

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

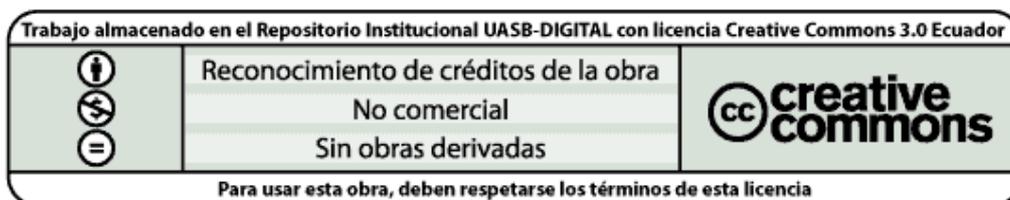
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**Problemas de Técnica Legislativa en la Regulación de
Contratación Pública en el Ecuador**

Adriana Daniela Sánchez Cumbal

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Adriana Daniela Sánchez Cumbal, autora de la tesis intitulada “*Problemas de Técnica Legislativa en la Regulación de Contratación Pública en el Ecuador*”, 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 magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Por tanto,

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 autora 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.

Quito, 6 de junio de 2016

Ab. Adriana Sánchez

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**“Problemas de Técnica Legislativa en la Regulación de Contratación Pública en
el Ecuador”**

Autora: Adriana Daniela Sánchez Cumbal

Tutor: Dr. Marco Morales Tobar

Quito, 2016

Resumen

La siguiente investigación aborda varios temas relevantes en torno a los problemas del marco regulatorio de Contratación Pública en el Ecuador vinculados a la técnica legislativa. Los objetivos del trabajo son conocer las principales notas doctrinarias sobre técnica legislativa; con esa base, analizar la calidad de las normas de Contratación Pública en nuestro país; y, al final, proponer alternativas de solución ante las falencias de técnica legislativa en la elaboración de la normativa de Contratación Pública ecuatoriana. La necesidad de dar una respuesta desde el estudio de las normas como tal, a las complejas situaciones que enfrentan todos los actores vinculados a las compras públicas en nuestro país, exige una investigación transversal del marco regulatorio en la materia para develar el origen estructural del problema y plantear soluciones. La mayoría de orientaciones teóricas para alcanzar los objetivos planteados provienen de autores extranjeros. No existen por desgracia muchos autores ecuatorianos que hayan publicado tratados sobre técnica legislativa o temas afines como la ciencia de la legislación.

Para el desarrollo de esta investigación ha sido importante la aplicación del método histórico para comprender el origen de la realidad jurídica presente en base a los hechos del pasado. Así también el estudio se basa en el análisis de las normas de Contratación Pública sobre el conocimiento teórico de los principales elementos que debe tener una buena técnica legislativa, aplicando para ello métodos como el exegético, comparativo, analítico, descriptivo, sistemático y sociológico. Al final de la investigación ha sido posible determinar con un nivel de certeza importante, las principales debilidades del sistema jurídico de Contratación Pública en relación a la técnica legislativa empleada en su elaboración. Siendo aun de mayor trascendencia las propuestas de solución a estos problemas, las cuales salen del marco de la Contratación Pública y avanzan, por una parte a un análisis de constitucionalidad de las normas; y, por otra, a temas de ejercicio eficiente de la actividad práctica de la legislatura.

Palabras clave: racionalidad; calidad; constitucionalidad; codificación, institucionalismo.

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar, a sus profesores y personal administrativo y de manera especial, al Dr. Marco Morales Tobar por su gran disposición en la orientación para elaborar este trabajo.

Dedicatoria

A todos mis maestros y maestras que a lo largo del camino me han enseñado a aprender.

Índice

Introducción a la técnica legislativa.....	10
1. Concepto de técnica legislativa.....	10
2. Principales antecedentes históricos	13
3. Elementos de la técnica legislativa	24
3.1. Racionalidad lingüística	27
3.2. Racionalidad jurídica formal	34
3.3. Racionalidad pragmática	41
3.4. Racionalidad teleológica	43
3.5. Racionalidad ética	45
4. El elemento político en la producción de las leyes	46
La calidad de las normas de contratación pública en Ecuador	49
1. El criterio de calidad aplicado a las normas jurídicas.....	49
2. Los sujetos creadores de normas jurídicas en materia de contratación pública .	62
3. El procedimiento de producción legislativa	69
3.1. Etapa prelegislativa	71
3.2. Etapa legislativa.....	73
3.3. Etapa postlegislativa.....	74
Propuestas para adecuar el uso de la técnica legislativa a la regulación de contratación pública en Ecuador.....	76
1. La necesidad de codificar las resoluciones administrativas del SERCOP.....	76
2. El enfoque del institucionalismo aplicado a la producción de normas	80
3. Pautas para balancear el poder de los intereses políticos y la necesidad de crear leyes racionales.	85
4. Conclusiones.....	89

Introducción

Según dispone el Código Civil “el desconocimiento de la ley no exime a persona alguna”, pero ¿se preocupa realmente el estado porque la ley sea una norma jurídica accesible al ciudadano, de manera que conozca en verdad, si acaso no su contenido íntegro, al menos de su existencia y que los enunciados que contenga sean claros y comprensibles? Si no es así, ¿está permitiendo el legislador que la calidad de las leyes caiga en un dramático deterioro y con ello de los principios esenciales del Derecho que mandan a buscar la ordenación de la vida en sociedad? La respuesta a estas cuestiones no es fácil de alcanzar y por ahora no es necesaria para dejar sentada la importancia de la investigación del trabajo de la legislatura en torno a su principal facultad, crear leyes.

En este texto, el tema central que voy a analizar es la técnica legislativa que se ha empleado en la elaboración del marco regulatorio de Contratación Pública en nuestro país. Me referiré a las falencias de técnica legislativa que son transversales a toda la normativa aplicable a Contratación Pública sin hacer mención a casos concretos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento general de aplicación o las resoluciones administrativas emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública. Pondré énfasis también en temas que se encuentran vinculados de manera directa con el estudio de técnica legislativa, a fin de tener una visión panorámica del estado actual de la problemática central de esta investigación.

En una primera parte, estableceré un concepto de técnica legislativa a fin de avanzar en el estudio de generalidades como los principales antecedentes históricos y los elementos que se deben considerar en el análisis de la técnica. A continuación, haré una exposición respecto a la calidad de las normas jurídicas de Contratación Pública en el Ecuador sobre la base de los elementos de técnica legislativa que se han empleado en su elaboración, considerando a los distintos sujetos creadores de normas y en particular al legislador cuando desarrolla el procedimiento de producción legislativa. Por último, trataré dentro de los límites de investigación fijados, de plantear algunas propuestas que considero relevantes para adecuar el uso de la técnica legislativa a la regulación de Contratación Pública en el Ecuador.

Mi anhelo es que al finalizar esta investigación se pueda tener una visión más clara sobre las principales características de una buena técnica legislativa, se

identifiquen las falencias que tiene la regulación de Contratación Pública en la actualidad y que las cuestiones sugeridas a continuación en torno al tema, lo nutran y puedan ser objeto de futuras investigaciones.

Capítulo Uno

Introducción a la técnica legislativa

Previo a hacer un análisis específico sobre la legislación de contratación pública en nuestro país desde el enfoque de la técnica legislativa empleada en su creación, es indispensable revisar la descripción de varios aspectos que componen la técnica legislativa en la legislación contemporánea a fin de comprender con mayor claridad sus principales falencias. El importante aporte que hace la doctrina a través de conceptos que explican el alcance y contenido de la técnica legislativa, nos prepara para el conocimiento de sus principales antecedentes históricos, así como de los elementos que determinan su estructura.

1. Concepto de técnica legislativa

La doctrina ha definido a la técnica legislativa desde múltiples enfoques, considerándola solamente como una herramienta lingüística en unos casos; en otros como instrumento de perfeccionamiento de las normas desde su concepción sociológica hasta su aplicación práctica y hay quienes también la han ubicado como parte de una teoría de la legislación que se proyecta hacia una ciencia de la legislación para el correcto desempeño de la actividad de legislar.

La tratadista Ángeles Galiana Saura considera a la técnica legislativa como “la composición y redacción (drafting) de las leyes y disposiciones jurídicas, en alusión estricta a cuestiones de lenguaje y de homologación formal relativas al procedimiento de elaboración de la ley”¹. En el mismo orden de ideas, Paulina González hace una definición de técnica legislativa en los siguientes términos:

En la actualidad la opinión dominante entiende que la técnica legislativa es una de las materias que integran la llamada Ciencia, teoría o doctrina de la legislación. Y que se refiere a la composición y redacción de las disposiciones o normas jurídicas, especialmente de las leyes [...] En una primera aproximación podemos decir que su finalidad es la de perfeccionar la elaboración de las normas jurídicas en cuanto a su forma, a su texto, en definitiva, a la manera en que se expresa en palabras la decisión legislativa.²

¹ Ángeles, Galeana Saura. “La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Extranjería.”, (Madrid: Ministerio de Justicia centro de publicaciones - Nueva Época, 2001), 248.

² Paulina González, “Codificación y técnica legislativa”, Revista Chilena de Derecho, vol. 25, No. 4, 867-895, octubre/diciembre 1998, 883.

O como ha señalado Sáinz Moreno, la técnica legislativa consiste en el arte de redactar los preceptos jurídicos de forma bien estructurada, que cumpla con el principio de seguridad jurídica y los principios generales del derecho.³ Eliseo Muro incluye en su definición algunos otros elementos e indica que:

La técnica legislativa se puede concebir como el conjunto de factores para la estructuración de proyectos de ley y el uso del lenguaje apropiado en la ley; es decir, un significado estrecho o limitado del término, así como la materia que comprende tópicos sobre la evaluación de la calidad de las leyes, en donde son aplicables los conocimientos de la sociología, el análisis económico del derecho, la ciencia política y cuestiones de la teoría de la legislación.⁴

Para Aníbal Bascuñán “simplemente, la Técnica Legislativa es el conjunto de reglas a que se debe ajustar la conducta funcional del legislador para una idónea elaboración, formulación e interpretación general de las leyes.”⁵

Por su parte, L. Martín Rebollo desarrolla un poco más el concepto y señala que: “cuestiones formales, de lógica, de sistemática, de lenguaje, de oportunidad, de integración ordinal y de interpretación normativa se arrojan bajo el genérico título de técnica legislativa”⁶. Uno de los conceptos mejor estructurados de técnica legislativa es el que presenta Piedad Escudero García cuando señala que: “la técnica legislativa es el arte de legislar clara y efectivamente; es el arte y destreza de elaborar textos normativos sin defectos o con la menor cantidad posible de ellos. Es un arte compuesto de un conjunto de habilidades o destrezas racionales específicas.”⁷ Estas dos últimas definiciones se aproximan a la integralidad del concepto de técnica legislativa. Disciplina que agrupa en su estudio varios aspectos relativos a la producción de las normas jurídicas, tales como la incorporación de la norma al ordenamiento jurídico, el modo de incidir en los destinatarios que tienen la

³ Fernando, Sáinz Moreno. “Técnica Normativa. Enciclopedia Jurídica Básica”, (Madrid: Civitas, 1995), 6485.

⁴ Muro Ruiz, Eliseo, “Elementos esenciales en la enseñanza de Técnica Legislativa”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, Serie Doctrina Jurídica, Número 44, 345-386, (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.2000), 356.

⁵ Aníbal, Bascuñán Valdez. “Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales”, (Santiago de Chile: Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, colección de apuntes de clase, número 8, 1960), 22.

⁶ Ángeles, Galeana Saura. “La técnica legislativa: reflexiones discretas sobre el método y el procedimiento.”, (Madrid: Ministerio de Justicia centro de publicaciones - Nueva Época, 2001), 249.

⁷ Piedad, García Escudero y otros, *Manual de Técnica Legislativa*, (Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Ediecuatorial, 2014), 27.

obligación de observarla, la forma en que debe estar encaminada al cumplimiento de los fines del Estado, el examen de los valores éticos que justifiquen su creación, la etapa de evaluación y control posterior a su promulgación, etc.

Una vez que se han citado algunos conceptos relevantes de técnica legislativa y previo a alcanzar una definición propia, hace falta ubicar la posición que ocupa la técnica legislativa en el Derecho. Los tratadistas coinciden en señalar que en esencia se trata del conjunto de procedimientos para la correcta elaboración de las leyes, es decir, la técnica legislativa presenta notas transversales y generales a toda la legislación, de allí que su ubicación está en la teoría de la legislación y por ésta a su vez en la teoría general del derecho. La relación entre la teoría y la ciencia de la legislación la expone con claridad Manuel Atienza en estos términos:

Cabe denominar teorías de la legislación a aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial, no pretenden explicar un fenómeno, sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos.[...] La teoría de la legislación debería ofrecer una explicación general del proceso de la legislación y debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas.⁸

Determinar la posición que ocupa la técnica legislativa en el Derecho favorece a construir una definición integral de la misma, pero con mayor relevancia a comprender la importancia funcional que tiene para el correcto ejercicio de la actividad legislativa. Con los antecedentes hasta ahora expuestos y como se verá en el análisis de los temas abordados a continuación, podemos definir a la técnica legislativa en los siguientes términos:

Es el conjunto de recursos y procedimientos lingüísticos, jurídicos, pragmáticos, teleológicos y éticos para ordenar de manera lógica y sistemática la incorporación de los diferentes factores que intervienen en la creación de las normas jurídicas al procedimiento legislativo, de manera que se apliquen desde la fase prelegislativa y hasta la evaluación posterior de las normas incorporadas dentro de la realidad social.

Hemos de considerar que una visión integral de la actividad legislativa, es la base para alcanzar una respuesta práctica satisfactoria en la composición de la

⁸ Manuel, Atienza, "Teoría y técnica de la Legislación", Revista *Segunda Época*, Vol. 3, No. 7/9, octubre 1987 – septiembre 1988, (Madrid: Civitas, 1997), 435-447, 441.

elementos del ordenamiento jurídico, es decir, la creación de la norma en aplicación de depuradas técnicas legislativas requiere de un ajuste previo, en el sentido de toma de decisiones objetivas y racionales a los diversos momentos que componen la promulgación de la ley. Si la definición, estudio y aplicación de la técnica legislativa requieren, además de la determinación de su finalidad –“la mejor calidad técnica del Derecho”⁹-, de una concepción integral del derecho como reflejo de la sociedad, su incorporación al trabajo de producción de las normas no resulta sencillo, menos si consideramos que no se ha llegado aún a determinar una teoría general del Derecho que mire hacia sus diferentes ramas, así como a la sociedad en la que se aplica.

2. Principales antecedentes históricos

En la actualidad hemos visto como el interés por la técnica legislativa parece en aumento, debido tal vez a la crisis política y económica presente en muchos estados. Lo cual hace pensar que existe una cierta tendencia a creer que la crisis de los estados se debe a la crisis de la ley. Esto presupone un error de comprensión entre la causa y el efecto, ya que al ser la ley producto de la actividad estatal, su crisis deviene como un reflejo de la situación del Estado y la sociedad. De allí que, por un lado, se deba tener presente que la aplicación de una adecuada técnica legislativa permite dar una mayor calidad a las normas jurídicas más no soluciona los problemas estructurales de las legislaturas; y, por otro que la preocupación por desarrollar un modo de dotar al ordenamiento jurídico de certeza, coherencia y validez no es nueva.

A pesar de que cualquier acercamiento que quiera hacerse a la evolución histórica real de la ciencia de la legislación y más concretamente de la técnica legislativa no se halle en el Estado Moderno de los siglos XVI y XVIII, en el cual los monarcas europeos concentraron el poder político en su persona, eliminando cualquier representatividad y dando lugar a las monarquías absolutas, Estado Absoluto o Estado Policía, resulta importante partir de allí para definir la importancia del estudio de la técnica legislativa en el momento actual. Gema Marcilla Córdova hace sin embargo una breve e importante reseña de un antecedente histórico del siglo XVII que constituye la base para la determinación de los elementos de lo que hoy conocemos como técnica legislativa entendidos desde la racionalidad del legislador:

⁹ Ángeles, Galeana Saura. “La técnica legislativa: reflexiones discretas sobre el método y el procedimiento”, 249.

“en torno al siglo XVII el propósito de la reflexión jurídica fue precisamente construir, con el único auxilio de la razón, un sistema jurídico de validez universal, y que los ilustrados del siglo siguiente se empeñaron en una obra que en sus propios términos constituía una ciencia de la legislación.”¹⁰

Ahora bien, si por una parte es cierto, como afirma Felipe Rotondo, que el Estado Absoluto “dio origen a una Administración importante, no sometida al Derecho, sin perjuicio de reglas internas de buena administración que no tenían valor jurídico.”¹¹. No es menos cierto que tales reglas se inspirarían en las limitaciones al poder del monarca a las que se refiere Garrido Falla cuando dice que “sería exagerado decir que el poder no tenía durante esta época más limitaciones que el puro capricho del soberano. Limitaciones las había, en efecto, como se comprende a la luz de las siguientes consideraciones:

a), en primer lugar, la realeza se concebía como un «oficio», que obligaba al rey a cumplir su ministerio, consideraciones se imponían al monarca con tanta más fuerza dado el carácter religioso y casi sacramental de su investidura;

b), además, y dado el carácter que se acaba de señalar, la existencia de leyes divinas había de tener una efectiva vigencia en un monarca cristiano, supuesto que aquéllas miraban directamente al recto ejercicio de la autoridad;

c), en tercer lugar, la propia estructura polisinodial a que dio lugar la creación de numerosos consejos cuyas consultas, si no vinculantes para el monarca, determinaban a veces reglas de conducta difícilmente eludibles, y

d), finalmente, piénsese en la coacción que podía suponer un clima de rigidez en el que fue posible la aparición de la doctrina del tiranicidio, como reacción suprema contra el ejercicio injusto del poder.¹²

Garrido Falla señala además que “Ahora bien, lo que es evidente es que las dichas limitaciones, cualquiera que fuese su vigencia práctica, carecían de carácter jurídico, es decir, no eran limitaciones jurídicas”¹³. Como es fácil concluir, la técnica legislativa no corresponde al Estado Absoluto.

Parafraseando a Felipe Rotondo, diremos que en el siglo XVIII los movimientos de la nobleza contra el Rey y el surgimiento de un pensamiento político relativo a los derechos naturales, la división de poderes y el principio de legalidad

¹⁰ Gema, Marcilla Córdova, “Sobre la Necesidad de una Nueva Ciencia de la Legislación”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 93-115, 94.

