerte, se sumó también el maestro Eduardo García de Enterría en: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, obra que ya fuera citada con antelación.

¹⁷⁰ Mariano Bacigalupo, *op. cit.* p. 68

¹⁷¹ Esta teoría propone la reducción de la discrecionalidad a cero, es decir reducir hasta eliminar la facultad de la administración, de tal forma que el juez pueda entrar a tomar la decisión del caso. Respecto de la escuela alemana y su comparación con la española, la autora sugiere revisar el estudio de Mariano Bacigalupo antes referido.

¹⁷² Marcela Peredo Rojas, El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200003&script=sci_arttext#20

¹⁷³ Allan Brewer Carías, *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2396/12.pdf>

Resulta indispensable también remitirnos al aporte doctrinario alemán que se surgió en la década de los setenta, respecto del margen de apreciación en cinco etapas, de la siguiente manera conforme reseña in extenso Mariano Bacigalupo:

1. La tesis de la fundamentación teórica normativa;
2. Aquella que vincula el margen de apreciación a determinados tipos de decisión administrativa;
3. La fundamentación jurídico funcional del margen de apreciación;
4. La conceptualización del margen de apreciación como un margen habilitado por la ley;
5. La fundamentación tópica e integradora del margen de apreciación¹⁷⁴.

Respecto de esta última es que surge la tesis de los conceptos jurídicos indeterminados como sistema de control de la discrecionalidad y que constituyen el gran aporte de la doctrina alemana, los cuales ya fueran analizados en el primer capítulo.

Finalmente tenemos la obra del maestro español Eduardo García de Enterría, quien en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 2 de marzo de 1962, dentro del Curso Poder y Derecho, dictó su ponencia titulada: “La lucha contra las inmunidades del poder”, propone tres formas o técnicas de control de la discrecionalidad a saber: a) El control de los elementos reglados y en especial el control del fin y la desviación de poder; b) El control de los hechos determinantes; y, c) El control de los principios generales de derecho. Dentro de este último analizaremos los principios de justicia y de racionalidad.

Para cerrar este capítulo nos referiremos al sistema de control más utilizado en la actualidad que es el de proporcionalidad.

¹⁷⁴ Ver estudio de Mariano Bacigalupo respecto de la Discrecionalidad Administrativa que ya fuera citado anteriormente.

3.1. Control de los elementos reglados del acto

El primer parámetro de control de la discrecionalidad, es a través de los elementos reglados del acto, partiendo de la noción de que en todo acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales, necesariamente existen elementos reglados, ya que como se ha demostrado a lo largo del presente estudio, ningún acto es completamente reglado ni tampoco puede serlo completamente discrecional.

Entonces, debemos dejar en claro que todo acto administrativo tiene elementos reglados sobre los cuales se podría hacer un control, entre los cuales se encuentra: la competencia del órgano, las formas y procedimiento y el fin perseguido.

Al efecto, y de manera más detallada, el profesor español Francisco González Navarro, manifiesta que los elementos reglados sobre los cuales se puede efectuar un control, son de dos tipos: necesarios y contingentes. Dentro de los elementos necesarios se refiere a la existencia misma de la potestad; su extensión, que es imposible que sea totalmente indeterminada; a la atribución de la potestad a una organización; atribución de la competencia para ejercer esa potestad a un determinado órgano de la administración y que el fin perseguido sea de interés general. En cuanto a los elementos reglados contingentes, hace referencia al tiempo u ocasión en que puede ser ejercitada, el lugar donde puede ejercerse; forma, procesal o material de ejercicio, destinatarios de la potestad, etc.¹⁷⁵

Resulta evidente que, en referencia a los elementos reglados del acto administrativo, la jurisdicción contencioso administrativa al tenor del Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puede hacer un control pleno, por lo que esta técnica es un tanto obvia para el juzgador puesto que si encuentra falta de competencia o desviación de poder, es

¹⁷⁵ Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1997, p. 436

evidente que el acto administrativo es nulo.¹⁷⁶ En realidad este sistema de control se centró fundamentalmente en la desviación de poder o de la finalidad pública como elemento reglado del acto administrativo y sobre el cual ya nos referimos en el capítulo anterior. Mas lo que importa en esta etapa del estudio es la aplicación que se le ha dado a esta técnica de control por parte de los tribunales de justicia. Al efecto, encontramos antiguas sentencias del Consejo de Estado Colombiano desde el año 1968 que hacen referencia a este sistema de control, como aquella en la que se afirma que:

...esta causal de nulidad de los actos administrativos [...] constituye hoy uno de los más importantes controles de los gobernantes, ya que extiende su radio de acción al aspecto subjetivo de las actuaciones de los funcionarios y corporaciones públicas. En efecto, en las demás causales de anulación, para apreciar la validez del acto jurídico, basta un estudio objetivo del aspecto material de la actuación [...] En cambio, para determinar si al proferirse un acto administrativo se ha actuado con desviación del poder del respectivo funcionario, es necesario entrar en el aspecto subjetivo, psicológico, al estudio de los fines perseguidos por el respectivo agente para determinar si ellos se ajustan o no al espíritu de la ley...¹⁷⁷

De la transcripción anterior, podemos evidenciar que el cumplimiento de la finalidad pública del acto administrativo tiene su origen en el comportamiento de la autoridad administrativa, en su subjetividad, allí radica la dificultad de aplicar esta técnica de control, por eso Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, aclaran que la desviación de poder se trata de un “vicio de estricta legalidad” y que el control que se hace es respecto del cumplimiento de un fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no a través de reglas morales.¹⁷⁸

En cuanto a la evolución de la jurisprudencia española respecto de la desviación de poder, cabe recordar que desde la Ley de Santamaría de Paredes en 1956 se consideró esta técnica de control de la actividad administrativa y de ahí en adelante los criterios del Tribunal Supremo Español han ido enriqueciendo su desarrollo, respecto del cual, fundamentalmente, se

¹⁷⁶ Con referencia a estos elementos reglados que contiene todo acto dictado en ejercicio de potestades discrecionales, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de mayo de 2000 dentro del juicio que sigue el Ab. Walter Subía contra el Gerente del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, manifestó que al efecto se puede hacer un control pleno.