¹¹ Felipe, Rotondo. “Manual de Derecho Administrativo”, (Montevideo: El Foro, 1998),7.

¹² Fernando, Garrido Falla, “Tratado de Derecho Administrativo, Parte general”, Tomo I, (Madrid: Editorial TECNOS, 2003), 78.

¹³ *Ibíd.*, 79.

dieron origen a la construcción jurídica lo que conocemos como el Estado de Derecho. El pensamiento de Locke (1689) quien no hablaba de separación de poderes sino de racionalización del poder absoluto a través del poder legislativo; de Montesquieu (El Espíritu de las Leyes. 1748) para quien era necesario dividir las potestades a través de cuerpos que se frenen y contrapesen; y, de Rousseau (1762) quien propugnó el ideal del gobierno por y en virtud de las leyes, inspiraron en su mayoría estas ideas que luego de la Revolución Francesa consagraron la anhelada división de poderes planteando que el objeto de toda asociación política responde a la conservación de los derechos imprescindibles del hombre¹⁴.

Con el surgimiento del Estado de Derecho ocurre el nacimiento de los derechos públicos subjetivos, es decir, el reconocimiento de un espacio de la persona en el cual esté vetado el ingreso del poder público, derechos que el ciudadano puede oponer a este poder. “Los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos”¹⁵ reconocidos en el Estado de Derecho mediante la implantación de los mecanismos necesarios para su efectiva defensa. Rafael Entrena Cuesta lo ha definido como: “Aquella forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos mediante el sometimiento de la Administración a la ley”¹⁶. Y como señala Felipe Rotondo podrá decirse que “El Estado de Derecho es la expresión en lenguaje jurídico de la democracia”.¹⁷ El sometimiento de la Administración a la ley se concibe entonces como un mecanismo para alcanzar el fin principal que es el reconocimiento de los derechos del individuo, razón de ser del Estado de Derecho.

Entre estos derechos, el de la seguridad jurídica fue el eje para lograr la protección de los otros, considerando que para alcanzar seguridad jurídica era necesario un punto de partida que permitiera derivar toda la estructura del derecho como sistema de normas. Como señala Susana Pedroza:

La lógica deductiva construyó el sistema de derecho; a través de sus brazos alcanzó los principios, las primeras conclusiones y los supuestos más alejados destinados a regular casos concretos. A finales del siglo XVII en la época de las revoluciones francesa y americana, la concepción totalizadora pasó del campo de las ideas al de las realizaciones concretas, tanto el derecho público como el privado. La

¹⁴ Felipe, Rotondo. “Manual de Derecho Administrativo”, 18..

¹⁵ Rudolf Von, Jhering. “Teoría de la Técnica Jurídica”, (Madrid: Biblioteca Universal, 2003), 181.

¹⁶ Rafael, Entrena Cuesta. “Curso de Derecho Administrativo”, (Madrid: Editorial TECNOS, 2003), 70.

¹⁷ Felipe, Rotondo, “Manual de Derecho Administrativo”, 7.

máxima expresión del espíritu moderno fue el constitucionalismo, en donde la Constitución, sería la primera norma positiva del sistema, es decir, la norma fundamental o suprema¹⁸.

Como vemos el derecho a la seguridad y certeza jurídica ha sido siempre uno de los principios que ha inspirado la evolución del derecho, hacia formas de regulación que garanticen en mayor medida la certidumbre en las instituciones, no solo en el derecho público sino también en la esfera del derecho privado, como continúa comentando la autora:

[...] En el ámbito del derecho privado la consecuencia más inmediata de las ideas modernas fueron los códigos civiles. Todo buen racionalista sintió la firme convicción de redactar leyes perfectas, definitivas, eternas, válidas para toda la humanidad y con mayor concreción del sistema jurídico. Un ejemplo lo tenemos en 1843 cuando se estableció la Comisión General de Codificación, que en su decreto de creación y preámbulo se señaló como objetivo “dotar a la nación de Códigos claros, precisos, completos y acomodados a los modernos conocimientos. La máxima expresión del espíritu moderno fue el constitucionalismo. Tanto creció esta presunción que los últimos racionalistas nos regalaron ciertos códigos voluminosos, indigestos, abstractos, que estaban condenados de antemano a una eficacia inversamente proporcional a su molde.¹⁹

Pero el Estado de Derecho en su fase inicial, durante el Estado Liberal de Derecho, era mero espectador de la vida económica de la sociedad. De manera que la legislación se limitaba a elaborar las normas que garanticen el orden público. Con el surgimiento de la idea de que el Estado debe intervenir en la economía y en la sociedad como prestador de servicios públicos adecuados a los administrados, nace del estado social de derecho y a su vez una transformación en la concepción de la actividad de legislar. Así lo plantea Ángeles Galeana Saura, quien además señala:

De esta forma la regulación jurídica penetra en diversos aspectos de la actividad económica, cultural, profesional, etcétera, y por tanto supone la extensión de la normatividad a esferas antes exentas o confiadas al espontáneo acuerdo de los particulares. En el modelo de Estado Social se transforma la concepción del Derecho, de forma que éste asume funciones distributivas y promocionales que van a variar su estructura dadas.²⁰

¹⁸ Susana, Pedroza, “Introducción a la Técnica Legislativa en México”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 42.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Ángeles, Galeana Saura, “La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho”, en Sainz, Moreno Fernando (coordinador), *La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho*, 449-462, (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2002), 449.

Las nuevas funciones que asume el estado social traen consigo la necesidad de que la ley sea cada vez más detallada y precisa en cada uno de los aspectos concretos en los que interviene. Lo cual se puede lograr solamente separando la potestad reglamentaria de la potestad legislativa, es decir, otorgándole poder a la Administración para participar en el proceso de regulación. De esta manera aparecen los inicios de diferenciadas técnicas normativas frecuentes en nuestros días, ya que para concebir un “poder ejecutivo legislador”²¹ se tenía que empezar a construir conceptos como la delegación legislativa, decretos ley, reglamentos delegados, estatuto, etc.

Las escuelas jurídicas afines al positivismo que se desarrollaban paralelamente al desarrollo del estado social, incorporaron nociones de lógica y formalidad a la forma de expresar el derecho. A la inicial necesidad de escribir normas jurídicas con un lenguaje claro y exacto, pronto se unió la de tener un sistema jurídico simple, preciso y ordenando. Así también lo afirma Gema Marcillo Córdova, indicando: “Será el positivismo la corriente que en el umbral del siglo XIX clausure el iusnaturalismo racionalista y al mismo tiempo expulse la legislación del objeto de la ciencia del derecho. Desde una perspectiva histórica, pues, no resulta forzado afirmar que se está asistiendo a la revitalización de la racionalidad legislativa.”²²

El anhelo de alcanzar una unificación legislativa que sirviera como instrumento al servicio de los fines del Estado, dio paso a la corriente de la codificación de mediados del siglo XIX en Europa. De este fenómeno jurídico, científico e intelectual se derivaron importantes transformaciones en el modo de estructurar el orden jurídico, así como la obligación de buscar una renovación en la forma de escribir la ley. En este escenario surge por primera vez la expresión “*técnica legislativa*” concebida como una herramienta para la codificación y por tanto de la nueva concepción ideológica del derecho. Al respecto Susana Pedroza señala que: “Dentro de la corriente codificadora se adoptó el término “*técnica legislativa*” en el siglo XIX, en la obra colectiva de Geny titulada *Le Code Civil*,

²¹ *Ibíd.*, 451.

²² Gema, Marcilla Córdova, “Sobre la Necesidad de una Nueva Ciencia de la Legislación”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 94.

específicamente en el trabajo denominado *La technique legislative dans la codificación civile moderne*”²³

Ángeles Galeana Saura comenta que al movimiento codificador que buscaba unificar y sistematizar los cuerpos normativos del siglo XIX, se opusieron las concepciones de la Escuela Histórica del Derecho de principios del siglo XX, en el sentido de que esta corriente doctrinaria afirma que el origen del derecho está en la evolución histórica de un determinado conglomerado humano manifestado originalmente mediante sus costumbres y tradiciones. No existe, por tanto, un derecho intemporal válido para todos, cada pueblo crea su propio derecho. Es aquí cuando se puede advertir una inicial crisis de la ley concordante con la crisis del estado de derecho al que le correspondía incorporar una realidad social y económica orientada por distintas corrientes filosóficas y políticas. Sin embargo y ante las progresivas transformaciones sociales de la época, la técnica legislativa alcanzó un papel preponderante en la creación normativa. El desarrollo dogmático del enfoque histórico profundizaba en el análisis de las normas jurídicas y de sus relaciones lógicas a fin de construir un sistema jurídico conceptual completo y riguroso de carácter formal. Este sistema denominado en su conjunto *jurisprudencia conceptual* demandó gran claridad, precisión y pureza en el lenguaje para expresar una idea obtenida a raíz de abstracciones exactas.²⁴

En ese mismo orden de cosas, Susana Pedroza comenta entre los principales antecedentes históricos²⁵ que en la primera mitad del siglo XX la evolución de la técnica legislativa va vinculada a ciertos hechos históricos de trascendencia mundial frente a los cuales se ve la necesidad de controlar la actuación del poder gubernamental. La segunda guerra mundial marca un hito importante considerando que muchos países experimentaron regímenes totalitarios, en los cuales la ley pierde su valor como manifestación de voluntad del soberano y se convierte, en el mejor de los casos, en instrumento de disposición del gobierno dictatorial. Susana Pedroza indica que “surgen con gran auge temas como el de la vigilancia legal de la actuación de las autoridades (ombudsman), la revisión de la cuenta política por órganos

²³ Susana, Pedroza, “Introducción a la Técnica Legislativa en México”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 43.

²⁴ Ángeles, Galeana Saura, “La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho”, en Sainz, Moreno Fernando (coordinador), *La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho*, 451.

²⁵ Susana, Pedroza, “Introducción a la Técnica Legislativa en México”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 42.

independientes (Tribunal de Cuentas), la tutela de la constitucionalidad de los actos y las leyes (Tribunal Constitucional) y el tema de las reglas para legislar (técnica legislativa).²⁶ La innovadora regulación de estos asuntos de interés, vino a alentar masivos trasplantes jurídicos de las recientes instituciones y normas como herramientas para solucionar problemas concretos de los países, mediante los cuales se trató de restituir las características formales y materiales de la ley, especialmente sus notas de generalidad y abstracción como garantías mínimas de seguridad jurídica. Sin embargo, esa creación de legislación propia basada en otras, se realizó sin considerar que un trasplante normativo debe concentrarse en las categorías conceptuales y prácticas para adecuar los valores, principios e intereses políticos del agente importador al objetivo de alcanzar justicia, validez y eficacia de la norma que se replica, de manera articulada.

Toda esa intensa producción legislativa trajo consigo la necesidad de evitar y en muchos casos corregir los problemas de ambigüedad sintáctica y semántica, redundancias, contradicciones, malas remisiones, abuso de los reenvíos, discordancias, aparición de leyes-medida, exceso de leyes especiales, vacíos y oscuridades del sistema jurídico. Ante estos problemas que vinieron a agravarse en la segunda mitad del siglo XX, Susana Pedroza señala que “en países europeos se constituyeron instituciones y trabajos que tenían por objeto el estudio de los elementos necesarios para legislar”²⁷. Sin embargo, los esfuerzos por depurar el trabajo legislativo no pudieron evitar que la superproducción normativa, carente de método y técnica, siguiera su curso en desmedro del derecho a la seguridad jurídica de los regulados.

Si a esto sumamos el hecho de que las aristas que el Estado social de derechos debe controlar mediante disposiciones de carácter normativo, son muchas más que las que tenía a su cargo el Estado Liberal, comprendemos sin lugar a dudas como hemos desencadenado a la actual “edad de la descodificación”²⁸ lo cual supone “la inversión de la dirección normativa del siglo, ya que frente a la dirección centrípeta del siglo XIX en la que todo convergía hacia la regulación del código, la etapa actual se caracteriza por su carácter centrífugo en el que las normas principales

²⁶ *Ibíd.*, 43.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Luis, Rojo Arturia. “La Edad de la Descodificación”, (Barcelona: Bosch Editor, 1992), 37.

se encuentran en las constituciones y se desarrollan en leyes ajenas a los códigos”²⁹. Esta fragmentación de la unidad que los códigos construyeron en el pasado siglo, se debe en buena medida a la primacía que el derecho público vino a tener sobre el privado. En otras palabras, a la intervención cada vez más intensa del Estado en la vida de los particulares.

En Ecuador, la situación no ha sido muy diferente, desde que el Estado tiene un mayor grado de incidencia sobre el régimen de desarrollo, el sistema y política económica, el trabajo y la producción, la propiedad, la comunicación social, la biodiversidad, los recursos naturales y más aspectos de la vida de la sociedad, la producción legislativa ha aumentado de manera indiscriminada; en una relación directamente proporcional a las relaciones socio-económicas de los destinatarios a normar y junto a la consecuente necesidad de crear órganos administrativos para atender los requerimientos de los diferentes sectores de la sociedad. La crisis de la ley en el Ecuador es en suma “una consecuencia inevitable del modelo del Estado social, que amplía casi ilimitadamente las funciones de los poderes públicos”³⁰

El cambio en la actividad legislativa que demanda el Estado actual, las complejas relaciones sociales y políticas, así como la progresiva y compleja evolución de la sociedad requieren poner atención prioritaria en el modo y la producción de las leyes y en la técnica legislativa empleada para el efecto. Lamentablemente el interés sobre el estudio de esta disciplina en nuestro país es reciente, pocos autores han dedicado su trabajo al estudio del tema y sólo hace poco se expidió por parte de la Asamblea Nacional dos documentos que pretenden ser una guía para la correcta consecución del proceso legislativo como supuesta garantía de la calidad de las leyes³¹.

Sin embargo y ante la necesidad de controlar por medio de las leyes la desbordante realidad social que ha asumido el Estado aun con una concepción equivocada que va más allá de lo que había podido tomar en cuenta, en el campo de la contratación pública, en Ecuador se expidió por primera vez la Ley de Licitaciones

²⁹ Pedro J., Hernando García. “La técnica legislativa, una aproximación a su regulación en el Derecho Comparado. En “Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos Jurídicos”, (Cantabria: Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002), 928.

³⁰ Gema, Marcilla Córdova, “Sobre la Necesidad de una Nueva Ciencia de la Legislación”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 94.

³¹ En 2013 se expidieron el “Manual de Técnica Legislativa” y el “Compendio de Técnica Legislativa para la construcción de las leyes”. Documentos elaborados por los miembros de la Unidad de Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional.

y Concurso de Ofertas, mediante Decreto Supremo número 679, publicado en el Registro Oficial número 159 del 27 de agosto de 1976. La misma que fue reformada por los Decretos Supremos números 1633 y 2399, publicados en los Registros Oficiales números 386, de 25 de julio de 1977 y 596 de 30 de mayo de 1978; por la Ley número 165, publicada en el Registro Oficial número 762, de 11 de junio de 1984; y, por los Decretos Leyes números 15 y 22, publicados en los Registros Oficiales números 258 de 27 de agosto de 1985 y 434 de 13 de mayo de 1986.

En 1990, ante la necesidad de “contar con un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la contratación pública en el país, en forma ágil y adecuada a las características del desarrollo económico y técnico actual, y aclare o elimine los casos de duda o los vacíos que la aplicación de las normas legales antedichas ha puesto de relieve.”³², se expide la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990; el Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, mediante Decreto Ejecutivo No. 2392 publicado en el Registro Oficial No. 673 de 29 de abril de 1991; el Reglamento para el control de los procesos de contratación, publicado en el Registro Oficial No. 346 de 28 de diciembre de 1993; y, el Reglamento para registro de contratos y su cumplimiento: Registro de garantías en contratos y régimen de excepción publicado en el Registro Oficial No 21 del 8 de septiembre de 1992. En el 2001 se expide la Codificación a la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001 y el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública mediante Decreto Ejecutivo 2822, publicado en el Registro Oficial Suplemento 622 de 19 de julio del 2002.

Finalmente, el Pleno de la Asamblea Constituyente considerando que “es necesario crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos”³³ y en base a las competencias que se atribuyó por medio del Mandato Constituyente No. 1, expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

³² Ley de Contratación Pública [1990], considerandos, Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

³³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [2008], considerandos, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008. En adelante se cita esta ley como LOSNCP.

Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

Recordemos que por medio del Mandado Constituyente No. 1, el pleno de la Asamblea Constituyente, cuya función era expedir una nueva Constitución para el Ecuador, asumió plenos poderes para el ejercicio de sus funciones, otorgándose la facultad de ejercer inclusive la función legislativa del Estado. En este sentido, el texto del Mandato Constituyente No. 1, preceptúa entre otras las siguientes cosas:

Art. 1.- Del Poder Constituyente. - La Asamblea Constituyente, por mandato popular del 15 de abril de 2007, asume y ejerce SUS PLENOS PODERES.

Art. 2.- De las Atribuciones de la Asamblea Constituyente. - La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

Art. 7.- De la Función Legislativa. - La Asamblea Constituyente asume las atribuciones y deberes de la Función Legislativa.³⁴

La disposición contenida en el segundo inciso del artículo 2: “las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento [...] sin excepción alguna.”, evidencia un estado particular de las cosas, en el que el naciente ordenamiento jurídico partiría de un punto incierto, pues el Mandato Constituyente No. 1 no clarificaba el tema de la vigencia o no de la Constitución de 1998 mientras se elaboraba la nueva Constitución, de modo que no había certeza de que cualquier regulación tendría un respaldo de norma suprema y no el simple impulso del Asambleísta Constituyente. En ese escenario fue promulgada la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuyas deficiencias vinculadas a la técnica legislativa desde su expedición serán analizadas más adelante.

A continuación se expidieron el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mediante Decreto Ejecutivo No. 1248 publicado en el Registro Oficial No. 399 de 8 de agosto de 2008; reformas al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mediante Decreto Ejecutivo No. 1331 publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 427 de 17 de septiembre de 2008; y, reformas al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mediante

³⁴ Ecuador: Asamblea Constituyente, “Mandato Constituyente No.1” [2007], artículos 1, 2 y 7, 30 de noviembre de 2007.

Decreto Ejecutivo No. 1516 publicado en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre de 2008. Todo lo cual fue derogado por el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expedido mediante Decreto Ejecutivo 1700 publicado en el Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

Se expidió la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013; la Reforma al Reglamento General expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 687 publicado en el Registro Oficial No. 521 de 12 de junio de 2015; otra reforma al Reglamento General expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 1449 y publicado en el Registro Oficial No. 916 de 20 de marzo de 2013; y, la última reforma al Reglamento General realizada mediante Decreto Ejecutivo No. 540 publicado en el Registro Oficial Tercer Suplemento No. 422 de 22 de enero de 2015.

La evolución histórica de nuestra legislación en materia de contratación pública denota poco empleo de una depurada técnica legislativa, que se refleja en el exceso de producción normativa, escasa permanencia jurídico- temporal de las normas y un limitado período de asimilación de las mismas. Lo cual ha venido a desencadenar en lo que con acierto ha denominado Pedro J. Hernando García una “maraña legislativa”³⁵, que se ahonda con el gran número de resoluciones administrativas que ha expedido el Servicio Nacional de Contratación Pública, en detrimento de la seguridad jurídica y la evolución del derecho en nuestro país.

No cabe duda que el apareamiento de una disciplina que permitiera mejorar la calidad técnica de las leyes, responde a la necesidad de solucionar la crisis que enfrenta el Estado, asumiendo erradamente que sólo por medio de la ley se podrán lograr de manera estoica las transformaciones que la sociedad demanda. Mas, como se ha podido evidenciar de la evolución histórica de las técnicas legislativas y los modelos de legislación que ha ido asumiendo el Estado Moderno, la solución a la crisis de la ley no deviene en exclusiva de la aplicación de técnicas legislativas sino más bien tiene que ver con la concepción de la realidad social como antecedente para construir el ordenamiento jurídico aplicable en base a la satisfacción de las

³⁵ Pedro J., Hernando García. “La técnica legislativa, una aproximación a su regulación en el Derecho Comparado. En “Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos Jurídicos”, 928.

necesidades colectivas. Sobre este punto Atienza hace con acierto una importante reflexión en los siguientes términos:

Hay que evitar que la técnica de la legislación, lleve no ya a la solución de problemas, sino a su enmascaramiento [...] cabría decir incluso que la técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis. La crisis de la legislación no es sólo una crisis “de crecimiento” que se corrige simplemente mejorando la calidad técnica de las leyes. La técnica legislativa viene a ser más una forma de capear y hacer frente con cierta dignidad a la crisis, que de superarla.³⁶

La crisis del derecho, de la actividad de la justicia y del Estado en general tiene orígenes múltiples y complejos que desafortunadamente se reflejan hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico. Conviene entonces profundizar en el estudio de la técnica legislativa para la creación de las leyes como una herramienta que contribuya al mejoramiento del derecho. Una buena técnica legislativa, aplicada en su integralidad, permitirá sin lugar a dudas mayores niveles de calidad de la actividad de legislar en post de atenuar los diversos problemas del Estado actual.

3. Elementos de la técnica legislativa

Con frecuencia se ha considerado que examinar la calidad de las leyes implica el control de su lógica lingüística como parámetro exclusivo y, en el mejor de los casos, se evalúa la lógica formal de la norma, lo cual equivale a determinar su inserción armoniosa en el conjunto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, las normas jurídicas tienen que pasar por una evaluación más compleja para determinar su racionalidad o coherencia integral como piezas del ordenamiento. No se trata sólo del estudio de las fuentes y el método para su creación. El examen de técnica legislativa implica criterios orientados a satisfacer otras necesidades como lograr que la conducta de los destinatarios de la norma se adecue a lo prescrito en ella; que la ley alcance los fines sociales que persigue y que tenga valores intrínsecos capaces de una justificación ética; que el emisor de la norma sea capaz de transmitir con fluidez un mensaje por medio del lenguaje y que como ya se ha dicho, la nueva ley se inserte armoniosamente en el ordenamiento jurídico.

³⁶ Manuel, Atienza, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 19-38, 21-22.

Lograr superar con éxito el complejo test de la racionalidad o coherencia normativa integral de las leyes, demanda analizar cómo y en qué momento de la actividad legislativa se requiere la ejecución de las acciones pertinentes para la estructuración de cada uno de los elementos que deben satisfacer las normas. En esto, ciencias como la psicología, la sociología, la economía, la filosofía, la antropología, la etnografía, la historia, etcétera ofrecen, unas de modo principal y otras con un papel más bien auxiliar, las notas esenciales para capturar el enlace que conforma la estrecha relación entre derecho y sociedad. Ya que el derecho refleja de un modo más o menos preciso la sociedad que regula, las normas jurídicas deben ser parte de un sistema coherente que se introduzca con un contexto determinado en el resto del ordenamiento jurídico de acuerdo a variables culturales, políticas y económicas.

Alcanzar ese nivel de lógica normativa implica tener una noción clara de racionalidad para identificar las técnicas necesarias que permitan incrementarla. La racionalidad o coherencia integral de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, deriva de la aplicación de una depurada técnica legislativa que involucre el conjunto de parámetros que se requieren abarcar durante todo el procedimiento de producción de la ley. Como la actividad de legislar es un proceso de autoridad en el que se puede y se debe decidir, la manera en que tal proceso de decisión se puede diseñar será variable, según el modelo que imponga la Constitución u otras fuentes según el caso, lo cual implica por supuesto que el modelo de la técnica legislativa empleada deberá ajustarse a los requerimientos de la legislatura que la aplique. Sin embargo, pese a comprender que no es posible hablar de una técnica legislativa universal, al ser el concepto de ley y de norma jurídica bastante generalizado y aceptado, es posible diseñar una explicación general del proceso de la legislación a partir de lo que se espera de la producción legislativa.

El desarrollo de una ciencia de la legislación a partir de una teoría de la legislación permitiría tal vez de modo más o menos práctico alcanzar las notas generales de racionalidad que deben incorporar las leyes para ser instrumentos de progreso y desarrollo. Una teoría en este sentido no ha podido ser aun definida de modo general, debido a la poca claridad que existe respecto a conceptos más amplios como el papel que tiene el derecho frente a la globalización de los mercados, la función del Estado frente a las actividades de la sociedad, la vigencia de la ley como herramientas para alcanzar las libertades y derechos fundamentales y otros de

relevante importancia en nuestros días. Sin embargo, Manuel Atienza³⁷ ha propuesto cinco niveles de racionalidad desde los que se puede observar a la legislación y a los que bien podríamos definir como elementos de la técnica legislativa: 1. Racionalidad lingüística; 2. Racionalidad jurídica formal; 3. Racionalidad pragmática; 4. Racionalidad teleológica; y, 5. Racionalidad ética.

El análisis realizado por Atienza a partir de estos cinco ejes de racionalidad, avanza a un nivel científico y filosófico de la legislación donde la técnica legislativa es el eslabón para arribar a mayores grados de eficiencia, eficacia y validez de las normas jurídicas. Si la producción legislativa es “una serie de interacciones que tienen lugar entre los editores o autores de normas; los destinatarios o las personas a quienes la ley está dirigida; el sistema jurídico o el conjunto normativo del que forma parte la nueva ley; los fines, objetivos o metas que se persiguen con la elaboración de las leyes y los valores que justifican dichos fines.”³⁸, los ejes de racionalidad planteados deben ser los mínimos para cubrir la expectativa de la sociedad en el trabajo del legislador.

Estos ejes o elementos de la técnica legislativa que a continuación se analizan, no necesariamente deben seguir el orden cronológico que se plantea. Este es nada más un modo de ordenamiento a efectos de explicar su contenido y alcance, más como se verá en breve al estudiar el proceso de producción legislativa, se notará que, por ejemplo, elementos como el de racionalidad teleológica o ética toman parte en la primera fase de la producción de la ley, la prelegislativa. En definitiva, lo trascendental del estudio de estos factores de racionalidad es sin duda lo que expresa Manuel Atienza:

El análisis en cuestión pretendía cubrir tres objetivos distintos. El primero consistía en buscar una unidad, o al menos una cierta articulación, entre saberes tan heterogéneos como los implicados en los estudios sobre la legislación. [...] El segundo de los objetivos era el de definir y precisar el estatuto epistemológico de los estudios sobre la legislación. El esquema indicado permite mostrar cuáles serían las técnicas para potenciar la racionalidad legislativa o para evitar, en la medida de lo posible, incurrir en la irracionalidad. [...] Y el tercer objetivo era el de evitar un uso ideológico, una sobrevaloración de la teoría y de la técnica de la legislación, que lleve no ya a la solución de problemas, sino a su enmascaramiento.³⁹

³⁷ Manuel, Atienza, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 19.

³⁸ *Ibíd.*, 32

³⁹ *Ibíd.*

El estudio de la técnica legislativa aplicaba a la producción de las normas jurídicas, requiere un enfoque integral que abarque cuando menos los tres objetivos señalados por el autor. La articulación de saberes de la realidad social con las técnicas lingüísticas, pragmáticas y jurídicas formales adecuadas para el cumplimiento de los fines del Estado y la justificación ética de sus disposiciones, es la base de una norma bien elaborada. Norma a la que no puede verse ni como la solución o la causa de los problemas de la nación, sino como una forma de sobrellevar en mejor medida las crisis de clase política, económica y social que viven los Estados.

3.1. Racionalidad lingüística

“La redacción de la ley es la forma de articular los enunciados del derecho en formulaciones lingüísticas aptas para poder conocer el contenido de las normas que expresan; en consecuencia, una correcta redacción de las normas es la puerta de entrada al contenido de esas normas.”⁴⁰. Pero es mucho más que sólo la puerta de entrada. La forma en la que se ha utilizado el lenguaje para expresar un “acto de comunicación legislativo”⁴¹, como ha dado en llamarlo cierta parte de la doctrina, es el modo de concreción propiamente dicho de tal acto. Entendiendo por tal a las normas jurídicas en general.

La expresión lingüística de la norma, si bien es cierto, es la parte más accesible de corregir y perfeccionar en relación con los demás niveles de racionalidad que incluye la técnica legislativa, no es menos cierto que su deficiente formulación puede repercutir de manera trascendental en la desconfiguración del ordenamiento jurídico. Para satisfacer este nivel de construcción racional de las normas, el sujeto con potestad para crearlas tiene que emplear del modo más prolijo todos aquellos conocimientos estilísticos, ortográficos y semánticos que garanticen claridad, accesibilidad, precisión y previsibilidad como principales características de una ley bien escrita, sino en toda la dimensión de su estructura al menos en su parte lingüística.

⁴⁰ Piedad, García Escudero, “Técnica Legislativa y Seguridad Jurídica”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, compilación, 49-70, (Quito: Editorial Ágora Democrática, 2013), 63.

⁴¹ María, Bono López, “La racionalidad lingüística en la producción legislativa” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 159-193,166.

Debido a que la potestad de los sujetos para dictar normas jurídicas procede del ordenamiento jurídico, es decir, es siempre derivación de un estatus legal, toda acción o todo ejercicio de la potestad debe estar justificada en una norma previa para que sea legítima. Esta condición de acción de la Administración Pública a la que llamamos *principio de legalidad* de la Administración, está determinada en el artículo 226 de la Constitución de la República en los siguientes términos:

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

Sin embargo de lo prescrito en el texto constitucional, sabemos que el principio de legalidad no hace referencia de manera exclusiva al texto de la ley sino de toda norma que conforma el ordenamiento jurídico. De allí que deba mirarse a la legalidad en su amplia dimensión, modulada al derecho en su conjunto y a todas las normas que conforman el ordenamiento. Al respecto de la dimensión de la legalidad, Garrido Falla comenta:

El principio de legalidad postula la primacía jurídica de la Constitución y de la ley en sentido material; es decir, la sumisión total de la acción administrativa a lo que se ha denominado “el bloque de la legalidad”. Se insiste, por tanto, en que esta institución no incluye sólo la Constitución y las leyes formales emanadas del órgano legislativo, sino también de aquellas disposiciones que, discadas por el Propio ejecutivo, vinculan la Administración a su actuación concreta, en virtud del principio de la jerarquía de las normas.⁴²

La exigencia de que los sujetos creadores de normas como parte de la Administración ajusten sus actos de manera exclusiva al marco que les da la ley, sin que puedan ir más allá de lo que ella dispone, se debe a que el ejercicio del poder procede de la voluntad de la comunidad cuya expresión es la ley. Esa voluntad popular requiere de seguridad y certeza de que el poder se ejercerá para el bienestar común, por tanto, demanda de la Administración que actúe sobre la base de las facultades y dentro de los límites que prescribe el texto de la ley. García de Enterría expone estas ideas en los siguientes términos:

⁴² Fernando, Garrido Falla, “Tratado de Derecho Administrativo, 147.

El principio de legalidad de la Administración, [...] se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta sí como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.⁴³

Si bien es cierto el ejercicio de las potestades no conlleva la obligación ni el deber de su ejercicio, sí implica la responsabilidad por los “eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad”⁴⁴. El ejercicio de la potestad para dictar normas jurídicas producirá efectos en la medida en que esas normas sean bien elaboradas, ya en el nivel de racionalidad lingüístico, ya en los demás niveles de construcción técnica, que demuestren o no su coherencia con el resto del ordenamiento. Esto repercutirá, además, como ya hemos dicho, en la existencia de seguridad y certeza jurídica.

Los *principios de certeza y seguridad jurídica* cuentan entre los principios generales del Derecho, con particular relevancia en el Derecho Público, no como simples ideas morales que explican de algún modo el sentido de determinadas normas, sino que son auténticos principios técnicos que deben reconocerse y aplicarse en todas las esferas de la vida jurídica. La Constitución de la República consagra el principio de seguridad jurídica como un derecho de protección, definiendo una vinculación directa entre el reconocimiento de este derecho y el modo de presentarse las normas. El artículo 82 de la Carta Política al determinar que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”, eleva a rango constitucional la obligación que tiene el legislador, como primer llamado a expedir la ley, de emplear el lenguaje de modo que las declaraciones de voluntad soberana que dicte tengan la aptitud para ser racionalmente entendidas por la mayoría de receptores a los que se dirige.

Del texto constitucional se desprende que la seguridad jurídica, es la condición de certidumbre que el Estado debe dar mediante las normas que

⁴³ Eduardo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, tomo I, décima edición, (Madrid: Civitas Ediciones, 2001), 441.

⁴⁴ *Ibíd.*, 442.

conforman el ordenamiento jurídico, de prever los efectos y consecuencias de nuestros actos. Por tanto, no es posible hablar de seguridad jurídica sin certeza jurídica. Estos dos principios están íntimamente conectados puesto que, si la certeza es “la firme adhesión de la mente a algo cognoscible, sin temor de errar”⁴⁵, exige del derecho estabilidad, solidez, permanencia. Un ordenamiento jurídico creado con normas ambiguas, que deriven en situaciones con altos niveles de discrecionalidad, impacta negativamente en los niveles de certeza jurídica, es decir, en la certidumbre de los ciudadanos en la ley. La certeza y la seguridad jurídica se concretan en la certidumbre y podemos decir que hacen efectivo el valor de la justicia.

Alcanzar un nivel de construcción gramatical que permita interacciones positivas entre los autores de las normas y los destinatarios, facilitando su inserción en el conjunto normativo del que forma parte la nueva ley y satisfaciendo los principios de legalidad, seguridad y certeza jurídica que se persigue con su creación, es hoy en día una tarea que requiere atención especial debido a los múltiples campos que la ley debe regular -telecomunicaciones, ambiente, publicidad, etc.- y que en cada caso demandan el uso de vocabulario técnico preciso para transmitir con acierto el mensaje que se desea. En el amplio espectro de regulación que tiene a su cargo el legislador y la Administración Pública, “son estos principios - [legalidad, seguridad y certeza jurídica] - los que sostienen y animan un ordenamiento, los que evitan su agotamiento en un simple juego autónomo de simples conexiones formales, los que explican, justifican y miden cada una de las reglas preceptivas finales y les prestan todo su sentido, a través de su inserción en el conjunto ordinamental.”⁴⁶

En todo caso, “la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución (...)”⁴⁷, para garantizar en primer término, como ya hemos señalado, la seguridad jurídica entendida “como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa.”⁴⁸; y, para satisfacer, en siguiente instancia, el principio de confianza legítima. Piedad García Escudero

⁴⁵ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. 22a. ed., (Madrid: Espasa, 2014)

⁴⁶ Eduardo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, 84.

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008], artículo 84, Registro oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. En adelante se cita la Constitución como CRE.

⁴⁸ Piedad, García Escudero. “Técnica Legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las Leyes?”, (Madrid: Cívitas, 2010), 683.

tomando pronunciamientos del Tribunal Supremo Español sustenta el hecho de que “el principio de confianza legítima se deriva del principio constitucional de seguridad jurídica, y tiene por finalidad, entre otras manifestaciones y principios, garantizar la previsibilidad de las normas y de las situaciones y relaciones jurídicas entre los particulares y la Administración que se suscitan en el marco del Estado de Derecho.”⁴⁹

El texto del artículo 84 de nuestra Constitución, al que ya nos hemos referido, contiene una obligación para todos los órganos con potestad normativa de hacer una adecuación tanto material como formal de la norma a los principios, valores y fines del Estado ecuatoriano establecidos en la Constitución:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

De la adecuación formal o la legitimación formal, es decir, al conjunto de procedimientos que deben observar los órganos con potestad normativa para expedir las normas, nos ocuparemos más adelante. Ahora cabe atender como la adecuación material de la que habla el artículo citado, corresponde a la legitimidad sustancial o de estricta legalidad, es decir, hace referencia a los requisitos de validez de las normas en relación al reconocimiento de los derechos que estas hagan, no como un simple enunciado axiológico sino como una norma suprema que exige ser cumplida de manera irrestricta. En tal virtud, desacatar la disposición constitucional que manda a adecuar el texto de la ley en el sentido que garantice los derechos reconocidos en la Constitución, entre ellos, el de seguridad jurídica que se fundamenta en “la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”⁵⁰, equivale a romper la validez constitucional de la norma y por tanto su permanencia en el ordenamiento jurídico estará condicionada.