¹⁷⁷ Tomado de Jaime Orlando Santofimio Gamboa, op. cit., p. 415

¹⁷⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, op. cit., p. 468

encuentra una dificultad probatoria, por eso se ha manifestado que “es suficiente la convicción moral que se forme el Tribunal”¹⁷⁹ en oposición a lo que manifiestan los profesores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández.

Encontramos también en un estudio del profesor venezolano Allan Brewer Carías respecto de varias sentencias dictadas por la antigua Corte Federal Venezolana, entre 1956 y 1958, en donde se refieren al elemento reglado de la finalidad administrativa, pero considerada no como una técnica de control sino como un límite impuesto al poder discrecional en virtud de principio de legalidad administrativa¹⁸⁰.

En cuanto a nuestra realidad ecuatoriana encontramos apenas una sentencia que ya fuera analizada, respecto de la desviación de poder en el año 2002 concebida como técnica de control judicial de la discrecionalidad.¹⁸¹

Esta técnica en la actualidad ha caído en decadencia a criterio del propio Consejo de Estado Francés, no por la pérdida de confianza sino por el surgimiento nuevas y más eficaces formas de control¹⁸². Al respecto, el profesor colombiano, Jaime Orlando Santofimio, sostiene que el desvío de poder procede en el caso de cualquier clase de actos sin diferenciar entre discrecionales o reglados por lo tanto no sería un sistema de reducción y control de la discrecionalidad a su criterio.¹⁸³

Entonces la dificultad probatoria, la subjetividad sobre la que el juez debería controlar la actuación de la administración y en definitiva la reducción de la discrecionalidad al control de los elementos reglados del acto, hacen que esta técnica no se aplique y definitivamente se la

¹⁷⁹ Sentencias de 1 de diciembre de 1959, 16 de junio y 9 de julio de 1997, citadas por García de Enterría y Fernández, op. cit. p. 469

¹⁸⁰ Allan Brewer Carías, *Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional*, publicado en Carlos E. Delpiazco (Coordinador), Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 614

¹⁸¹ Sentencia de 31 de mayo de 2002, dentro del juicio seguido por el Dr. Juan Tama Márquez, Procurador Judicial de Carlos Fabián Flores Torres y Ondina Marisol Segarra en contra de la Municipalidad de Cuenca. R.O. No. 645 de 21 de agosto de 2002

¹⁸² García de Enterría y Fernández, op. cit. p. 469

¹⁸³ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, op. cit., p. 409

vea poco efectiva, de ahí que llame la atención que en el Art. 362 de la propuesta de Código Orgánico General Procesal, luego de confundir las jurisdicciones contencioso administrativa y tributaria, al determinar su objeto manifiestan que incluso podrán conocer sobre la desviación de poder, como una novedad de la legislación ecuatoriana, lo cual como hemos visto ha sido una técnica en constante evolución y perfección. Por lo que nos parece poco acertado el concepto que sobre dicha técnica propone el legislador ecuatoriano.

Encontramos legislaciones como la costarricense que se refiere de manera clara a la desviación de poder en el mismo texto constitucional ¹⁸⁴ obligado referente en materia contencioso administrativa por el avance de esa jurisdicción en dicho país.

Para finalizar nos atrevemos a manifestar que en términos generales, esta técnica *prima facie* debería ser la menos compleja de aplicar, puesto que el juez únicamente tendría que descomponer el acto administrativo y encontrar algún elemento reglado sobre el cual se podría hacer el control. Por ejemplo en el caso de una adjudicación, existe todo un procedimiento estrictamente reglado de licitación, el cual debe cumplirse de manera previa a la expedición del acto administrativo de adjudicación y respecto del cual, pudieren existir violaciones legales de procedimiento (elementos reglados) sobre los cuales se podría hacer un control y que podrían generar la nulidad de la última fase de formación de la voluntad administrativa que sería la adjudicación.

3.2. Control de los hechos determinantes

El segundo sistema de control de la discrecionalidad surge a través de los hechos determinantes de la actuación administrativa. Así toda potestad se apoya en la existencia de

¹⁸⁴ Art. 49 de la Constitución: “Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.-La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos”.

unos determinados presupuestos de hecho contemplados de manera genérica, sin cuya presencia no puede ser ejercitada.

A manera de ejemplo, los profesores Villar, sostienen que para el nombramiento de un funcionario se necesita previamente que exista una vacante, de igual modo la adjudicación de un contrato administrativo requiere la aprobación previa del gasto correspondiente¹⁸⁵.

Es decir que, para tomar una decisión, la administración debe analizar antes si existen los hechos que configuren una determinada situación de derecho. Una vez más juega un papel muy importante la capacidad del administrador para decidir si conviene o no su actuación frente al caso. Si no existen los presupuestos de hecho contemplados en la norma, no cabe el ejercicio válido de potestad alguna.

Mediante sentencia de 17 de febrero de 1981, el Tribunal Supremo Español ha manifestado claramente respecto del control de los hechos determinantes que:

Nunca dicho margen (de discrecionalidad) puede tener alcance de excluirlo de acreditar, cuando menos, los fundamentos fácticos sobre los que actuó para, de esta forma, poder penetrar en el modo o manera de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre cuya base se mueve. Como la administración no puede desconocer la realidad fáctica, su papel se limita a reconocer el hecho y adecuarlo a la norma, es decir que realiza una adecuación típica.