Entre los principios para el ejercicio de los derechos también determina el artículo 11 número 4 de la Constitución, el deber que tiene el sujeto productor de normas de adecuarlas al reconocimiento eficaz y efectivo de la seguridad jurídica

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ CRE, art. 82.

como derecho fundamental de los destinatarios de las mismas, en los siguientes términos: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías jurisdiccionales”. A su vez el número 8 del mismo artículo señala: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”, estableciendo como consecuencia, la inconstitucionalidad de “cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. Y, el número 9 dice: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” Todos estos principios no constituyen elementos aislados, al contrario, son bases para articular y alimentar un enfoque integral de racionalidad normativa que en su primer y elemental nivel debe presentar a la norma con claridad, precisión y previsibilidad.

Si bien es cierto, no corresponde al trabajo de la Corte Constitucional hacer un control y pronunciarse respecto a la calidad técnica de las leyes, es cierto también que cuando la calidad de una norma jurídica, está demasiado desprovista de todo elemento de buena técnica legislativa, en especial aquellos que tienen repercusión directa sobre la vigencia del derecho a la seguridad jurídica, tal vez sea necesario que tal norma pueda merecer la atención de los jueces constitucionales para aplicar un objetivo y serio control de constitucionalidad. Por la subvaloración que hasta hoy se le ha dado al estudio de la técnica legislativa como herramienta para la buena construcción del ordenamiento jurídico y sobretodo como parte de una ciencia de la legislación, resulta complicado asimilar la estrecha vinculación que tiene con la vigencia del derecho a la seguridad jurídica, “hasta el punto que debiera merecer un control en el examen de la constitucionalidad de las leyes.”⁵¹

El problema particular que nos presenta el Estado actual de regular materias antes extrañas a la actividad legislativa, constituye un desafío para el legislador en cuanto al uso que debe hacer del lenguaje para encontrar el equilibrio entre el tecnicismo y la claridad normativa, que evite convertir su labor en una potencial amenaza para la seguridad jurídica, tanto en lo relativo a la certeza de la norma, así como a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos. Está claro que no toda mala redacción o imperfección en el uso de la técnica legislativa constituye una violación al derecho a la seguridad jurídica, de así serlo tendríamos un

⁵¹ Piedad, García Escudero, “Técnica Legislativa y Seguridad Jurídica”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, 50.

severo problema jurídico estructural que visto desde la Constitución haría colapsar todo el ordenamiento. Coincido con Piedad García Escudero cuando al respecto señala:

Sensu contrario podemos entender, pues, que vulnerará la seguridad jurídica la redacción o lenguaje de las leyes que afecte a su claridad hasta el extremo de producir una incertidumbre jurídica, por no poder interpretarse de modo natural y no forzado, o por no contar la ley con la indispensable claridad, un contenido preciso y unos efectos y destinatarios perfectamente determinados, no obstante la inevitable exégesis que de la norma pueda hacerse.⁵²

Alcanzar la racionalidad lingüística en definitiva significa esperar de la norma que “consista en enunciados lingüísticos comprensibles; sin ello no tendría sentido plantearse ni su sistematicidad, ni su eficacia.”⁵³. Ahora bien, no se debe perder de vista que la racionalidad lingüística de una norma es parte de un sistema integral de cinco aristas que, como todo sistema, se articulan en relaciones más o menos estables y simbióticas. El elemento lingüístico al ser transversal a los otros niveles de racionalidad, debe armonizar con todos ellos en aras de la claridad y la precisión de la norma. No es posible por supuesto asegurar un alto nivel de racionalidad jurídica formal o racionalidad pragmática por el hecho de tener una norma racionalmente lingüística. Sin embargo, tampoco deberían admitirse prácticas legislativas de carácter manifiestamente inconstitucional, como aquellas que dan paso a “leyes hechas para no ser cumplidas, o bien para no producir los efectos declarados. En estos supuestos, las leyes acostumbra a ser intencionalmente oscuras e imprecisas, lo que significa que la racionalidad lingüística se subordina a la racionalidad pragmática [...] pudiendo ser un medio para lograr la racionalidad pragmática o teleológica.”⁵⁴

Analizado que fuere el lenguaje empleado en la producción de una norma; vista su constitucionalidad en cuanto a la vigencia que le aporta al derecho a la seguridad jurídica; y, considerando que el texto normativo ha alcanzado las notas esenciales de claridad, accesibilidad, precisión y previsibilidad, podemos concluir que, en la aplicación del primer nivel o elemento de la técnica legislativa, esto es, de la racionalidad lingüística “una ley es irracional [...] en la medida en que fracasa

⁵² *Ibíd.*, 96.

⁵³ Atienza, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 23.

⁵⁴ *Ibíd.*, 23-24.

como acto de comunicación.”⁵⁵ Y, que el extremo negativo de la racionalidad lingüística de la norma, sería que el mensaje que se transmite sea el contrario del que se quiere transmitir.

3.2. Racionalidad jurídica formal

El segundo nivel de racionalidad de las normas jurídicas como elemento de la técnica legislativa empleada en su elaboración, es aquel que tiene que ver con la inserción armoniosa de la nueva ley en el resto del ordenamiento jurídico. Que una ley se inserte con equilibrio, proporción y correspondencia en el conjunto de normas del que irá a formar parte, equivale a llevar a cabo un serio trabajo de técnica legislativa que considere la gama de factores que podrían menoscabar y hacer de la ley una simple unidad aislada en lugar de la pieza fundamental del sistema jurídico que ciertamente es. En efecto, la técnica legislativa no debe verse sólo como un mecanismo para la correcta redacción lingüística de las normas, esta disciplina debe ser concebida en el sentido amplio que tiene como producto de una teoría y de una ciencia de la Legislación, al servicio de la calidad del ordenamiento jurídico en general.

Alcanzar y mantener la sistematicidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico es un objetivo de importancia medular en el desarrollo del país. La *sistematicidad* refiere a la idea de sistema, esto es, el “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí.”⁵⁶ Es decir, que para alcanzar sistematicidad, el sistema jurídico de contratación pública en el Ecuador debe establecerse sobre un orden racional de ideas que alcancen los fines que persigue el Estado en cuanto a las compras públicas, proyectado en la generación de normas jurídicas racionales. De la sistematicidad deviene la *plenitud* del ordenamiento, que equivale a la confianza de los destinatarios en que el sistema de normas es íntegro, es decir, “que no carece de ninguna de sus partes.”⁵⁷ Estos elementos, otorgan de manera casi inequívoca *coherencia* al ordenamiento jurídico lo cual equivale a pensar en una “conexión, relación o unión de unas cosas con otras.

⁵⁵ Atienza. “Teoría y técnica de la legislación”, en Revista *Segunda Época*, 439.

⁵⁶ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. 22a. ed., (Madrid: Espasa, 2014.)

⁵⁷ *Ibíd.*

Actitud lógica y consecuente con los principios que se profesan.”⁵⁸. La coherencia es la racionalidad que persigue el ordenamiento jurídico.

De alcanzar estos tres parámetros de calidad de las normas, depende en buena medida el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la confianza en los operadores de justicia y la credibilidad en la certeza del derecho como premisas de un Estado bien consolidado. Sin embargo, alcanzar ese alto nivel de madurez legislativa no es tarea sencilla frente a una estructura estatal que en primera instancia dispone que sea el legislador quien cree las leyes, pero también les asigna esa competencia a otros niveles de Gobierno. Situación que genera una primera superproducción normativa con la consecuente dificultad de verificar en todos los casos la concordancia que deba mantenerse entre unas y otras normas; a esto se suma el hecho de los múltiples aspectos a regular por parte del Estado, lo cual constituye otra causa de superproducción normativa, y, para completar el escenario poco amigable con la sistematicidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, se presentan muy inestables condiciones políticas y económicas para la nación.

Ante ese panorama, la técnica legislativa cumplirá un rol importante que si bien es cierto no solucionará el fondo de las cuestiones controvertidas que han degenerado en la crisis del Estado y la consecuente crisis del Derecho, si permitirá obtener las pautas para contar con un ordenamiento jurídico que refleje racionalidad formal, bien estructurado, homogéneo e integrado por normas correctamente formuladas. Esto es “un ordenamiento que cumpla con el principio de seguridad jurídica.”⁵⁹ Así la técnica legislativa “pretende lograr la coherencia de un ordenamiento jurídico abierto y en acelerada evolución que, no obstante, debe conversar su unidad y cumplir los postulados de “efectividad global y plenitud”⁶⁰

Una norma racionalmente estructurada en el ámbito jurídico formal, debe ser ante todo emitida respetando el *orden jerárquico* de las normas establecido para el ordenamiento jurídico, es decir, que dentro del sistema normativo una norma tenga más valor que otra y se verifique entre ellas una relación de subordinación. Varios criterios se planean para definir el criterio de jerarquización de las normas en un ordenamiento jurídico, tales como la relación jerárquica en base al órgano productor

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Fernando, Sainz Moreno, “Problemas actuales de técnica legislativa”, en *El Parlamento. Cuestiones Actuales*, compilación, 55-69, (La Rioja: Anuario Jurídico, Universidad de la Rioja, 2013), 54

⁶⁰ *Ibíd.*

de la norma o la especialidad de la regulación. En nuestro sistema de normas, por lo dispuesto en la Constitución de la República, “el criterio de la fundamentación material de la jerarquía normativa aparece como una relación establecida por el contenido de las normas, es decir, por lo que las normas dicen, y no por su fuerza o valor independientemente de lo que digan; en otras palabras: una norma es jerárquicamente superior a otra simplemente porque el contenido de la primera es conferir competencia a un órgano para producir la segunda.”⁶¹

La Constitución de la República determina en el artículo 424 que “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)” Para continuar en el artículo 425 puntualizando que “el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.(...)”

Este es el elemento más importante de la racionalidad jurídica formal de una disposición normativa, ya que si las normas se hacen manteniendo la conformidad con las disposiciones constitucionales en atención al orden jerárquico de aplicación que manda la propia Constitución, se cuenta con una importante directriz para lograr la sistematicidad y coherencia del ordenamiento. Sin embargo, el ordenamiento jurídico es un sistema integrado que no depende de forma exclusiva de los mandatos constitucionales. Pensar que la aplicación de la Constitución en todas las fases de la vida social es la solución a los problemas que hoy en día aqueja al desarrollo de la nación, no es más que pretender enmascarar la realidad con respuestas poco prácticas. Así mismo la racionalidad del ordenamiento, a pesar de contar con una disposición jerárquica de obligatorio cumplimiento por ser de rango constitucional, presenta un sin número de discordancias entre sus distintos niveles que hacen que pierda su eficacia como instrumento de seguridad jurídica.

⁶¹ Miguel, Alfonso Ruiz, “El principio de jerarquía normativa”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, No. 24, 135-154, septiembre/diciembre 1988, 144.

Para solucionar las antinomias entre normas del ordenamiento, la lógica jurídica y la racionalidad normativa nos ofrecen una serie de métodos que han sido incluso incorporados en la propia Carta Política, cuando dice:

Art. 425.- (...) En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

No se puede pretender la absoluta ausencia de contradicción en un ordenamiento jurídico y por ello se han diseñado formas de solucionar tales contradicciones sobre la base de reglas preestablecidas que son reflejo de las propias disposiciones constitucionales. Así como tampoco se puede observar con tolerancia el caos jurídico, la descomposición, fragmentación e inestabilidad normativa que causa la falta de técnica legislativa con que se van expidiendo las normas.

Como ocurre en los casos en que las *derogaciones* que hace el legislador son tan generales y breves que se vuelven armas en contra de la claridad del ordenamiento y la seguridad jurídica. El legislador suele expresar su voluntad de dejar sin vigencia una ley porque ya elaboró una nueva regulación sobre ese punto de derecho, mediante la incorporación en la parte final del texto de la nueva ley, de una sencilla y genérica expresión que dice de la voluntad que tiene de dejar sin efecto las normas que a esa se opongan. A fin de evitar incorporar en la ley una fórmula de derogación tan poco desarrollada, el legislador debería hacer uso de todos los medios a su alcance para determinar y puntualizar con certeza las disposiciones que pierden vigencia por la derogación. Más aun, hoy en día en que cuenta con los medios técnicos y tecnológicos necesarios para saber a ciencia cierta qué normas de la regulación anterior se ven afectadas por la nueva ley.

Las cláusulas ambiguas no contribuyen a la claridad del ordenamiento jurídico, ya que son oscuras en cuanto a su interpretación y no permiten conocer al destinatario de las normas, al menos con un cierto nivel de certeza, cuáles son las leyes que el legislador ha querido dejar sin vigor. Constituyen, por tanto, un ejemplo de muy deficiente técnica legislativa, por cuanto trasladan al intérprete el problema de la determinación de los efectos derogatorios de la ley.

La Constitución de la República dispone una salvaguardia para el caso de las

derogaciones que no satisfagan la necesidad de una correcta inserción en el ordenamiento jurídico de las nuevas normas cuando dice: “Artículo 136.- Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían. Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará.”.

El problema de las derogaciones se agrava en un escenario jurídico como el nuestro en que la inestabilidad del sistema legislativo influenciado por las tendencias políticas por sobre toda acepción técnica, ha hecho de la *permanencia temporal* de las leyes en el ordenamiento jurídico un suceso tan fugaz que no ha permitido que las normas se asienten entre los destinatarios. Es más, en la mayoría de los casos no siquiera se ha terminado de conocer su contenido antes de que éste ya ha sido reemplazado por uno nuevo. Todo lo cual atenta contra la seguridad jurídica en el sentido que los destinatarios de la norma desconocen cuáles son las leyes que se deben aplicar en un momento determinado y las consecuencias jurídicas que de sus acciones deriva.

Tanto o más complicado que el caso de las derogaciones es el de los reenvíos o *remisiones*. Miguel Carbonell explica que:

[...] se puede hablar de reenvío cuando un texto legislativo (la llamada norma de remisión) se refiere a otro de forma tal que su contenido deba considerarse como parte de la normativa que incluye la norma de remisión. En otras palabras, se está frente a un reenvío cuando una norma se refiere a otra como parte de su contenido, creando una dependencia respecto de ella en orden a la determinación de su propio sentido⁶².

En principio utilizar reenvíos para insertar una norma nueva en el ordenamiento jurídico no puede considerarse una mala práctica de técnica legislativa, al contrario, es una forma de sintetizar el contenido de una ley, evitando alargarse en el articulado al introducir demasiados detalles técnicos; una buena remisión permite la conexión lógica de las normas promoviendo su sistematicidad.

El problema surge cuando los reenvíos dejan de ser una herramienta accesoria en la creación de las normas y se los utiliza al mismo nivel que la regulación

⁶² Miguel, Carbonell, “Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 209-224, 215.

propriadamente dicha. En base a remisiones se termina legislando un tema concreto y subordinando la nueva norma a otra u otras ya existentes, o incluso a otras fuentes del derecho. El ordenamiento jurídico se convierte entonces en un laberinto normativo del que en el mejor de los casos sabremos como entrar, pero difícilmente como salir. El complejo sistema legal que se puede tejer sobre la base de exceso de remisiones en las normas marca un punto de quiebre en la construcción de un ordenamiento jurídico sistémico, coherente y claro. La relación es inversamente proporcional entre la sistematicidad del ordenamiento y la necesidad de acudir a las remisiones de ley, es decir, cuantas más remisiones menos racionalidad jurídico formal de la norma para insertarse en el sistema de leyes con plenitud y coherencia. De allí que los reenvíos o remisiones deban usarse sólo de manera subsidiaria para sintetizar el contenido de una ley, evitar alargarse en el articulado al introducir demasiados detalles técnicos, permitir la conexión lógica de las normas y lograr en definitiva una mejor calidad de la producción legislativa.

Piedad García Escudero sobre este punto recoge el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España, que se ha manifestado considerando la relevancia que tiene en la sistematicidad del ordenamiento jurídico y la claridad de las normas, el uso excesivo y desarticulado de las remisiones en la ley:

La primera sentencia que nos aporta una doctrina clara al respecto –sin perjuicio de contemplar también la violación del orden competencial- es la STC 46/1990, sobre las Leyes canarias 14/1987 y 6/1989. “La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo.”⁶³

Como ya se ha señalado, las remisiones no son en sí factores que por el sólo hecho de su utilización vengán a erosionar la racionalidad jurídico formal de una

⁶³ García Escudero, “Técnica Legislativa y Seguridad Jurídica”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, 56.

norma. El uso de una buena técnica legislativa permitirá direccionar el uso de los renvíos o remisiones hacia la mejora del texto legal, logrando su simplificación y coherencia. En general como señala Miguel Carbonell citando a Pablo Salvador Coderch:

Las remisiones economizan, pero tecnifican y complican; refuerzan la sistemática del ordenamiento, pero fragmentan la ley; descargan de detalles minuciosos o de cuestiones pasajeras a la norma, pero disminuyen su contenido significativo directo; adaptan y unifican automáticamente regulaciones, pero lo hacen al margen de una decisión concreta de sus autores. La remisión es un arma de doble filo.⁶⁴

Otro problema que obstruye la construcción de un ordenamiento jurídico sistematizado, es el relativo a la *publicidad* de las leyes luego de su promulgación y publicación en los términos que manda la Constitución. El artículo 147 de la Carta Política determina como atribuciones y deberes del Presidente de la República, entre otras la de sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial. Así también el Código Civil en el artículo 5 dispone que “la ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República.” Es claro que la Constitución y la ley se han encargado de regular lo que concierne a la promulgación y posterior publicación de la ley en el Registro Oficial. Sin embargo, estas cuestiones que si bien es cierto corresponden a la aplicación de la técnica jurídica como paso obligado para la incorporación de las nuevas normas en el sistema de leyes, poco hacen por asegurar el conocimiento que vayan a tener los destinatarios del contenido de las nuevas disposiciones normativas.

La sentencia que trae el artículo 6 del Código Civil cuando dice que “la ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces”, no hace más que enmascarar la realidad jurídica actual por la cual es prácticamente imposible que la ley se conozca por todos solo por el mero hecho de su publicación en el Registro Oficial. En un Estado con un nivel de superproducción legislativa como el nuestro, en el que además la permanencia temporal de las normas, en muchos casos, es brevísima, es necesario realizar serios esfuerzos por difundir el contenido de las normas valiéndose de toda la tecnología al alcance de la legislatura, los concejos de los gobiernos autónomos descentralizados, la Administración central y más sujetos

⁶⁴ Carbonell, “Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 217.

con potestad normativa, que garantice que en efecto las leyes han sido conocidas por sus destinatarios. El principio por el cual la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna de su cumplimiento, viene a ser violatorio de derechos sino no se hace un real y efectivo esfuerzo por facilitar el acceso al conocimiento de las leyes por parte del Estado.

La incorporación armoniosa de las normas en el ordenamiento jurídico, es decir, la racionalidad jurídica formal que se le dé a una disposición, debe incluir también como factor determinante el modo como se ha de dar a conocer a la sociedad. De ahí que se deba tener presente además de la publicidad o difusión que se haga de su contenido, la puesta en marcha de procesos de *codificación* para ordenar todas las normas que se han generado en una determinada materia, como una forma efectiva de contribuir a la sistematización del ordenamiento jurídico. La codificación y actualización normativa permite determinar las discordancias entre ellas, depurando las normas derogadas y consolidando las disposiciones vigentes en una sola estructura ordenada.

El estudio minucioso de cada uno de los factores que hemos brevemente descrito como necesarios para alcanzar un ordenamiento jurídico sistematizado y coherente supera el límite de esta investigación. Sin embargo, lo expuesto es suficiente para determinar que del nivel de técnica legislativa con que se disponga la inserción de una norma en el ordenamiento jurídico, depende el grado de racionalidad y por tanto de seguridad y certeza que este ofrezca tanto a la gestión de la justicia como al reconocimiento de los derechos subjetivos de los destinatarios.

3.3. Racionalidad pragmática

Este nivel de racionalidad se asocia con la manera en que la norma jurídica debe estar elaborada a fin de que logre que los destinatarios adecuen su conducta a lo prescrito en ella. Es el nivel práctico de la norma, sin el cual estas quedarían en simples enunciados teóricos que terminarían por caer en el vacío en lugar de traducirse en los mandamientos, prohibiciones o permisiones para las que fueron creadas; lo cual no depende sólo del nivel de racionalidad lingüística que tenga una norma o de su inserción armoniosa en el ordenamiento jurídico. Para que el destinatario de la disposición regulada haga suyos sus enunciados y acceda a su

cumplimiento, debe tener una motivación suficiente que le haga actuar en la forma prevista por el legislador al establecer la hipótesis conductual en la norma.

La técnica legislativa a emplearse en el nivel de racionalidad pragmático de la norma, tiene que reflejar una elevada integración homogénea de saberes tan heterogéneos como los que debe emplear el legislador para hacer de la ley una regla de cumplimiento. Además de un correcto uso del lenguaje empleado en su redacción y una inserción sistemática en el ordenamiento jurídico, las normas jurídicas requieren contar con elementos que sólo ciencias auxiliares al Derecho como la psicología, sociología, economía, filosofía, antropología, etnografía, historia, entre otras pueden aportar. La aplicación de los conocimientos que ofrezcan estas y otras ciencias, según se trate de la materia a regular, le dará a la norma jurídica el nivel de racionalidad que le permita ser en efecto observada por los destinatarios y satisfacer su fin último cual es regular la actividad humana en sociedad.

Se ha dicho que en el nivel de racionalidad pragmática “una ley es irracional si y en la medida en que fracasa como directiva, esto es, en su propósito de influir en el comportamiento humano.”⁶⁵. El fracaso de la ley en este nivel puede deberse a factores subjetivos o intrínsecos tales como la determinación de sanciones, la oposición con otras disposiciones de igual o mayor nivel jerárquico y en definitiva elementos que hagan de la ley una declaración irracional, es decir, leyes que “obligan o permiten llevar a cabo acciones discursivamente imposibles, o prohíben acciones discursivamente obligatorias”⁶⁶. Podrían unirse inclusive en una misma ley, a estos factores subjetivos otros de tipo objetivo como falta de órganos administrativos para ejecutar los procedimientos previstos en la norma, inexistencia del reglamento de aplicación, incluso la situación económica y política del momento, etc. Para Kelsen,

Los motivos de la conducta conforme al derecho no son únicamente el temor a las sanciones jurídicas o incluso la creencia de la fuerza obligatoria de las normas de aquel. [...]. También puede verse un motivo para obrar conforme con el derecho ciertos beneficios que en modo alguno están determinados por el orden jurídico, pero que se encuentran de hecho en conexión con la conducta jurídica. [...] Decir que un orden jurídico es eficaz significa simplemente que la conducta de la gente se ajusta a dicho orden.⁶⁷

⁶⁵ Atienza. “Teoría y técnica de la legislación”, en Revista *Segunda Época*, 439.

⁶⁶ Gema, Marcilla Córdova, “Sobre la Necesidad de una Nueva Ciencia de la Legislación”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 102.

⁶⁷ Hans, Kelsen. “Teoría General del Derecho y del Estado”, (México: Universidad Autónoma de Nacional de México, 1988), 15.

Al momento de crear una norma jurídica se tendrá en cuenta varios elementos vinculados a ella como la materia que regula, los destinatarios a los que se dirige, el grado de sistematicidad con el que se insertará en el ordenamiento, el nivel de perfección lingüística que alcance, entre otros que si bien es cierto no son determinantes para que la ley se cumpla, permiten al menos en buena medida alcanzar un nivel de racionalidad suficiente para que los operadores de justicia exijan su cumplimiento a los obligados a observarla. De otro lado permitirá también a los sujetos creadores de las normas realizar la evaluación de las mismas en base al grado de aceptación que hayan tenido luego de transcurrido un tiempo desde su promulgación. Con lo cual se podrían establecer con mayor certeza las motivaciones de la sociedad, los factores inhibidores o estimulantes de las conductas, las áreas que quedan por regularse, aquellas que deben seguir otras leyes como las del mercado o el comercio y en fin llevar adelante un ejercicio de corrección de la técnica jurídica en este nivel que coadyuve a su vez al consecuente perfeccionamiento del derecho.

3.4. Racionalidad teleológica

El Estado ecuatoriano, como toda institución jurídica y políticamente organizada, persigue propósitos u objetivos sociales como base de su estructura y razón misma de ser. Los llamados fines del Estado se establecen en la Constitución de la República y deben verse reflejados en todo el ordenamiento jurídico. El preámbulo de la Carta Política expone mediante enunciados generales los fines que persigue el Estado ecuatoriano y que naturalmente habrá que traducirlos en disposiciones concretas:

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador [...] Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.⁶⁸

⁶⁸CRE, preámbulo.

Estos propósitos sociales que confluyen en el bienestar de la población, se traducen ya de un modo más concreto en el artículo 3 de la propia Constitución bajo el título de deberes primordiales del Estado:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
2. Garantizar y defender la soberanía nacional.
3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.
5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.
6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización.
7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.
8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

La labor del legislador consiste en hacer de la ley racional en cuanto a la medida en que esta, alcance los objetivos sociales que se plantea el Estado para el bienestar de la población. Lo cual implica realizar un examen de los grupos sociales a los que se destina a fin de proyectar los fines del Estado en la medida y forma en que vayan a ser efectivamente asimilados por los diferentes sectores portadores de intereses sociales. Es claro que lograr la racionalidad de las leyes tanto en el nivel teleológico como pragmático y jurídico formal, es complicado y a veces incluso podría resultar imposible en su totalidad. Sin embargo, el legislador debe procurar la racionalidad desde de todas las aristas que abarca la regulación de un asunto determinado, traduciendo en el nivel teleológico los fines que dispone la Constitución en las disposiciones más claras, objetivas y consecuentes con la realidad social que le sea posible para engranar cada norma en el resto del orden jurídico.

En este nivel la ley es irracional “en la medida en que no produzca efectos o produzca efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables.”⁶⁹, es decir, si no captura los fines del Estado a traducirse en acciones concretas para la mejora de la calidad de vida de la población, tales como

⁶⁹ Atienza. “Teoría y técnica de la legislación”, en Revista *Segunda Época*, 439.

redistribución de la riqueza, aumento de la protección social a todos los sectores de la sociedad con todas las prestaciones, reducción del desempleo, fomento a la producción, protección del ambiente, apertura libre de mercados, etc. En este como en los otros niveles de racionalidad estudiados en la forma de elementos de la técnica legislativa empleada para la producción de normas jurídicas, la ciencia de la legislación debe aportar una explicación general del procedimiento a emplearse, así como de los mecanismos que nutran a la técnica legislativa para alcanzar mayores niveles de racionalidad normativa vinculada con los objetivos sociales previstos por orden político vigente.

3.5. Racionalidad ética

Las leyes como declaraciones de la voluntad soberana que mandan, prohíben o permiten deben tener valores de justificación ética como fundamento principal de sus enunciados. Es decir que toda disposición normativa para tener el carácter moral de validez dentro de un ordenamiento jurídico, debe justificar su existencia en la proporción en que satisfaga los valores éticos que se han planteado para el Estado. En este nivel de racionalidad de las normas jurídicas, la relación entre los medios indispensables para alcanzar ciertos fines, trasciende al análisis sobre qué fines están éticamente justificados para que una ley puede ser considerada como válida dentro del razonamiento jurídico aplicado a cada caso.

La coherencia lingüística, jurídica formal, pragmática y teleológica que deben satisfacer las normas jurídicas, requiere en primera instancia tener un fundamento ético determinado para que las técnicas legislativas de cada elemento de racionalidad se direccionen a la motivación de esos valores. Lo contrario sería realizar un elemental ejercicio instrumental de producción legislativa, en el que baste con observar una elevada coincidencia formal entre las piezas del ordenamiento jurídico como materialización de una norma suprema. Lo cual si bien es cierto satisface en gran medida la necesidad de seguridad y certeza del Derecho, no sienta las bases para la construcción de un sistema de leyes que perdure en el tiempo y sobrepase los límites del orden político de turno, al menos en la medida en que conserve los valores éticos que justifiquen la razón de ser de esa estructura jurídica y política que es el Estado.

No cabe duda que las ideas morales que alimentan los valores éticos para la justificación de las leyes van a varias con cada época y serán tantos como individuos existan en la sociedad. Sin embargo, partiendo del principio de que el Derecho busca alcanzar el orden de la vida en sociedad, la principal función del sujeto productor de normas jurídicas es armonizar los criterios subjetivos de los individuos que conforman el conglomerado social, para determinar unos valores éticos que vayan en el mayor beneficio de la mayoría y, a partir de allí, plasmarlos en enunciados normativos. Es innegable que este ejercicio genera contraposiciones no solo entre quienes conforman la sociedad destinataria de las normas sino entre los distintos niveles de racionalidad de las mismas. Situación en la cual conviene otorgar a cada elemento que hace de la norma jurídica un instrumento racional del ordenamiento, la concreción y el acierto que le hagan un mecanismo de articulación con los valores éticos determinados para ese ordenamiento.

Como bien sugiere Manuel Atienza “la concepción de la ética que se elija determina el empleo de las técnicas legislativas y el desarrollo del propio proceso de la legislación, en cuanto que la ética establece los límites de su funcionamiento”⁷⁰, de allí que la argumentación que se haga para justificar el orden político y jurídico vigente debe contener la declaración de los fines últimos que persigue el Estado en relación a los valores morales o principios éticos que haya forjado esa sociedad. Esa disertación primaria como mecanismo de lógica estructural del ordenamiento es una garantía de validez de las normas que vayan a producirse y en un factor importante que podría incidir en su cumplimiento.

4. El elemento político en la producción de las leyes

Es evidente e innegable que la actividad legislativa tiene una fuerte carga de condicionamiento político que incide sobre ella. Los grupos sociales que buscan en la legislatura satisfacer sus intereses pugnan en relaciones contrapuestas y muchas veces irreconciliables por alcanzar la promulgación de leyes que contemplen condiciones más favorables para ellos. En una función legislativa inmadura e inestable, en la que predomina el sometimiento, la parcialización y la dependencia a poderes propios de la estructura administrativa del Estado así como a otros ajenos al

⁷⁰ Atienza, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 26-27.

seno de la organización política, es natural que la presión de intereses genere potenciales espacios clientelares, en los cuales el legislador podría abandonar su calidad de representante de los intereses del pueblo para estructurar los cambios políticos y económicos que se esperan, por prerrogativas que mejor satisfagan sus intereses personales o los del partido político que represente.

Sin ser el único, este constituye uno de los factores más incidentes para la lamentable erosión del Derecho y consecuente crisis de la ley a la que asistimos. Está por demás enunciar las consecuencias degenerativas que la crisis de la ley provoca en el desarrollo del Estado, cuando nos enfrentamos a una realidad en que los grupos sociales no tienen un verdadero interés por superar dicha crisis y lograr que los objetivos determinados en las leyes se cumplan en realidad. Sin embargo, lo que ahora sí corresponde es exponer el grave deterioro de la producción legislativa como actividad estatal desde el punto de vista de la técnica legislativa empleada en su creación, ya que la incontrolable influencia que provoca el condicionamiento político en la actividad del legislador, hace que la “serie de interacciones que tienen lugar entre los editores o autores de normas; los destinatarios o las personas a quienes la ley está dirigida; el sistema jurídico [...] del que forma parte la nueva ley; los fines [...] que se persiguen con la elaboración de las leyes y los valores que justifican dichos fines.”⁷¹, sea un mero trámite burocrático para obtener disposiciones normativas poco racionales cuya cuestionable calidad las vuelve jurídicamente discutibles y objetivamente deficientes.

Los ámbitos de racionalidad teleológica, ética, jurídica formal, pragmática y puede que hasta el nivel de racionalidad lingüística se convierten en trabas para el legislador cuando sus propósitos están parcializados por intereses distintos a los que se identifican con los valores éticos que deben fundamentar los fines últimos que persiguen las normas jurídicas:

Entre otras cuestiones, ello provoca que la legislación devenga *incierto*, en tanto trata de evitar las reacciones de los grupos sociales afectados o inconformes; *tardía*, puesto que trata de seguir el paso de la opinión pública; *especializada*, en razón de la alta fragmentación y mutabilidad social (consolidando regulaciones específicas para micro-sistemas sociales, o micro-regulaciones); y, en fin, *parcial*, puesto que hoy en día, quiérase o no, ante la escasez objetiva de recursos económicos, el tomar decisiones regularmente comporta escoger entre el beneficio

⁷¹ Atienza, “Contribución para una teoría de la legislación”, En Carbonell, Miguel y Susana, Pedroza de la Llave (coordinadores). *Elementos de Técnica Legislativa*, 32.

de unos grupos sociales y el perjuicio de otro: el legislador deja de ser – si es que alguna vez lo ha sido- expresión de los intereses generales para pasar a ser una parte más del conflicto social.⁷²

Con seguridad ni el más elevado nivel de organización y madurez política podría suponer una desvinculación objetiva de la legislatura de los grupos de interés que lideran la sociedad. Aquello no es posible pero por suerte tampoco es necesario, el asunto se equilibra si el legislador, como principal autor de las normas jurídicas, pesa y contrapone los intereses en disputa para obtener de ese debate leyes mejores, que vayan en beneficio de la mayoría y cuya validez devenga de un elevado nivel de racionalidad al menos en todos los aspectos que la técnica legislativa contempla. “Es decir, a pesar de las evidentes condicionantes políticas [...] la técnica legislativa debe reconocerse justamente como eso, como una técnica que dispone de instrumentales analíticos para servir mejor al desempeño de las tareas de creación y modificación de las normas”⁷³

⁷² Carbonell, “Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 212.

⁷³ *Ibíd.*

Capítulo Dos

La calidad de las normas de contratación pública en Ecuador

La identificación de las falencias de técnica legislativa empleada en la regulación de contratación pública en el Ecuador, requiere en un primer momento la determinación de los parámetros de calidad que debe tener una norma jurídica que satisfaga las necesidades colectivas. Esto dará lugar al análisis de tales falencias examinando la participación de cada uno de los sujetos creadores de normas en materia de contratación pública así como el procedimiento empleado en su producción.

1. El criterio de calidad aplicado a las normas jurídicas

La palabra *calidad* con frecuencia nos hace referencia a cuestiones comerciales e industriales de bienes o productos que están en el mercado. Sin embargo, el diccionario de la Real Academia Española ha definido a la calidad en términos generales como “propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor.”⁷⁴ De allí que sea lógico pensar en la *calidad de las leyes* dentro de un amplio análisis teórico que conlleve a su aplicación concreta por parte del legislador. Más si consideramos que las leyes son el principal resultado de la actividad legislativa, es decir, constituyen un producto que si bien es cierto no va a comercializarse en el mercado requiere ser elaborado en base a insumos, materiales, procesos y otros factores que den como resultado una producción legislativa de calidad. Por supuesto que para tener un producto legislativo de calidad es necesario que se mire en estos términos al órgano que lo genera. A pesar de las marcadas diferencias que tiene el parlamento con otras organizaciones sociales, este puede ser analizado como una estructura con caracteres jurídicos, políticos y sociales susceptible de gestionarse con parámetros y criterios de calidad que alcancen un alto grado de desarrollo e inserción para la mejora en el ejercicio de la tarea de legislar.

Si como determina el Real Academia Española, la calidad hace referencia a las *propiedades de algo que permitan juzgar su valor*, nos encontramos ante un criterio indeterminado que podría tener tantas acepciones como sujetos lo definan, siendo por tanto pertinente que el concepto de calidad se maneje desde el punto de

⁷⁴ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. 22a. ed., (Madrid: Espasa, 2014.)

vista de los elementos de la técnica legislativa para insertarlo de manera eficaz en el análisis de las normas de contratación pública. La calidad de una norma jurídica se fijará entonces por el nivel de racionalidad lingüística, jurídico – formal, pragmática, teleológica y ética de sus disposiciones en relación al nivel de satisfacción de necesidades sociales y seguridad jurídica que ofrezca. Héctor Pérez Bourbon y Nicolás Rona han señalado que “es muy conveniente la aplicación de criterios de calidad a las actividades legislativas, por cuanto los productos que se generan en ellas resultan críticos en punto a la convivencia social; es dable entonces suponer que una mejora en la calidad de tales productos redundará en una mejor convivencia.”⁷⁵. A partir de estas consideraciones, a la calidad de las normas de contratación pública pueden hacerse las observaciones que se presentan a continuación:

Conviene analizar de primera mano algo referente a la *expedición* de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), ya que, por una parte, establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y es el eje normativo para su funcionamiento; y, por otra, a partir de ella se generan el reglamento de aplicación de la ley y las resoluciones administrativas emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP). La expedición de la LOSNCP se encuentra dentro del grupo de leyes que aprobó la Asamblea Constituyente instalada el 29 de noviembre de 2007 en el Centro Cívico “Ciudad Alfaro” ubicada en Montecristi, sobre la base de los “plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado y para elaborar la nueva Constitución”⁷⁶ que le asignó el Presidente de la República; y, aún más que eso, por las facultades previstas en el Mandato Constituyente No. 1.