Como señala el profesor colombiano, Gustavo Penagos, el elemento fáctico es el que le da fundamento real a la decisión administrativa, situación que no puede ser desconocida por la administración en ningún momento, ni antes de dictar el acto ni aún después por desaparecer la causa que lo originó.¹⁸⁶

La administración, debe considerar los hechos tal como se presenten, guardando fidelidad absoluta con la realidad, sólo así se podrá lograr el cumplimiento de los fines propuestos por la administración para conseguir la satisfacción de los intereses colectivos.

¹⁸⁵ Luis Villar Palasi y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1993, p.37

¹⁸⁶ Gustavo Penagos, *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos*, Librería del Profesional, Bogotá, 1990., p. 25

Para determinar los presupuestos de hecho, el profesor Allan Brewer-Carías, manifiesta que se deben tomar en cuenta tres condiciones:

1. Comprobar los hechos;
2. Los hechos deben ser exactos;
3. Los hechos han de ser calificados concretamente.

De esta manera se deduce claramente que la Administración debe actuar una vez que ha comprobado los presupuestos de hecho existentes, es decir se realiza una adaptación del hecho al derecho, cuando esto no sucede, el acto estaría viciado y sería susceptible de control.

Queda claro entonces que, no por tratarse de un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales se pueda omitir los presupuestos de hecho que configuran su accionar, evitando de esta manera una vez más el caer en arbitrariedad.

En este sentido, el Tribunal Supremo Español, mediante sentencia de 1 de diciembre de 1986, manifestó que los hechos son tal como la realidad los exterioriza, por lo que no le es permitido a la administración inventarlos o desfigurarlos. De allí que Eduardo García de Enterría en su obra “La Lucha contra las inmunidades de poder”, establezca claramente que la realidad es una, no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra.¹⁸⁷

El que se haya producido o no el hecho y cómo ya no es objeto de una facultad discrecional, no pudiendo quedar por tanto a criterio de la administración tal situación. La realidad no puede ser alterada jamás so pretexto del ejercicio de una facultad discrecional, por el contrario ésta siempre debe ser conforme a los hechos.

¹⁸⁷ García de Enterría, op.cit. p.31

A través de este segundo sistema de control se propone la revisión de los hechos constantes en el expediente administrativo a fin de establecer si se ha hecho o no un correcto uso de las facultades discrecionales conferidas a la administración.

3.3.Control por los principios generales del derecho

Los principios generales de derecho son los: “Criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que, expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propias con independencia de las normas formuladas en el plano positivo¹⁸⁸”.

Los principios generales de derecho, son sin lugar a dudas un parámetro fundamental al cual debe adecuarse toda actuación administrativa. Como bien manifiesta Manuel Clavero Arévalo, los principios generales de derecho constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se produciría un desbordamiento de la facultad discrecional invadiendo la esfera de la potestad reglada, cuya norma la constituyen los preceptos administrativos y en su defecto los principios generales de derecho¹⁸⁹.

Entonces este límite exterior deberá ser siempre respetado sin invadir competencias ajenas. Al tomar como parámetro de control de la discrecionalidad los principios generales de derecho, el juez contencioso administrativo cumple su labor esencial de contralor y garante del orden público.

Eduardo García de Enterría, en su obra “La lucha contra las inmunidades de poder”, manifiesta que las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales de derecho son muy extensos¹⁹⁰. Esto en vista de la cantidad de aquellos

¹⁸⁸ *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, 1999, p.793

¹⁸⁹ Manuel Clavero Arévalo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 81

¹⁹⁰ García de Enterría, op. cit. p.46

existen en todo el ordenamiento y son fuente supletoria a la ley y a la costumbre como se sabe.

Los principios más utilizados son; igualdad de trato, proporcionalidad de los medios con los fines, racionalidad, buena fe, seguridad jurídica, equidad manifiesta, etc.

La administración no puede con el pretexto de ejercer sus facultades discrecionales transgredir los principios generales de derecho, por cuanto constituyen una base fundamental del Ordenamiento Jurídico y por ende se les debe respeto para que las garantías en aquellos establecidas, funcionen.

Como bien manifiestan los profesores Villar, el control mediante los principios generales de derecho es una especie de autodefensa del sistema frente a la abrumadora proliferación de normas¹⁹¹.

Observemos que estas técnicas llamadas clásicas de control de la discrecionalidad administrativa han sido asumidas por varias naciones latinoamericanas. Estas ideas coinciden con lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, en el asunto que dio origen a la jurisprudencia P./J. 49/2000 en los términos siguientes:

Efectivamente, se ha señalado en reiteradas ocasiones que el ejercicio de las facultades discrecionales que tengan atribuidas las autoridades, si bien supone un juicio subjetivo de la autoridad que la ejerce y, en esa medida, lo relativo a dichos juicios subjetivos escapan al control del órgano jurisdiccional, toda vez que los Jueces no están facultados para sustituirse al criterio prudencial de otras autoridades, dicho principio no implica de manera alguna que se encuentren liberadas de fundar y motivar debidamente sus resoluciones ni mucho menos, o que puedan actuar en forma arbitraria o caprichosa, de tal manera que el Juez podrá anular el ejercicio de esta facultad en la medida en que el juicio subjetivo no sea razonable sino arbitrario o cuando sea notoriamente injusto o inequitativo, o bien, cuando omita tomar en consideración circunstancias de hecho o éstas sean alteradas injustificadamente, así como cuando el razonamiento sea ilógico o viole los principios generales del derecho...¹⁹²

¹⁹¹ Villar Palasi y Villar Ezcurra, op. cit., p.38

¹⁹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Febrero de 2000, Página: 811. Dato tomado del artículo que gentilmente me hiciera llegar el magistrado Jean Claude Tron Petit, *El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional*, en Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina, Coordinador Juan Pedro Machado Arias, 2009, Konrad Adenauer Stiftung e. V., México.

Entonces los principios generales del derecho constituyen también una máxima a la cual acudir en aras de lograr un control judicial de la actividad de la administración.

Debemos recordar en esta parte de nuestro estudio, que en la legislación ecuatoriana, que estas técnicas de reducción y control de la discrecionalidad, han sido recogidas en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de la Administración Pública (Decreto 3179 publicado en el Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002), el cual constituye un aporte interesante, pero poco conocido y por lo tanto inaplicado en la realidad judicial ecuatoriana.

Finalmente, para cerrar lo referente al control por los principios generales del derecho, consideramos interesante referirnos a los principios de racionalidad y justicia que constituyen además, una limitación a la actuación discrecional de la administración pública.

3.3.1. El principio de racionalidad

Implica que la administración debe actuar de manera lógica y congruente con la finalidad pública que persigue, por lo que también es considerado como una limitación de la discrecionalidad.

La Ley General de la Administración Pública de Costa Rica dispone que la discrecionalidad está sujeta a la eficiencia, razonabilidad y a la racionalidad, a la lógica y a la justicia, principios inherentes a todo el sistema jurídico y que constituyen una limitación al ejercicio de la discrecionalidad¹⁹³. Es así como el Art. 216 de la Ley antes referida dispone: “La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso, de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél”.

Al efecto, el magistrado costarricense Oscar González Camacho comenta que el sujetar las actuaciones discrecionales a la razonabilidad y racionalidad, ha causado confusión en la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional por lo que diferencia ambos conceptos

¹⁹³ Artículo 15, 16, 17, 158, 160 y 216 de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica.

de la siguiente manera: “puede decirse que la RAZONABILIDAD hace relación a lo jurídicamente admisible, a lo conforme con el Ordenamiento Jurídico”. En tanto que la RACIONALIDAD hace referencia a la conexidad en el sentido de que: “exista una conexión efectiva entre la conducta adoptada, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que persigue.”¹⁹⁴ Por lo tanto concluye en que la primera apunta a una finalidad legítima en tanto que la segunda apunta a una finalidad lógica¹⁹⁵.

Entonces esta limitación en el ejercicio de la facultad discrecional de la administración tiene mucha relación con la oportunidad en la toma de la decisión, que siempre debe estar ajustada a derecho y en precautela del interés protegido.

El profesor venezolano Allan Brewer Carías sostiene que mediante el principio de racionalidad se impone a la Administración una actuación: “lógica y congruente”¹⁹⁶. Esta limitación a la facultad discrecional pretende que las decisiones administrativas sean racionales y adecuadas en el momento en que se expiden.

3.3.2. El principio de la Justicia

Dentro del control de las facultades discrecionales de la administración por los principios generales del derecho, Eduardo García de Enterría se refiere a la iniquidad manifiesta¹⁹⁷. En la misma línea, Allan Brewer Carías señala que la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser inicua, inequitativa o injusta¹⁹⁸.

En el caso del Ecuador, al establecerse en el Art. 1 de la Constitución que éste es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, resulta evidente que todas las actuaciones

¹⁹⁴ Oscar Eduardo González Camacho, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, p. 495

¹⁹⁵ Oscar Eduardo González Camacho, op. cit., p. 495

¹⁹⁶ Allan Brewer Carías, “Algunos aspectos del control judicial de la discrecionalidad en Venezuela”, en *Derecho Administrativo Iberoamericano*, Tomo II, p. 483. Disponible en <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/versionelectronicacongreso-vol2.pdf>

¹⁹⁷ Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., p. 51

¹⁹⁸ Brewer Carías, op. cit., p. 483

administrativas deben tener como norte el principio de justicia, entendida valor supremo. Si la administración pública en el ejercicio de sus potestades discrecionales, sobrepasa esta limitación constitucional, la actuación administrativa puede ser controlada judicialmente por falta de equidad manifiesta o injusticia manifiesta.

Al efecto, la antigua Corte Federal Venezolana, manifestó que el poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que obre “según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”¹⁹⁹. Por lo tanto, la administración cuando realice su ejercicio intelectual de escoger la mejor opción, deberá inclinarse por aquella que sea más equitativa y que mejor garantice los intereses tanto de la administración como de los administrados.

3.4. El control mediante el principio de proporcionalidad

Esta técnica es la más moderna propuesta doctrinal que encontramos para hacer un control judicial de la discrecionalidad, la cual surgió de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés (balance costes beneficio), como refiere el maestro Eduardo García de Enterría, también la aplica la Corte Suprema de Justicia de España y está siendo adoptada por la jurisprudencia colombiana, venezolana, costarricense (proporcionalidad) y argentina (razonabilidad).

Al efecto, el profesor colombiano Jaime Orlando Santofimio afirma que la moderna teórica del Derecho Administrativo nos permite ver cómo en los últimos tiempos las viejas construcciones en torno a la discrecionalidad, “como fenómeno vinculado de manera directa a los poderes y competencia del juez administrativo, paulatinamente se han ido desplazando y adquiriendo, por el contrario, relevancia como garantías máximas la racionalidad,

¹⁹⁹ Corte Federal de Venezuela, sentencia de 6 de noviembre de 1958 en Gaceta Forense, 2ª etapa, N° 22, 1958, pág. 132.

razonabilidad y proporcionalidad”²⁰⁰. Se trata, por lo tanto, de que el juez contencioso administrativo también pueda ejercer una labor en aras de la garantía de los derechos ciudadanos. Con mayor razón en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el cual a más de dividirse la administración de justicia en jurisdicciones especializadas, todos quienes administran justicia son jueces constitucionales.