Como ya se mencionó, por medio del Mandato Constituyente No. 1, el pleno de la Asamblea Constituyente, asumió plenos poderes para el ejercicio de sus funciones, otorgándose la facultad de ejercer inclusive la función legislativa del Estado⁷⁷. Las atribuciones de la Asamblea Constituyente se extendieron hacía la expedición no solo de mandatos constituyentes, sino de “leyes, acuerdos,

⁷⁵Héctor Pérez Bourbon y Nicolás Rona, Fortalecimiento y Modernización de los cuerpos Legislativos, Tendencias y ejemplos actuales, (Buenos Aires: Programa de Modernización y Fortalecimiento Institucional: 2005), 8.

⁷⁶ Ecuador: Presidencia de la República, “Mandato No.2” [2007], Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente, artículo 1,15 de enero de 2007.

⁷⁷ Ecuador: Asamblea Constituyente, “Mandato Constituyente No.1” [2007], artículos 1 y 7, 30 de noviembre de 2007

resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones”⁷⁸. Los mandatos constituyentes se instauraron como normas jurídicas de una naturaleza ambigua e indeterminada, puesto que su rango era superior al de la ley, pero no correspondían a normas de naturaleza constitucional. Sin embargo, de consideraron “jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento [...] sin excepción alguna.”⁷⁹

Establecido un poder constituyente con facultad para ejercer plenos poderes dentro del Estado y con la tarea principal de expedir una nueva Constitución para el Ecuador, no se clarificó por medio de ningún mandato sobre la vigencia o no de la Constitución de 1998 mientras se elaboraba la nueva Constitución. En ese orden particular de las cosas, en la sesión llevada a cabo el 22 de julio de 2007, luego del conocimiento y resolución del Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por parte de la Asamblea Constituyente, tuvo lugar la aprobación de la LOSNCP cuya publicación se realizó mediante Registro Oficial suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

La expedición de la LOSNCP previa a la aprobación de la Constitución de la República conlleva una irregularidad de origen en cuanto a su racionalidad jurídico formal, teleológica e incluso ética que comprometen la eficacia de ciertos aspectos regulados por la LOSNCP que luego han debido mordicarse o complementarse al amparo de reformas, derogaciones, remisiones y delegaciones normativas al reglamento general o a las resoluciones administrativas del SERCOP para su tratamiento. Si “la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas – había- derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado”⁸⁰, la decisión política de expedir la LOSNCP como instrumento de solución de este y otros problemas sociales que la motivaron, debió ser una decisión de calidad en la que la argumentación jurídica refleje una pretensión de corrección al problema social existente, equilibrando el razonamiento del legislador entre sus argumentos morales y la adecuación a los demás elementos de racionalidad de las leyes como razón de validez de la misma.

Este vacío de técnica legislativa ya advirtió el Asambleísta Constituyente al momento del conocimiento y resolución del proyecto de ley al seno de la Asamblea:

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 2.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ LOSNCP, considerandos.

Nosotros creemos que esta contratación tenga mucha rectitud desde las diferentes instituciones, habrá de dar confianza a contratistas y a la ciudadanía. Algo que, sin falta, no está aquí, pero ya recoge la Constitución nueva, y por esto creo que es una forma más de decir a la ciudadanía vote sí es porque en la nueva Constitución se recoge ya el control de la ciudadanía sobre contratación. No olvidemos que los presupuestos institucionales serán participativos y tendrá que haber control ciudadano; y, luego la planificación de las diferentes instituciones también estará bajo la participación ciudadana. En este sentido también la contratación estará bajo la vigilancia de la ciudadanía. Y creemos que unida la nueva Ley de Contratación Pública, que ratifico, la encuentro muchas ventajas, unido a todo el articulado constitucional que exige a toda la ciudadanía a participar, esto en corto tiempo veremos las enormes ventajas que tiene⁸¹.

Lo que demuestra que como anota Gema Marcilla Córdova en sistemas jurídicos “materializados” como el nuestro, es decir, en “ordenamientos donde rige una Constitución [...] en la medida en que contemplan entre sus normas superiores principios sustantivos, el juicio de validez remite a criterios que son jurídicos y morales a un tiempo”⁸². De ahí que la racionalidad y por tanto la calidad en el proceso legislativo debían contemplar en la argumentación para fundamentar la decisión normativa de la expedición de la LOSNCP, los juicios de valor éticos y jurídicos a incorporarse con la Constitución. Más cuando se había dicho que era “de trascendental importancia para el país, la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución.”⁸³, la decisión de expedir la LOSNCP antes que la Carta Suprema refleja tanto en el discurso político de argumentación así como en el proceso real de la creación de la ley, poca coherencia legislativa y se advierte como señala Atienza “del peligro de que la teoría del discurso se use no como una instancia crítica para juzgar el derecho positivo, sino como un modelo para la reconstrucción y justificación de un cierto tipo de derecho”⁸⁴.

En términos de calidad, otra propiedad inherente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que ha menoscabado su aptitud de norma jurídica racional, deviene de la incorrecta denominación de *ley orgánica* que se le ha

⁸¹ Ecuador: Asamblea Constituyente, “Acta No. 093” [2008], (Montecristi: 22 de julio de 2008): 171.

⁸² Gema, Marcilla Córdova, “Sobre la Necesidad de una Nueva Ciencia de la Legislación”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 104.

⁸³ Ecuador: Presidencia de la República, “Mandato No.2” [2007], Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente, considerandos, 15 de enero de 2007.

⁸⁴ Atienza, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 90.

asignado. El *título* de la ley en general debe reflejar de manera clara y completa el tema de regulación de esa norma a fin de que el destinatario tenga una noción integral de su contenido; y, debe introducir, si es del caso, la clasificación a la que pertenece dentro del ordenamiento jurídico de acuerdo al criterio que se haya previsto en normas jerárquicamente superiores a este. La Constitución de la República del Ecuador expedida el 20 de octubre de 2008, determina en el artículo 133 que las leyes serán orgánicas y ordinarias, puntualizando:

Art. 133.- [...] Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

Sin embargo, recordemos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue expedida previo a la aprobación de la Constitución de la República de 2008, de manera que surge la duda respecto a si la LOSNCP al haber sido expedida el 4 de agosto de 2008, debía observar lo dispuesto en la Constitución Política de 1998 o si acaso era de esperar que sus postulados coincidan con la Constitución de 2008 en formación, para determinar en este caso su carácter de orgánica u ordinario de acuerdo al contenido de su regulación.

Las disposiciones del Mandato Constituyente No. 1 no establecen nada respecto a la vigencia de la Constitución de 1998, pero era de entenderse que mientras no se realizaba la proclamación oficial de los resultados del referéndum aprobando el texto de la Constitución de 2008 y esta no se publicaba en el periódico oficial, seguía en vigencia la Constitución de 1998. Lo cual se ratifica con lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Carta Política de 2008 cuando dice: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.”⁸⁵

En todo caso, el artículo 142 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, determinaba:

⁸⁵ CRE, disposición derogatoria.

- Art. 142.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas:
1. Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución.
 2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral.
 3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección.
 4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter. Las demás serán leyes ordinarias.

El artículo 1 de la LOSNCP que establece su objeto y ámbito de aplicación, no refleja ninguno de los temas de regulación que dispone la Constitución de 1998 ni la de 2008, para que una ley sea calificada como orgánica. Esta, regula los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen los organismos y dependencias de las funciones del Estado, electorales, de control y regulación; las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo; los organismos y entidades creados para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, las corporaciones, fundaciones o sociedades y las compañías mercantiles civiles con ciertas características de participación del Estado.⁸⁶

Esta discordancia además envuelve a la LOSNCP en un problema de validez según lo prescrito en el texto constitucional del artículo 424 cuando dice que “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)”. Por otro lado, conlleva a que la reforma, derogación e interpretación de la LOSNCP, requiera mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional al amparo de lo dispuesto por el mismo artículo 133 de la Constitución de la República vigente. Lo cual no es compatible con la agilidad que requiere el tratamiento de una ley dirigida al movimiento de mercancías entendidas como obras, bienes y servicios. No cabe duda que por tratarse de la utilización de recursos provenientes del Estado se deba diseñar mecanismos de control y optimización del gasto. Sin embargo, esto no debe afectar los criterios esenciales de

⁸⁶ LOSNCP, art. 1.

mercado que necesariamente se verán involucrados en la ejecución de en una norma jurídica cuyo objeto se haya definido en los términos de la LOSNCP.

Asignar el carácter de orgánica a una ley que no tiene el objeto correspondiente para ser tal, además de dejar en evidencia el poco cuidado de la técnica legislativa empleada en su creación, repercute en la coherencia del ordenamiento jurídico donde se inserta, en la expedición de las normas supletorias a ella o que desarrollan su contenido y deja en evidencia un nivel de calidad cuestionable.

Defectos tan habituales como otorgar a la ley un título que no corresponde a su carácter, coincide con la desafortunada práctica de regular más de una materia en un mismo texto normativo destruyendo el principio de *unidad de materia* que exige que “el contenido de las leyes debe ser homogéneo, regulando una sola materia y, en la medida de lo posible, regulándola por entero”⁸⁷. Este principio de rango constitucional pretende evitar que las leyes, sin el debido estudio y de modo sorpresivo, introduzcan normas ajenas al tema del cual se ocupan, como lo que ha sucedido en la LOSNCP cuando por ejemplo en sus disposiciones transitorias y reformatorias ha modificado el texto de la Ley General de Seguros y Ley Orgánica de Empresas Públicas⁸⁸.

⁸⁷ García Escudero, “Técnica Legislativa y Seguridad Jurídica”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, 61.

⁸⁸ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [2013], disposiciones reformatorias, Registro oficial segundo suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013. En adelante se cita la ley como LORLOSNC.

El artículo 29 de la LORLOSNC, determina:

Art. 29.- Incorpórense las siguientes Disposiciones Reformatorias:

DISPOSICIONES REFORMATARIAS

PRIMERA. - Refórmese el artículo 42 de la Ley General de Seguros, de la siguiente manera:

a. Sustitúyanse las palabras: "cuarenta y ocho (48) horas", por las palabras: "diez (10) días"; y,

b. En el inciso final del mismo artículo luego de las palabras: "inmediata de las operaciones" se incluirá

el siguiente texto:

“...El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones en el Sistema Nacional de Contratación Pública. La reincidencia de una compañía aseguradora en cuanto al no pago de una póliza que instrumente una de las garantías en el ámbito de la contratación pública, dentro del término previsto, será sancionada con la inscripción en el registro de incumplimientos a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública, por dos años, contados a partir del requerimiento formal de la entidad contratante”.

SEGUNDA. - Refórmese el numeral 7 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas de la siguiente manera:

“7. PROHIBICIONES.- Las autoridades nominadoras de los miembros del Directorio, los miembros del Directorio, Gerentes, Subgerentes, servidores de libre nombramiento y remoción, servidores públicos de carrera y obreros de las empresas públicas, están impedidos de intervenir a título personal en negociaciones y en cualquier procedimiento de contratación con las empresas públicas, por sí o por

La norma constitucional contenida en el artículo 136 en concordancia con el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa avoca a que la ley sea homogénea en cuanto a la materia que regula, con el propósito de que los llamados a cumplirla tengan un alto grado de certeza de que no existirán normas aisladas recogidas dentro de leyes que regulan otros tópicos ajenos a su contenido particular, sino que podrán acudir a ella de acuerdo a la clasificación por el tema al que se refieren.

La homogeneidad y unidad de materia de la ley satisface el derecho a la seguridad jurídica en una triple dimensión según lo ha expresado en sentencia la Corte Constitucional para el período de transición cuando dice: “La seguridad jurídica [...] garantiza la promoción de la justicia con certidumbre y eficacia [...]: a) como conocimiento y certeza del derecho positivo; b) como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas [...]; y, c) previsibilidad de las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones o de las conductas de terceros”⁸⁹ El control constitucional de LOSNCP en cuanto a la unidad de materia comprende la verificación de lo previsto en el artículo 116 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que exige, entre otras cosas, conexidad clara, específica, estrecha, necesaria y evidente, de carácter temático, teleológico o sistemático entre todas sus disposiciones y que la totalidad del contenido del proyecto corresponda con su título. Como se puede advertir, los ámbitos de constitucionalidad y de la calidad de la ley se encuentran relacionados de manera directa, siendo la técnica legislativa uno de los aspectos relevantes para abordar el juicio de constitucionalidad.

Concluamos este análisis con un fragmento de la Sentencia No. 002-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011 de la Corte Constitucional que a su vez argumenta:

El principio de unidad de materia efectivamente exige que las normas deban referirse a un solo tema a la vez. Este principio pretende no solo que los debates legislativos sean ordenados y transparentes, en la medida en que se evita que los asambleístas introduzcan temas que carecen de relación con el asunto globalmente

interpuesta persona, por intermedio de su cónyuge, personas en unión de hecho o de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Tampoco podrán contratar con la empresa pública donde presten sus servicios, a través de personas jurídicas en las que sean accionistas o socios. Si así lo hicieren, a más de la respectiva descalificación de la oferta, serán sancionados y sujetos a las acciones civiles y penales a que hubiere lugar observando el derecho al debido proceso.”

⁸⁹ Ecuador: Corte Constitucional, [Sentencia No. 002-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011. Caso No. 0034-10-IN.] Registro Oficial 624, 23 de enero de 2012 suplemento.

debatido, además asegura que el cuerpo de leyes tenga una mínima lógica y coherencia, facilitando su consulta por la ciudadanía, debido a que cada ley deberá referirse exclusivamente a un tema que deberá corresponder a su título. El principio de unidad de materia desempeña un papel importante en la racionalización y transparencia del debate legislativo, así como en la coherencia interna de su producto: las leyes.⁹⁰

Tal vez el problema más evidente que afronta hoy en día el marco regulatorio de contratación pública en el Ecuador es la *dispersión normativa* de sus disposiciones. Situación a la que se vincula de manera directa la *sobreproducción*⁹¹ de normas jurídicas que se evidencia en esta materia. Probablemente, el problema surge a partir de que el SERCOP sobre la base de las potestades que le asignó la LOSNCP en el número 9 del artículo 10, en concordancia con el número 4 del artículo 7 y la disposición general cuarta del reglamento general, referentes a la facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la ley, el funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública y del SERCOP, ha generado toda una regulación accesoria a la ley y su reglamento para abordar las múltiples cuestiones prácticas que se vinculan a la contratación pública.

Un estudio realizado por Juan Francisco Díaz publicado a inicios de 2016, señala que son 99 las resoluciones vigentes que ha emitido el SERCOP⁹². Sin embargo, hasta julio de 2016 éstas ya ascienden a 106 y las resoluciones derogadas a 31. Ante el crecimiento de la regulación que genera el SERCOP es urgente e indispensable que se realice una codificación de las resoluciones administrativas. Este mecanismo para superar el desorden normativo, así como la fragmentación y

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Para ejemplificar la sobreproducción normativa consideremos la regulación creada por el ex Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) en los años 2009 y 2013; así como también la producción normativa del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) en los años 2014 y 2015:

En el año 2009, el INCOP expidió 28 resoluciones administrativas, de las cuales 17 están vigentes (Resoluciones Nos.: 11, 13, 15, 16, 18, 20, 22, 24, 25, 27, 29, 30, 33, 34, 36, 37, 38) y 11 han sido derogadas (Resoluciones Nos.: 12, 14, 17, 19, 21, 23, 26, 28, 31, 32, 35).

En el año 2013 se expidieron 27 resoluciones administrativas, 25 por el ex INCOP (Resoluciones Nos.: 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 104) y 2 por el Servicio Nacional de Contratación Pública (Resoluciones Nos.: 001 y 002), de las cuales 4 han sido derogadas (Resoluciones Nos.: 84, 96, 103 y 001).

El SERCOP expidió 20 resoluciones administrativas en el 2014, de las cuales 17 están vigentes (Resoluciones Nos.: 003, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22) y 3 han sido derogadas (Resoluciones Nos.: 6, 7, 13).

En el 2015, expidió 20 resoluciones que se encuentran vigentes (Resoluciones Nos.: 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43).

⁹² Juan Francisco, Díaz, "Las Resoluciones del SERCOP", Paper Universitario, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador: 2016), 3.

ruptura del ordenamiento, implica un verdadero trabajo de unificación, sistematización y renovación integral de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no una simple actividad editorial de recopilación académica. La codificación debería dar como resultado un instrumento jurídico en que el ciudadano pueda con facilidad ubicar toda la normativa vigente para un tema determinado de regulación, que le evitara enfrentarse a un complejo sistema de derogaciones, remisiones, modificaciones y en fin, a toda una estructura jurídica administrativa casi indigerible para la certeza del derecho y la seguridad jurídica. Tomando como referencia la legislación italiana, Hernando García al respecto ha señalado:

“Es cierto que es difícil fijar el límite entre lo que es legislación necesaria para hacer frente a las nuevas necesidades que la sociedad en continua evolución demanda, y lo que sólo supone la innecesaria supraregulación de determinadas figuras o situaciones. Pero no es menos cierto que 35 000 leyes, parece un número desproporcionado para garantizar el principio de seguridad jurídica que las Constituciones democráticas establecen como corolario del sistema jurídico estatal en defensa de los derechos de los ciudadanos. Como bien señala Pagano, la “inflación legislativa”, en realidad, es algo que se siente más que se mide de manera concreta.”⁹³

La facultad normativa asignada al órgano administrativo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública en nuestro país, ha venido también a romper la racionalidad jurídico formal de las normas de la materia en cuanto al desplazamiento que se evidencia del principio de *jerarquía normativa* dispuesto en la Constitución. Es innegable que el legislador puede apoyarse en la Administración Pública para complementar aspectos de procedimiento que no tengan cabida en la redacción del texto de la ley como muestra de buena técnica legislativa, incluso más allá del propio reglamento de aplicación. Sin embargo, la regulación de los asuntos de que trata la ley le corresponde únicamente al legislador, toda otra norma supletoria no puede hacer más que desarrollar la ley principal en la que se apoya. Cualquier intento por crear legislación – que en numerosos casos es incluso contradictoria a las disposiciones de la ley- a través de reglamentos o resoluciones administrativas carece de validez jurídica y su incorporación al ordenamiento jurídico provoca su irracionalidad.

La preocupante *inestabilidad temporal* de las resoluciones del SERCOP

⁹³ Hernando García. “La técnica legislativa, una aproximación a su regulación en el Derecho Comparado. En “*Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos Jurídicos*”, 926.

debido a los intentos poco exitosos por corregir la cadena de errores que surgen de sus disposiciones, agrava la situación e impide al ciudadano saber a ciencia cierta que normas debe considerar para el caso concreto, lo cual destruye el principio de certeza jurídica y promueve aún más la vulneración del derecho de los ciudadanos a contar con normas claras para el ejercicio de sus actividades.

Tal vez el ejemplo más evidente respecto de este problema lo tenemos con la regulación del Valor Agregado Ecuatoriano, VAE. En el que se puede evidenciar cómo la deficiente regulación inicial, ha llevado a seguir produciendo normas sobre el mismo tema que no logran regular de manera clara y completa todos los aspectos correspondientes. A continuación, veamos una reseña de las resoluciones administrativas que se han expedido para regular lo referente al VAE, a partir del 15 de mayo de 2013 en que mediante Decreto Ejecutivo No. 1516, el Presidente de la República transfirió las facultades previstas en los números 10 y 21 del artículo 6 y artículo 25 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que correspondían al Ministerio de Industrias y Productividad al Instituto Nacional de Contratación Pública:

1. Por medio de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000089 de 28 de junio de 2013, el Director Ejecutivo del INCOP resolvió: “Expedir las siguientes disposiciones para la priorización de las ofertas de bienes, servicios y obra de origen ecuatoriano en los procedimientos de contratación pública”;
2. Luego de ello, a través de la Resolución No. RE-INCOP-2013-0000096 de 26 de julio de 2013, el Director Ejecutivo del INCOP resolvió: “Expedir las siguientes normas para la aplicación, ejecución y verificación de cumplimiento del valor agregado ecuatoriano en las adquisiciones de bienes y servicios”. Señalando en la disposición general tercera que “Es de aplicación obligatoria [...] las disposiciones [...] contenidas en la Resolución INCOP No. RE-2013-0000089 de 28 de junio de 2013.”
3. Mediante la Resolución No. RE-SERCOP-2014-000019 de 11 de noviembre de 2014, el Director General del SERCOP resolvió “Expedir los criterios para la aplicación de preferencias por valor agregado ecuatoriano (VAE) de bienes en la contratación pública”.
4. A continuación, por medio de la Resolución No. RE-SERCOP-2015-0000031 de 13 de mayo de 2015, el Director General del SERCOP resolvió: “Expedir los

criterios y la metodología para la aplicación de preferencias por valor agregado ecuatoriano (VAE) por producto correspondiente a los umbrales definidos para los códigos del clasificador central de productos (CPC) utilizados en los procedimientos de contratación pública para la adquisición de bienes.”. Y en la disposición derogatoria, derogó “en su totalidad las Resoluciones Nos. SERCOP-2014-000019 y RE-INCOP-2013-000096.”

5. Al cabo de menos de dos meses, mediante la Resolución No. R.E.-SERCOP-2015-000033 de 6 de julio de 2015, el Director General del SERCOP resolvió: “ARTÍCULO ÚNICO. - Para la adquisición de bienes y servicios de los procedimientos de menor cuantía, cotización, y licitación, se reemplazará el contenido del Anexo 2 establecido en la Resolución No. RE-SERCOP-2015-000031 de 13 de mayo de 2015, por el contenido del Anexo que se adjunta a la presente Resolución.”
6. A los pocos días, por medio de la Resolución No. R.E.-SERCOP-2015-000038 de 13 de agosto de 2015, el Director General del SERCOP resolvió: “Modificar el artículo único de la Resolución No. RE-SERCOP-2015-000033 de 6 de julio de 2015”
7. Finalmente, en la Resolución No. RE-SERCOP-2016-000049 de 25 de mayo de 2016, el Director General del SERCOP ha resuelto establecer varias modificaciones al contenido de la Resolución No. RE-SERCOP-2015-000033 del 6 de julio de 2015.

A esto se suma el “Instructivo para el uso de las herramientas informáticas de contratación pública con la automatización de las resoluciones referentes al cálculo del valor agregado ecuatoriano”, que tiene por objeto explicar el uso de las herramientas informáticas acorde a lo previsto en las resoluciones No. RE-SERCOP-2015-000033 y RE-SERCOP-2015-000038. El documento se encuentra publicado en el portal de compras públicas, aunque sin fecha de expedición.

Por supuesto que el continuo devenir de las actividades de la sociedad, genera la necesidad de que el derecho se actualice en miras a evitar vacíos que causen abuso de la discrecionalidad de los agentes jurídicos o autoridades administrativas, siendo imposible determinar cuántas normas se requieren para atender un tema social concreto y cuánto tiempo éstas han de permanecer vigentes. Sin embargo:

en un Estado social y democrático de Derecho, la seguridad jurídica implica también [...] la necesidad de que el Estado no pueda abrogar libremente aquellas normas que [...] están precisamente destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí [...] el respeto a las garantías enunciadas explícitamente como tales.⁹⁴

De esta desorganización administrativa surge como es natural surgen *inconsistencias* entre los que disponen las resoluciones administrativas, la LOSNCP, su reglamento general y las herramientas informáticas del SERCOP, tales como los modelos obligatorios de pliegos, que por cierto han venido a convertirse en otra fuente de derecho en materia de contratación pública⁹⁵. No cabe duda de que el uso de las tecnologías de la información es un avance importante que repercute en una mejor calidad de la producción legislativa, lo que no se debe perder de vista es que la tecnología utilizada para la aplicación del derecho cumplirá su función de facilitadora de los procesos en la medida en que las normas jurídicas que se vayan a traducir en acciones, sean racionales y contengan en la mayor medida posible un equilibrio entre el elemento político subjetivo y la técnica legislativa empleada en su creación.

El portal de compras públicas, como principal herramienta informática del Sistema Nacional de Contratación Pública debe contribuir a su eficiencia partiendo por tratar de superar los problemas de *publicación* de las normas que afronta todo el marco regulatorio de contratación pública en nuestro país. De la revisión del portal de compras se observan situaciones como que la Resolución No. INCOP-037-09 de 27 de noviembre de 2009 consta en la lista de resoluciones externas derogadas con

⁹⁴ García Escudero, “Técnica Legislativa y Seguridad Jurídica”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, 51.

⁹⁵ No existe en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ni en su Reglamento General una disposición que determine la forma en que se deba establecer el plazo contractual. En este caso tampoco hay una resolución del SERCOP que defina el modo en que se deba contabilizar el plazo de duración del contrato. Sin embargo, los modelos obligatorios de pliegos *sí* introducen un modo de contabilizar el plazo contractual **en número de días, meses o años contados a partir de la fecha de entrega del anticipo o de la suscripción del contrato**. Esto a pesar de que el artículo 116 del Reglamento General dispone que: “En los plazos de vigencia de los contratos se cuentan todos los días, desde el **día siguiente de su suscripción**.” (el subrayado me pertenece). Hasta aquí hay dos inconsistencias entre la ley, el reglamento y modelos obligatorios de pliegos, ya que la ley no determina la forma en que se deba establecer el plazo contractual y el reglamento sólo puntualiza que para el cómputo del plazo contractual cuentas todos los días, pero no exige que se deba establecer en el texto del contrato ese plazo contado en días, como sí lo hace el modelo de contrato del SERCOP. Luego, al momento de que la herramienta informática del Sistema Nacional de Contratación Pública habilita la opción para la publicación del contrato dentro de un proceso de contratación, ésta exige la determinación del plazo contractual en días, pero los contabiliza desde el día siguiente de la suscripción, generando otra inconsistencia más entre lo dispuesto en la ley, el reglamento y además los propios modelos obligatorios de pliegos.

estado “vigente”. Así también la Resolución INCOP No. 057-2012 de 7 de marzo de 2012 consta en la lista de resoluciones externas vigentes y a la vez en la lista de resoluciones externas derogadas con estado “vigente” junto a una información que señala: “Derogada por Resolución Externa no. RE-SERCOP-2016-000044 de 11 de enero de 2016.”. Este problema se evidencia también con las resoluciones SERCOP No. 007-2014 y SERCOP No. 006-2014 cuyo estado es “vigente” a pesar de estar en la lista de resoluciones externas derogadas. Mientras que la resolución No. INCOP 019-2009 tiene estado “no vigente”.

Una vez que se dé cumplimiento a la disposición transitoria cuarta de la LOSNCP incluida en la última reforma publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013 en la que se dispone “A partir de la vigencia de esta Ley, en el término de 30 días, el Servicio Nacional de Contratación Pública, codificará y actualizará todas las resoluciones emitidas a fin de que se encuentren en concordancia con lo establecido en esta Ley”, así como con la disposición transitoria sexta de la misma ley, en donde se señala que se tendrá un plazo de 90 días para que el Presidente de la República dicte el nuevo Reglamento, tal vez podremos contar con un sistema normativo coherente que le otorgue un mayor grado de calidad en función de la eficacia en la satisfacción de necesidades que alcance. Contar con un reglamento ajustado a la ley y una codificación de las resoluciones administrativas adecuada, es una exigencia mínima en torno a la racionalidad jurídico formal de las normas que se debe satisfacer en función de la vigencia del derecho constitucional a la seguridad jurídica.

Aún hay mucho por hacer a fin de alcanzar niveles adecuados de calidad en la actividad legislativa y por tanto en la producción de las leyes. El camino podría avanzar por la construcción de una teoría y posterior ciencia de la legislación que se adecue a la realidad jurídica del Estado a fin de que ofrezca una explicación general del proceso de la legislación con suficientes caracteres de racionalidad para la toma de decisiones políticas de calidad y que brinde los conocimientos básicos para definir una técnica legislativa eficaz en la elaboración de normas jurídicas de calidad.

2. Los sujetos creadores de normas jurídicas en materia de contratación pública

Como en todos los sistemas de gobierno organizados en forma de república, la creación de la ley le corresponde en primer término al legislador bajo la clásica

concepción de representante de la voluntad popular. Así, el artículo 120 de la Constitución determina que es la *Asamblea Nacional* el órgano del Estado con la potestad de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. Ese el primero sujeto del Estado con capacidad para regular la materia de contratación pública. Y no sólo el primero, sino el principal y más importante dentro de nuestro modelo de sistema jurídico, ya que el producto del ejercicio de esta potestad: la ley, luego de la Constitución, tiene carácter supremo en la creación del derecho, de tal forma que ninguna norma de rango inferior puede contradecir su contenido y por tanto ningún órgano creador de normas jurídicas es más importante que el Parlamento en este sentido.

La potestad reglamentaria que se encuentra en manos del *Presidente de la República* como jefe y representante de la Administración Pública, si bien es cierto no necesita de habilitación parlamentaria por cuanto está dada por la propia Constitución⁹⁶, no es menos cierto que debe limitarse a emitir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas. En nuestros días en que la legislatura se caracteriza por llevar a cabo un debate poco objetivo cuyo fin no se dirige a mejorar la calidad de los proyectos de ley, el reglamento ha pasado a ser una parte muy significativa del ordenamiento jurídico que ha superado notablemente en volumen y aun en significación practica al producto de la actividad legislativa. Por la celeridad con la que se adopta una norma reglamentaria y porque sin ésta la ley propiamente no podría gobernar, hay que reconocer el carácter de imprescindible al producto de la potestad reglamentaria.

Así también, la atribución de la Administración Pública para crear actos normativos de carácter general, tiene una importancia de primer orden que, en nuestro sistema jurídico recae por disposición de la LOSNCP en el Servicio Nacional de Contratación Pública. A través del artículo 10, la LOSNCP crea el *Servicio Nacional de Contratación Pública*, como organismo de derecho público, con facultades regulatorias, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Otorgándole entre sus atribuciones la

⁹⁶ CRE, art. 147, número 13.

de “dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley”⁹⁷.

La Administración Pública se presenta descompuesta en una pluralidad de entes diversos que en muchos casos son necesarios para la ejecución de las actividades del Estado y la prestación de los servicios públicos que demanda la comunidad. Bajo ese precepto es de comprender la creación de un órgano administrativo rector de todo el Sistema Nacional de Contratación Pública que actúe a manera de persona jurídica con amplia autonomía para la articulación del sistema. Sin embargo, el poder de creación de normas que le ha asignado el legislador al SERCOP, ha superado todo límite de racionalidad en cuanto a la cantidad normativa que promueva la seguridad jurídica de los destinatarios, con un subnivel de calidad preocupante y lesivo para el desempeño de las actividades vinculadas a la contratación pública en el Estado, tanto por la técnica legislativa empleada en su creación cuanto por la inobservancia de sus límites de regulación.

El Jefe de Estado y el resto de la Administración Pública, como sujetos creadores de normas jurídicas, están llamados a observar, por una parte, la técnica legislativa que emplean en la elaboración de las normas reglamentarias, de manera que éstas se conviertan en una pieza importante para la articulación del ordenamiento jurídico, al desarrollar al máximo las disposiciones de la ley, evitando la excesiva especialidad y el fraccionamiento del ordenamiento, sin dejar mayor espacio a la discrecionalidad y dinamizando el cumplimiento de la ley. Y, por otra parte, tanto el Presidente de la República como el SERCOP, no pueden perder de vista la reserva de ley dispuesta en la Constitución, en la expedición de los reglamentos y actos normativos de carácter general, que les corresponde respectivamente.

La Constitución de la República incorpora en el artículo 132 el principio de reserva de ley en sentido material, es decir, el principio según el cual sólo por ley pueden adoptarse determinadas regulaciones, entendiéndose que ningún otro tipo de norma jurídica puede entrar a regular esos ámbitos. Este principio que complementa y cierra el círculo de la legalidad, se ha expresado en la Carta Política en estos términos:

⁹⁷ LOSNCP, art. 10. Y, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [2009], artículo 7 y la disposición general cuarta, Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009.

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

La delegación legislativa que realizó el asambleísta a través del artículo 10 de la LOSNCP al SERCOP para “dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley”⁹⁸, entendida como instrumentación de una técnica colaborativa entre la ley y los actos normativos, encuentra cobertura constitucional en el número 6 del artículo 132 transcrito. Disposición en la cual se prohíbe expresamente que los organismos públicos de control y regulación puedan alterar o innovar las disposiciones legales, con lo cual se salva toda duda sobre la existencia de una supuesta reserva constitucional de un ámbito directo a favor del reglamento o menos aun de normas administrativas.

En la forma prevista en la Constitución, la reserva de ley material es absoluta por relegar a la regulación de la ley los temas taxativamente determinados en el artículo 132. Sin embargo, la reserva de ley tiende a adquirir un carácter relativo cuando se permite que mediante el reglamento o las normas administrativas de carácter general que expide el SERCOP, se regulen aspectos técnicos que si bien es cierto están relacionados con la ley, no constan prescritos en ella. El ejemplificativo el caso de la Resolución INCOP No. RE-2013-000082 de 15 de febrero de 2013, mediante la cual el Director Ejecutivo del INCOP resolvió “Expedir las siguientes reglas de participación para la contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría”, considerando únicamente que “es necesario transparentar la idoneidad de los proveedores de bienes, servicios y ejecución de obras en el mercado público, para así satisfacer el cumplimiento del principio de oportunidad previsto en

⁹⁸ LOSNCP, art. 10. Y, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [2009], artículo 7 y la disposición general cuarta, Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009.

el artículo 4 de la LOSNCP.”. Se vulnera de este modo la reserva de ley, ya que se está creando regulación por medio de una norma administrativa, sobre un asunto no previsto ni en la LOSNCP ni en su reglamento general.

Respecto de la reserva de ley formal, vemos que esta incluye como señala García de Enterría, dos principios. “el de jerarquía normativa y el de congelación del rango”⁹⁹. Lo cual quiere decir que, si un tema está regulado por ley, el rango normativo queda congelado y en el futuro ese tema solo podrá ser intervenido por otra ley. La jerarquía normativa y la congelación del rango son principios íntimamente vinculados, es decir, de la vigencia del uno depende la existencia del otro. Y del cumplimiento de ambos depende la coherencia del ordenamiento jurídico en cuanto a la relación jerárquica de la ley y el reglamento u otras normas administrativas. En cuanto a la potestad reglamentaria, el artículo 147 de la Constitución de la República dispone:

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: [...] 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

Dada así la potestad reglamentaria y definida como hemos expuesto la reserva de ley, queda por aclarar expresamente que le queda a la regulación del Ejecutivo así como a la del SERCOP, al respecto el tratadista español García de Enterría con acierto comenta:

¿Qué queda entonces al Reglamento? Pues muy sencillo, le restan, por una parte, todos los aspectos internos de organización administrativa: [...] y, en segundo término, dentro del ámbito normativo ad extra, en la imposición a los ciudadanos de normae agendi que limiten o condiciones o intervengan su libertad abstracta o su patrimonio. El Reglamento no puede nada por sí mismo, pero si puede complementar a la Ley, colaborar con ésta si ésta le habilita de manera formal para ello (delegación legislativa, en amplio sentido); son los llamados <<Reglamentos jurídicos>>, para dictar los cuales la Administración precisa de habilitaciones legislativas específicas [...] con la determinación del contenido que éste debe incluir.¹⁰⁰

El principio de reserva de ley es un complemento fundamental del principio de legalidad y entraña una garantía esencial para el ciudadano de que la regulación de los temas principales que van a afectar su ámbito de libertad, dependa de manera

⁹⁹ Eduardo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, 247.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 238.

exclusiva del legislador como representante de sus intereses, quedando exentos de la acción de la Administración Pública. La reserva de ley es una manifestación de la democracia expresada en una potestad constitucional a favor del legislador, por la cual no hay oposición alguna a que se puedan hacer delegaciones a normas administrativas de carácter general o reglamentario, pero sí a que estas sean independientes y no subordinadas a la ley.

Este tercer sujeto de creación de normas de regulación en la materia, ha generado todo un ordenamiento jurídico secundario a la contratación pública con un complicado mecanismo internormativo en el que se confunden la ley, el reglamento y las resoluciones administrativas del SERCOP entre ellas, tanto en la parte formal como material. Este juego recurrente de unas normas y otras que se dictan y se derogan, se dicen y se contradicen, se enmiendan y se corrigen causa un efecto bastante negativo en cuanto a la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y a la previsibilidad del derecho, ahondando la crisis de la ley y la consecuente crisis del Estado.