Nos entramos aquí nuevamente frente a la situación de que los jueces ya no pueden fallar solamente basados en la normativa legal sino que deben acudir a los principios que las inspiran para poder fallar. Por lo tanto, la comodidad de muchos jueces al concebir a su labor como una mera aplicación de la ley al caso concreto está cambiando enormemente. Nuevamente propugnamos la necesidad de un buen juzgador, capacitado, estudioso y responsable al momento de tomar sus decisiones.

Entonces el principio de proporcionalidad no debería ser aplicado únicamente por los jueces constitucionales sino que también los jueces contencioso administrativos están la obligación de observarlo para controlar la discrecionalidad administrativa.

Al principio de proporcionalidad ²⁰¹lo entendemos como un principio general del derecho, mediante el cual se busca que las restricciones estatales de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas:

sean realmente útiles, imprescindibles, necesarios y sobre todo equilibrados y fundados en razones de interés general especialmente dirigidas a la protección de los intereses de la colectividad; así mismo, que el ejercicio de las competencias estatales en relación con los derechos de los asociados se agote con la menor intensidad posible, que ninguna acción del

²⁰⁰ En el artículo intitulado: *El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad*. La autora agradece la remisión de parte del profesor Santofimio de este artículo así como las referencias jurisprudenciales del Consejo de Estado Colombiano y la ayuda incondicional prestada para el desarrollo de este trabajo.

²⁰¹ Existen varias sentencias dictadas por la Corte Constitucional Colombiana al respecto, más me parece especialmente interesante la Sentencia C-822 de 2005 que propugna la proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción para evitar la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos y como parámetro de control.

Estado exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en el ordenamiento jurídico²⁰²

Entonces, la doctrina moderna, no olvida la razón de ser de la jurisdicción contencioso administrativa que constituye el velar por el interés general, pero siempre respetando el marco legal constituido y evitando salirse de aquél. No cabe duda de que la obligación impuesta a la administración en el sentido de que se tomen decisiones proporcionadas en cada caso, constituye una limitación al poder público.

Una vez entendida la naturaleza e importancia del principio de proporcionalidad como técnica para controlar la discrecionalidad, en esta parte del estudio académico nos parece pertinente referirnos al caso emblemático fallado por el Consejo de Estado Francés y a partir del cual, esta técnica de control mediante el balance costes beneficio empezó a aplicarse dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es así como el arrêt denominado Ville Nouvelle fue adoptado por el Consejo de Estado Francés el 28 de mayo de 1971, con motivo de la impugnación, por ilegalidad, del acto administrativo expedido por el Ministro del Equipamiento y Vivienda que declaró de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de Lille destinado a construir una nueva ciudad universitaria. Se impugnó esta decisión con el argumento de que se destruirían un centenar de viviendas que implicaba el proyecto, por lo que, el costo era demasiado elevado para la operación proyectada, lo que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar la utilidad pública de la operación y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó: “que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta”²⁰³.

²⁰² Ver Santofimio artículo citado.

Hasta ese momento, conforme refiere Allan Brewer Carías, el Consejo de Estado Francés había efectuado un control únicamente respecto de la finalidad perseguida en las declaratorias de utilidad pública y había dejado de lado pronunciarse sobre el fondo de la decisión. A partir del caso citado, empezó a hacer un balance de las ventajas e inconvenientes de operación y no sólo de su costo financiero sino también social²⁰⁴.

Cabe señalar además que al utilizarse la terminología en Derecho Administrativo de “balance costes beneficios”, aquello no implica una interpretación económica o dineraria, sino una manera de precautelar que el interés social prevalezca sobre el individual.

Luego de referirnos al importante hito que constituyó la sentencia del caso Ville Nouvelle emitida por el Consejo de Estado Francés, parece interesante recordar lo manifestado por el Tribunal Supremo Español respecto de la aplicación del control de la discrecionalidad por medio del principio de proporcionalidad, al efecto, ha sostenido que: “los medios utilizados por la Administración han de ser proporcionados, no excesivos, en relación a la finalidad perseguida”²⁰⁵, tarea harto compleja puesto que se encuentra en juego el interés público. Por esta razón es que, para hacerlo, se ha propuesto un test de proporcionalidad que comprende:

1. Un juicio de adecuación respecto de la idoneidad de la medida o de la utilidad de la misma para alcanzar los fines esperados;
 2. Un juicio de necesidad con el cual se invita a reflexionar a la administración sobre si el medio utilizado es el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos perseguidos;
- y,

²⁰³ Allan Brewer Carías, *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control judicial de la actividad discrecional administrativa*, p. 21. Disponible en [http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20491.%20Conceptos%20jur%C3%ADdicos%20indeterminados\[1\]%20%2016-02-05.pdf](http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20491.%20Conceptos%20jur%C3%ADdicos%20indeterminados[1]%20%2016-02-05.pdf)

²⁰⁴ Ver el artículo: *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control judicial de la actividad discrecional administrativa*.

²⁰⁵ Sentencias del Tribunal Supremo Español de 16 de octubre de 1989 y 3 de diciembre de 1991

3. Un juicio de proporcionalidad, que permite visualizar las ventajas que se alcancen con el fin perseguido²⁰⁶

Ahora bien, procuraremos un ejemplo en el cual la autoridad administrativa está llamada a aplicar el principio de proporcionalidad y sería el caso de la imposición de una sanción disciplinaria por el cometimiento de una infracción administrativa; y me refiero esta situación en virtud de que en muchas ocasiones la sanción impuesta es desproporcionada frente a la infracción cometida. Por lo tanto, la administración podría hacer un test de proporcionalidad de manera previa a imponer la sanción al servidor público omiso, de modo que no devenga en arbitraria.

Continuando con el análisis jurisprudencial que ha guiado esta investigación académica, lamentamos el retroceso que ha sufrido la justicia venezolana, puesto que hace algunos años sus fallos eran sumamente interesantes y orientadores y en la actualidad ya no encontramos sentencias tan ricas en términos doctrinarios. Sin embargo, nos parece interesante citar aquel fallo en el que se sostuvo que: "el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo... marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)"²⁰⁷. Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad como una limitación al poder discrecional de la administración.

Como manifestamos al inicio de este acápite, en la jurisprudencia colombiana está muy en boga el control a través de la proporcionalidad, el cual conforme nos lo ha referido el Consejero de Estado Colombiano, Jaime Orlando Santofimio, no ha sido de aceptación

²⁰⁶ Santofimio, op. cit. p. 12. Hemos decidido seguir estos parámetros puesto que el sistema latinoamericano es más cercano a nuestra realidad procesal. No obstante es importante mencionar que con ligeros cambios, la profesora española Eva Desdentado Daroca ha manifestado que el test de proporcionalidad comprende el principio de idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad propiamente dicho, en *Discrecionalidad Administrativa* citada por María Villoslada http://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf

²⁰⁷ Véase sentencia de la antigua Corte Federal de 24 de febrero de 1956 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, Caracas 1956, p. 28

pacífica, toda vez que supone un vasto conocimiento jurídico de parte de quien conoce el caso y un ejercicio intelectual bastante complicado, aún cuando su Código Contencioso Administrativo hace expresa referencia a aquél en el Art. 44 con el siguiente texto: “*Decisiones discrecionales*. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Por lo tanto, el ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública²⁰⁸”. De la transcripción anterior, se evidencia que el principio de proporcionalidad es considerado como una limitación al ejercicio de la potestad discrecional de la administración pública.

En la misma línea, la legislación y jurisprudencia costarricense consideran que el juez no solo debe hacer un control sobre los elementos reglados del acto discrecional sino también sobre la observancia de sus límites²⁰⁹. Se trata de un marco legal bastante avanzado para Latinoamérica pues permite una labor de control completo de todas las actuaciones de la administración subsumiendo el principio de proporcionalidad dentro del de razonabilidad.²¹⁰

En este orden de ideas podemos señalar que también los tribunales argentinos en este tipo de casos, hacen un test de razonabilidad, el cual resulta interesante analizarlo en qué consiste:

²⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995. M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA

²⁰⁹ Ver el párrafo segundo del Art. 15 de la Ley General de Administración Pública.

²¹⁰ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica subsume a la proporcionalidad dentro del principio de razonabilidad de la siguiente manera: “Los elementos del principio de razonabilidad son: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea “inexigible” al individuo.” (Sentencia de 12 de junio de 1998). En una línea similar puede verse de la misma Sala la sentencia N° 1999-05236, de las 14 horas del 7 de julio de 1999. Y para una interesante clasificación de la razonabilidad (en la que nuevamente se envuelve la racionalidad), véase la sentencia de la misma Sala Constitucional, N° 3933-98 de las 9 horas 59 minutos del 12 de junio de 1998.

1. Cuando la decisión administrativa no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que persigue la ley, o sea que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr;
2. Resuelva cosas que son antiéticas o dispone en la parte resolutive lo contrario de lo que expresaba en los considerandos;
3. Se trate de objeto absurdo;
4. No de los fundamentos de hecho o de derecho que sustentan la decisión adoptada;
5. No tome en cuenta los hechos acreditados en el expediente o los hechos públicos o notorios;
6. Se funde en hechos o pruebas inexistentes;
7. Actos ilógicamente motivados por razonamientos falsos, incorrectos que aparentan ser correctos, o razonamientos silogísticos inválidos, independientes de su contenido o de la verdad de las premisas de que parten.²¹¹

A partir de estos siete apartados se podría hacer un “test de razonabilidad” de manera previa a tomar una decisión discrecional.

Al efecto, el magistrado mexicano Jean Claude Tron, nos refiere un caso reciente en su jurisdicción, donde la litis consistió en definir y establecer los límites del control judicial que debe ejercerse sobre la motivación, en casos de apreciaciones económicas complejas, con la finalidad de determinar el mercado relevante:

Es así que el control judicial ejercido sobre tales actos de la autoridad, debe efectuarse bajo un parámetro de razonabilidad y de proporcionalidad de la decisión asumida, para no anular o limitar la discrecionalidad de la autoridad y que eficientemente ejerza de manera precisa y detallada su potestad y facultades de apreciación y decisión. En efecto, tal escrutinio debe ser para controlar el marco de legalidad y de legitimidad que establecen los artículos 16 constitucional y 51, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, específicamente exigiendo que el ejercicio de facultades discrecionales

²¹¹ Dromi, op.cit., p.547

coincida y sea armónica con la obtención de los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra²¹².

Por lo tanto, lo razonable es lo justo, proporcionado, equitativo, por oposición a lo irrazonable, arbitrario e injusto. La irrazonabilidad vicia el objeto contenido del acto, con actos contradictorios, desproporcionados, absurdos e ilógicos.

Ahora bien, este juicio de proporcionalidad, coste beneficio o test de razonabilidad, que en esencia son lo mismo, se vuelve complejo de hacer en nuestra realidad, debido fundamentalmente a la escasa transcendencia que se le ha dado en el sistema jurídico nacional al Derecho Administrativo. Sin normas ni reglas claras de procedimiento, sin una ley que encamine el actuar de administración, la reducción de la actividad discrecional de la administración no se hará efectiva sino que más bien se está ampliando, lo que implica también, que frente a la falta de reglas claras, la administración actúe de manera arbitraria en un claro abuso del poder.

Además, el problema también está las aulas universitarias, en dónde los abogados recibimos una formación meramente legalista, poco reflexiva y bastante cómoda, por eso se dice que la carrera más fácil es la de abogado.

Para finalizar este capítulo referente al control judicial de la discrecionalidad podemos concluir que no existe una justificación o un pretexto válido para que la justicia contencioso administrativa deje de efectuar su labor de control y precautela del interés público. Nos hemos interesado en investigar cómo empezó a dar sus primeros pasos el Consejo de Estado Francés, preclaro referente de nuestro desarrollo legal. Luego procuramos analizar la situación de la jurisprudencia y legislación españolas, cuyo modelo ha servido de inspiración a nuestro país. Y por último, hemos constatado que varios países de la región como Argentina, Colombia, Costa Rica y México, con nuestra misma idiosincrasia, nuestra misma cultura y hasta nuestro

²¹² R.A. 479/2006 relativo al amparo en revisión interpuesto por Yoli de Acapulco, sociedad anónima de capital variable, fallado el dieciocho de junio de dos mil ocho por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

mismo idioma, están avanzando de manera significativa en el desarrollo legal y jurisprudencial en torno al control judicial de la actividad discrecional de la administración pública, por lo que, resulta absurdo que en el Ecuador, aún nos mantengamos ajenos a temáticas tan trascendentes en la vida diaria de los ciudadanos y de la administración, puesto que como manifestamos en las primeras líneas de este trabajo, la mayor parte de las actividades cotidianas de la administración pública son discrecionales porque la ley no puede preverlo todo ni se puede dejar a las autoridades sin un margen de libertad de actuación. Para que ésta no se desborde ni se convierta en arbitraria, está la jurisdicción contencioso administrativa, totalmente legitimada para hacer un control de toda la actividad de la administración, ya sea en base a las facultades regladas, los hechos determinantes o los principios generales del derecho, dentro de estos últimos podríamos aplicar reglas que no necesariamente son jurídicas como el principio de racionalidad o el principio de justicia. Hemos dejado en claro que el ejercicio de la ponderación no es una labor de la jurisdicción constitucional de manera privativa y excluyente sino que también podría ser aplicada por los jueces contencioso administrativos al hacer un control de la actividad discrecional de la administración, poniendo una balanza el interés público versus el interés privado.

Ahora bien, cómo hacer ese control para no invadir la esfera de acción de la administración pública? En primer lugar nos queda claro que en la práctica, la jurisdicción contencioso administrativa ha superado su concepción revisora y en determinadas circunstancias inclusive podría sustituir la decisión de la administración pública. Nos inclinamos por la sustitución debido a que en la mayor parte de países, debido a la complejidad de la materia, la justicia contencioso administrativa es lenta. Por lo tanto, cuando el ciudadano acude en reclamo de sus derechos presuntamente violados o desconocidos, espera una respuesta sino breve al menos oportuna de parte de la administración de justicia, por lo que, resultaría poco funcional al hacer el control de la discrecionalidad, el reenvío del

expediente a la instancia administrativa. A nuestro entender se podrían generar dos inconvenientes: 1. Que la administración demore su resolución y no siga los lineamientos impartidos por parte de la administración de justicia para tomar su decisión; y, 2. Que al volver el proceso a la instancia administrativa se duplique el trámite que el ciudadano está obligado a realizar (puesto que deberá presentar nuevamente su reclamación, de ser el caso apelar en la misma instancia administrativa o inclusive volver a la etapa judicial); y esto generaría una demora injustificada. Por lo tanto, por economía procesal y con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, consideramos que la jurisdicción contencioso administrativa bien podría sustituir la decisión administrativa y tomar la decisión que mejor convenga al interés público.

Esta proposición con la que finalizo mi estudio académico, no podrá hacerse efectiva sino se reconocen al juez contencioso administrativo su:

1. Jurisdicción plenaria:- Es decir los plenos poderes no sólo para hacer cesar la situación dañosa en contra del ciudadano sino para adoptar las medidas para resarcir el daño ocasionado;
2. Jurisdicción universal.- Al permitir la impugnación de cualquier conducta administrativa, sin dejar ámbitos o materias exentos de fiscalización.

La modernización de la justicia contencioso administrativa es una tarea pendiente que necesita ser cumplida de manera inmediata por parte de los assembleístas que deberían dotarnos de un marco legal adecuado, también necesitamos el desarrollo jurisprudencial de parte de la Corte Nacional de Justicia y Corte Constitucional, que deberían presionar con sus fallos a una reforma del sistema. La academia juega un rol muy importante al formar a los futuros abogados y al especializarlos a los ya graduados. Pero la presión más importante para lograr una verdadera transformación de la justicia contencioso administrativa está en cada uno de los que de una u otra forma la hemos hecho nuestra forma de vida.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- En primer lugar luego del estudio académico realizado, hemos llegado a la evidente conclusión que no existen en la actualidad actos administrativos que escapen al control judicial, ya que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, de manera particular en Latinoamérica, de manera paulatina han ido abandonando la tesis de la inmunidad en el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración pública;
- Existen sistemas de reducción y control de la discrecionalidad, sugeridos desde la doctrina y la ley, que van desde la aceptación de que en todo acto administrativo coexisten elementos reglados y discrecionales, y que respecto de los primeros se podría hacer un control; también es pertinente hacer un control mediante los hechos determinantes del caso y fundamentalmente por los principios generales del derecho. Lo que implica para el juzgador libertad en el sentido de que no debe regirse a reglas rígidas sino que puede ampliar sus horizontes y fallar en base a principios como los de racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, justicia, eficiencia, eficacia, etc. Así como también, considerar los Tratados y Convenios Internacionales y la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- Es urgente para la jurisdicción contencioso administrativa una reforma del sistema procesal y sustantivo en la materia, que se adecue a los postulados garantistas de la Constitución 2008. Debido a la gran cantidad de leyes expedidas en los últimos años, es necesario evitar la dispersión normativa con la expedición de un Código Administrativo, en el cual se reconozca la existencia de la potestad discrecional

encomendada a la administración pero con limitaciones legales que permitan al juzgador tomar decisiones al respecto;

- Los plenos poderes de los que está atribuido el juez contencioso administrativo, le permiten controlar toda la actividad del Estado, entendida ésta no sólo como actos administrativos sino también contratos, hechos, reglamentos, resoluciones, etc, es decir toda la actividad de la administración está sujeta a revisión y control. Este control, una vez clarificada la delgada línea que divide las facultades administrativas de la potestad jurisdiccional, se podría hacer anulando la decisión administrativa y ordenando el reenvío del proceso a la sede administrativa para que en base a los lineamientos del fallo, la administración tome la decisión que en derecho corresponda, es decir mediante una labor de orientación, la administración podría decidir. Lo cual podría afectar al derecho de tutela judicial efectiva puesto que implicaría una demora adicional en el reconocimiento del derecho del administrado, sería como una victoria parcial;

- Otra opción para hacer un control judicial de la discrecionalidad es sustituyendo la decisión administrativa, en circunstancias muy eventuales como se analizó en el presente trabajo, siempre en aras de la consecución del bien común y dejando en claro que de por medio se encuentra el interés público que es el que debe prevalecer;

- Es necesario resaltar que si bien la labor del juez en la actualidad no debe limitarse de manera estricta al marco legal, sino que también debe observar principios y valores, no es conveniente para la buena marcha de la administración de un gobierno de los jueces

o de un activismo judicial exagerado, que llevaría a que los jueces ejerzan una labor de administración;

- Es indispensable que el fortalecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa se afine sobre un marco legal adecuado, sobre el respeto de sus decisiones por parte de todo el aparato estatal y su efectivo cumplimiento, sólo así se podrá garantizar la vigencia plena de un Estado Democrático en el Ecuador.

BIBLIOGRAFIA

- Avila Santamaría, Ramiro, *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Año XV, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Bacigalupo, Mariano, *La Discrecionalidad Administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2007.
- Brewer- Carías, Allan, *Técnica de los Conceptos Jurídicos Indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*, publicado en la obra *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Germán Cisneros Farías, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera (Coordinadores) Universidad Nacional Autónoma de México, México , 2006.
- Brewer Carías, Allan, *Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional*, publicado en Carlos E. Delpiazso (Coordinador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1966.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1979.
- Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- Clavero Arévalo, Manuel, *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992
- Coviello, Pedro José Jorge, *Derecho Administrativo homenaje a Miguel S. Marienhoff*, Madrid, Abeledo Perrot, 1998.

- Dromi, José Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001
- Fernández, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2008
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2001.
- García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Civitas.
- García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tercera Edición, Madrid, Cuadernos Civitas, 2004.
- García de Enterría, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, cuaderno 113, 1972.
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos S.A., 1989
- González Navarro, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Pamplona, Universidad de Navarra S.A., 1997.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Capítulo VI, IADA-VI-2.
- Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2000.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Macchi, 1977, p. VIII-33
- Hutchinson, Tomás, *El Sistema Argentino de Control Judicial de la Administración*, Universidad Nacional de la Plata, 2006.

- Ivanega, Miriam Mabel, *Elementos el Derecho Administrativo*, Serie Derecho Administrativo No. 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Jinesta Lobo, Ernesto, *El Control Jurisdiccional de la Administración Pública*, Revista Judicial. Costa Rica. Año XX, N° 63, septiembre 1997.
- Jinesta Lobo, Ernesto, VII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano: *Reforma de la Administración Pública y la Carta Iberoamericana de Administración Pública: Caso Costa Rica*.
- Jinesta Lobo, Ernesto, *Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de las Administraciones Públicas en Visión actual del acto administrativo*, Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Santo Domingo, Finjus-Adda, 2012.
- Jiménez Meza, Manrique, Jinesta Lobo, Ernesto y otros, *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas, 2006.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Mena Guerra, Ricardo Antonio, *Valor y función de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo (Especial referencia al Régimen Jurídico Salvadoreño)*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2009
- Morales Tobar, Marco, *Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Prat, Julio, *De la desviación de poder*, Montevideo, 1977.
- Penagos, Gustavo, *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos*, Bogotá, Librería del Profesional, 1990.
- Pérez Camacho, Efraín, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

- Ponce Solé, Juli, *El Derecho a la buena administración, discrecionalidad administrativa y mejora de la gestión pública*, p. 305
http://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/documentos/revistas/2012/16_juli_ponce_sole.pdf
- Rendón Huerta Barrera, Teresita, *Los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2012.
- Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Cuarta Edición, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad*.
- Secaira Durango, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Tron Petit, Jean Claude, *El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico indeterminado del Impuesto sobre la renta*,
http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7
- Tron Petit, Jean Claude, *El Control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional*, Artículo publicado en la obra colectiva: *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina* Coordinador Juan Pedro Machado Arias, México, Konrad Adenauer Stiftung e. V., 2009.
- Weil, Prosper, *Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1994.
- Villar Palasi, José y Villar Ezcurra, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1993

- Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex S.A., 2010
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Novena Edición, Madrid, Editorial Trotta.