Volviendo a la Constitución de la República, vemos que ésta ha determinado que el Estado ecuatoriano se gobierna de forma descentralizada, lo cual por supuesto repercute en todos los ámbitos de la organización política, administrativa y jurídica de la nación. El principio de descentralización se anexa al principio de separación de poderes que fundamenta toda la estructura estatal. Esta dualidad de formas de organización político – administrativa no es excluyente sino complementaria y procedente. Frente a esta determinación de organización del Estado, la Constitución también ha definido el modelo general de legislación que ha de orientar el proceso de decisión política que implica la creación de normas jurídicas, estableciendo para ello además de las pautas para la conformación y estructura de la ley, varios niveles sucesivos de gobierno sobre la base de los principios de descentralización y autonomía.

Los ***Gobiernos Autónomos Descentralizados*** creados por la Constitución para la organización territorial del Estado, gozan de autonomía política, administrativa y financiera¹⁰¹. La autonomía les permite dictar normas jurídicas dentro de su respectiva circunscripción territorial para regular varios aspectos en concordancia con la ley, entre ellos la materia de contratación pública:

¹⁰¹ CRE, art. 238.

Art. 240.- Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias. Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

Las ordenanzas son la forma de expresar la facultad legislativa que tienen los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Estos cuerpos normativos al igual que la ley atraviesan por un proceso parlamentario para su creación que como tal debe observar por supuesto los elementos de técnica legislativa a efectos de obtener normas de calidad que permitan regular de manera eficiente la vida y las actividades de los ciudadanos de la respectiva circunscripción territorial. Los distintos niveles de gobierno crean entre sí una primera relación de tipo horizontal por el principio constitucional de competencias; y, otro de tipo vertical en relación al Estado central donde se concentran los poderes políticos soberanos. Esa es, sin embargo, solo una arista de la cuestión trascendental que plantea la creación de niveles de gobierno con facultades legislativas, frente a los cuales podemos decir con propiedad que nos encontramos ante una pluralidad de ordenamientos jurídicos accesorios al principal, que deben ser integrados, conocidos y acatados.

Los diferentes subsistemas jurídicos que se han originado para regular entre otros temas, lo referente a contratación pública por la distinción y estructura organizativa antes referida de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, no puede desentenderse de la ley principal ni del Sistema Nacional de Contratación Pública en general, puesto que el ámbito de aplicación de la LOSNCP abarca la contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen, entre otros, las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.¹⁰² Lo anterior no significa que cada uno de los GADS no esté en pleno uso de su autonomía para desarrollar los procedimientos administrativos o las normas que considere necesarias para el adecuado desempeño de la Administración así como la promoción de los fines de la contratación pública.

Esto porque tanto el legislador creador de la LOSNCP y los Gobiernos Autónomos Descentralizados autores de ordenanzas, comparten la misma fuente del

¹⁰² LOSNCP, art. 1.

derecho a ejercer la potestad normativa: la Constitución. De allí que, no debe perderse de vista el principio de legalidad que obliga a toda la Administración Pública, ni la autonomía de los GADS que les permite regular las compras públicas en el ámbito de su circunscripción territorial. Lo cual por cierto no ha causado pocos inconvenientes en el desarrollo de la contratación, ya que al voluminoso marco regulatorio que ya existe para normar la adquisición de obras, bienes y servicios en el país, se suman disposiciones provinciales, cantonales y metropolitanas que tienden a alargar con exigencias burocráticas los procedimientos precontractuales¹⁰³.

Como vemos el ordenamiento jurídico es una realidad dinámica con pluralidad de fuentes, todas ellas importantes, vigentes y válidas en cuanto se integren armoniosamente en dicho ordenamiento. García de Enterría lo reconoce como “una unidad con vida propia, independiente y distinta de la de las propias normas, que son tales, precisamente, en cuanto se integran a él¹⁰⁴. De los sujetos productores de normas quienes ostentan esta calidad por mandato constitucional o disposición de la ley, depende que se logre la articulación efectiva de las normas que regulan la materia de contratación pública entre ellas y con el ordenamiento jurídico. Por supuesto que esta no es una tarea sencilla, debido a los múltiples factores externos que participan en la organización jurídica estatal. Sin embargo, se puede hacer frente a la complicada situación normativa del Estado, delimitando la facultad de cada uno de los sujetos con potestad para crear normas jurídicas dentro de sus ámbitos de competencia y aplicando criterios de técnica legislativa a su labor de regular la materia de contratación pública.

3. El procedimiento de producción legislativa

El procedimiento de producción legislativa supone una “sucesión de actos jurídicos concatenados a través de los cuales el Parlamento forma su voluntad para el

¹⁰³ Un ejemplo, aunque muy particular pero a la vez bastante explicativo, lo podemos observar en la aplicación de la Resolución A025 de 17 de diciembre de 2015 emitida por el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito. Esta resolución dictamina las “NORMAS PARA LA ESTRATEGIA COMUNICACIONAL Y DE PUBLICIDAD DEL MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO”, estableciendo un procedimiento administrativo interno previo a la realización de procedimientos precontractuales y contractuales de Régimen Especial – Comunicación Social. Con lo cual se pretende articular y homogenizar las líneas comunicacionales y de publicidad del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, pero a la vez se alarga la cadena burocrática en la ejecución de procedimientos administrativos.

¹⁰⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, 72.

ejercicio de sus funciones”¹⁰⁵. El camino por donde el legislador avance para la formación de su voluntad materializada en la creación de la ley, es determinante para la articulación de los elementos políticos y técnicos que conforman tal voluntad legislativa. Manuel Atienza indica que la producción legislativa es “una serie de interacciones que tienen lugar entre los editores o autores de normas; los destinatarios o las personas a quienes la ley está dirigida; el sistema jurídico o el conjunto normativo del que forma parte la nueva ley; los fines, objetivos o metas que se persiguen con la elaboración de las leyes y los valores que justifican dichos fines.”¹⁰⁶

Ante ese conjunto de interacciones políticas, sociales y jurídicas, resulta trascendental el diseño de un modelo de procedimiento para la producción de la ley, que permita que los intereses de la serie de actores que participan en la discusión y elaboración de las propuestas converjan eficazmente con los factores técnicos que hacen de la norma jurídica una construcción racional, a fin de satisfacer la expectativa social puesta en la institución parlamentaria.

El Constitución de la República ha esbozado un modelo de procedimiento legislativo parcial, solamente referido a la fase legislativa o de construcción formal de la ley propiamente dicha, en el que la creación de la ley parte de la iniciativa para presentar proyectos y culmina con la aprobación del proyecto y remisión al Presidente de la República para que lo sancione u objete, con los efectos consecuentes según corresponda. El modelo desconoce tanto de la fase prelegislativa como de la poslegislativa y deja en el vacío, aspectos de vital importancia si se quiere hablar de una política legislativa sistematizada y construida sobre planteamientos metodológicos racionales aplicables al proceso de producción legislativa. Manuel Atienza en sus estudios sobre la legislación hace un análisis y descripción general que coincide con acierto en la descripción del modelo legislativo ecuatoriano:

En su modelo no aparece distinguida la fase que podría llamar prelegislativa de la propiamente legislativa; prescinde la fase postlegislativa; el modelo no es consecuencia, circular, o lo es insuficientemente; presupone [...] una noción de

¹⁰⁵ María Asunción, García Martínez, “El procedimiento legislativo”, (Madrid: publicaciones del Congreso de los Diputados: 1987), 32.

¹⁰⁶ Atienza, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 32.

racionalidad puramente instrumental: los objetivos o las necesidades aparecen como elementos dados y que quedan fuera de todo control racional.¹⁰⁷

La ley para ser un instrumento que contribuya al Estado como mecanismo de organización y desarrollo social, debe ser el resultado de un procedimiento que en términos generales englobe: la detección e individualización de un problema social específico que se analiza para definir si alcanza una solución viable por medio de la regulación jurídica; la ejecución de la serie de actividades legislativas políticas y técnicas para la construcción de un texto articulado que se inserte en el ordenamiento jurídico; y, la evaluación de los efectos que tiene la norma creada sobre el problema social que la motivó. Es decir, una interacción de al menos tres etapas interrelacionadas pero distinguidas entre sí, podría ser un diseño adecuado del procedimiento legislativo que garantice un “modelo de decisión racional”¹⁰⁸.

3.1. Etapa prelegislativa

La primera etapa del procedimiento de producción legislativa conlleva una serie de operaciones vinculadas con los niveles de racionalidad teleológica y ética, que si bien es cierto no están definidos en la Constitución ni en la Ley Orgánica de la Función Legislativa se derivan inevitablemente de la facultad del legislador de expedir y reformar las leyes, considerando que asume su rol como comunicador de los intereses generales y mediador del conflicto social.

En esta etapa el legislador debe observar un problema social con un enfoque deductivo para depurar la mayor cantidad de factores ajenos a él y llegar a la individualización de la situación en concreto. La complejidad de la estructura social y el escaso conocimiento de las diferentes realidades existentes, convierten a esta en una compleja tarea para el legislador cuyo objetivo final en la etapa prelegislativa, es determinar si el problema social planteado requiere de una solución legislativa. Es decir, si en efecto la creación de una ley que regule ciertas situaciones permitirá alcanzar una solución real al problema específico. Para hacer esta determinación el legislador deberá realizar, en ejercicio de buen liderazgo político, un análisis socio jurídico en el que determine qué fines sociales del Estado perseguiría una presunta

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 29.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 33.

ley a crearse y que valores justificarían de manera ética esos fines.

El liderazgo político corresponde al conjunto de habilidades de un sujeto o grupo político para influir en los demás miembros de la organización legislativa, motivándolos con su iniciativa a tomar la decisión que considere ajustada a sus intereses. Este liderazgo político no sólo se da ni puede darse al interior de la Asamblea, sino que debe influenciar a la mayoría de actores sociales que forman parte del problema a regular como parte de la etapa prelegislativa, a fin de establecer desde los frentes sociales y económicos el ambiente idóneo para la toma de la decisión política respectiva. La influencia que se haga desde los medios de comunicación, universidades, gremios de trabajadores, colegios de profesionales y más grupos sociales de representación, sin duda dará lugar a cierto estado de opinión de las cosas o hará surgir determinadas expectativas que podrían encaminarse al emprendimiento de iniciativas legislativas en un sentido determinado.

El uso de las prácticas legislativas para establecer un liderazgo político previo al inicio del proceso de elaboración de la ley al interior de la Asamblea, es un asunto necesario y delicado en su manejo por sus alcances. Si se medita en el hecho de que mientras se orienta la opinión pública en el sentido determinado que habrá de tener una iniciativa legislativa naciente, las normas jurídicas ya existentes sobre el tema podrían empezar a aplicarse en base de ese mismo sentido de opinión, creando tal vez nuevos problemas o agravando los existentes, no cabe duda que los procedimientos que se empleen para generar la discusión social requieren un verdadero liderazgo político positivo como parte de la tarea de legislar.

Debido a que no hay técnica legislativa para diseñar una norma jurídica racionalmente pragmática que supere la efectividad que tiene la confianza legítima de los destinatarios en el sujeto creador de la norma, es importante ejecutar la etapa previa a la creación de la norma propiamente dicha, en la manera que sea garantía de leyes que ofrezcan certeza y seguridad jurídica, es decir, el legislador debe buscar los antecedentes que le permitan alcanzar una comprensión general del tema y analizar de modo científico el impacto social del proyecto. Por el contrario, mientras “se siga legislando de manera coyuntural y a impulsos de mera oportunidad política o de una opinión pública con frecuencia ofuscada por los acontecimientos de última hora”¹⁰⁹,

¹⁰⁹ Prieto Sanchís, “Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI.”, 394.

la producción legislativa será el reflejo de la falta de liderazgo, calidad y racionalidad que afronta la Asamblea.

3.2. Etapa legislativa

La etapa legislativa o de construcción formal de la ley inicia como lo dispone la Constitución de la República y lo regla la Ley Orgánica de la Función Legislativa (en adelante LOFL), mediante la presentación a la Asamblea Nacional de una iniciativa de proyecto de ley. De acuerdo con nuestra legislación, el Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea califica la admisión de los proyectos y la Unidad de Técnica Legislativa se encarga de hacer un informe no vinculante sobre:

1. Normas legales vigentes que se verían afectadas o deberían derogarse o reformarse con la aprobación de la norma propuesta;
2. Lenguaje utilizado en la norma y revisión de lenguaje no discriminatorio;
3. Impacto de género de las normas sugeridas; y,
4. Estimación del costo que podría provocar la implementación de la norma.¹¹⁰

Admitido a trámite el proyecto se lo conoce y discute en dos debates, si de la discusión legislativa deviene la aprobación del proyecto se remite al Presidente de la República para que lo sancione u objete. Del pronunciamiento del Jefe de Estado dependerán las acciones que deba ejecutar la Asamblea, ya sea promulgando y publicando la ley o, archivando para volver a considerarlo en los tiempos que establece la LOFL.

Para que el legislador cumpla uno de los objetivos de la actividad legislativa, cual es reducir a un texto normativo articulado, coherente y de calidad la solución normativa al problema planteado, el desarrollo de la etapa legislativa demanda algo más que la irrisoria remisión a la técnica legislativa que hace la LOFL. Es en este momento del procedimiento de creación de la ley que el legislador requiere hacerse de las directrices que le ofrece la teoría de la legislación en la elección de las mejores técnicas para construir una norma jurídica racional, a la vez que busca el consenso político necesario para llegar a ello.

En la discusión de los pre-proyectos de ley está buena parte de la esencia de una norma bien hecha, puesto que es el momento del debate técnico, científico e intelectual de ideas y posturas para fortalecer el proyecto. Llevar a cabo los debates

¹¹⁰ Ley Orgánica de la Función Legislativa [2009], artículo 30, Registro Oficial No. 642 de 27 de julio de 2009. En adelante se cita esta ley como LOFL.

que manda la LOFL, previo a la aprobación o no de un proyecto de ley por parte de la Asamblea Nacional como simple cumplimiento de un requisito para avanzar en el proceso, no permite que este espacio de debate aporte a la construcción de la ley con el nivel de importancia que tiene.

El debate legislativo debe responder a cuestiones como si se está interpretando correctamente el problema social, si el momento de actuar mediante la expedición de una ley es ahora, cuáles serían los efectos de no regular ese tema en el momento presente o de hacerlo de manera parcial, qué grupos sociales serían los directamente afectados y en qué forma, ¿los costos de la nueva regulación serían coherentes con los beneficios a obtener?, etc.

Un verdadero y abierto debate pre legislativo, permitiría superar el hecho innegable de que “en todo este proceso lo más perturbador es la necesidad de tomar decisiones en tiempo real, sobre temas muy diferentes, con conocimiento limitado de lo que está efectivamente ocurriendo y de las implicancias que tendrán en el futuro.”¹¹¹, sobre todo en legislaturas donde las democracias representativas se pesan y contraponen sobre la base de los intereses políticos en juego y donde se ha puesto en segundo plano el análisis técnico legislativo en todos sus niveles de racionalidad.

3.3. Etapa postlegislativa

La etapa postlegislativa implica hacer la evaluación del impacto que ha tenido la ley en la solución del problema planteado y de otras implicaciones que haya podido generar. Ese examen de la ley debe considerar cada uno de los elementos que participaron en las fases prelegislativa y legislativa del procedimiento, para definir con precisión los puntos de quiebre de la adecuación lingüística, jurídico formal, pragmática, teleológica y ética de la ley en la sociedad.

En el debate que se llevó a cabo previa la aprobación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación como parte de la fase legislativa, el asambleísta constituyente hizo consideraciones para motivar su emisión, que hoy en día, a la luz de los hechos y luego de ocho años de su expedición, dejan ver que la realidad de los efectos que ha causado en el país toda la normativa de contratación pública

¹¹¹ María Alejandra, Svetz, “La calidad de las leyes y la técnica legislativa”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, compilación, 71-84, (Quito: Editorial Ágora Democrática, 2013), 74.

desarrollada a partir de la LOSNCP, no coinciden con las aspiraciones que entonces se tuvieron:

Por primera vez en la historia de nuestro país, se va a mantener un Registro Único de Proveedores, vamos a saber a cuáles son las empresas que contratan con el Estado; y, efectivamente, este registro único de proveedores termina con más de tres mil proveedores inscritos en las diferentes instituciones y termina con una dispersidad de normativa que hoy, solamente en este proyecto de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vamos a tener un solo cuerpo legal.¹¹²

La Constitución ha omitido asignarle al legislador esta obligación que debiera derivarse de sus facultades, por lo que tampoco ha definido las líneas de seguimiento que el asambleísta debería observar para completar el ciclo del procedimiento legislativo, que lo convierta en un sistema racional y metodológico, que asegure en cierta medida una producción legislativa de calidad. Evaluación ulterior de la producción legislativa que tendría capital importancia para mejorar la calidad de la regulación de contratación pública en nuestro país.

¹¹² Ecuador: Asamblea Constituyente, “Acta No. 093” [2008], (Montecristi: 22 de julio de 2008): 165.

Capítulo Tres

Propuestas para adecuar el uso de la técnica legislativa a la regulación de contratación pública en Ecuador

La revisión de los antecedentes introductorios al tema en estudio así como de aspectos relevantes sobre la calidad de las normas en nuestro país vinculados a la técnica legislativa empleada en su producción, requieren como complemento de esta investigación el establecimiento de propuestas para corregir y prevenir futuros fallos legislativos en la regulación de contratación pública en el Ecuador. De esta manera se cierra el ciclo de análisis a partir de los objetivos que se trazaron al iniciar este trabajo.

1. La necesidad de codificar las resoluciones administrativas del SERCOP

El movimiento codificador promovido a partir del siglo XVIII por los ilustrados de la época como parte de la reflexión jurídica que ellos dieron en llamar ciencia de la legislación de acuerdo a lo que expone Gema Marcilla Córdova¹¹³, tiene hoy en día, aun con las variaciones que ha experimentado a lo largo de la historia, un interés capital para afrontar la fragmentación y ruptura de las normas jurídicas por las que atraviesa el actual Estado de la legislación. El concepto de codificación de nuestros días difiere en mucho del concepto histórico que tiene esta figura jurídica en la evolución del Derecho. Los postulados del pensamiento ilustrado que referían a la fuerza de la razón para alcanzar un sistema jurídico de validez universal asentado sobre las verdades eternas de la ética y la moral, no concuerdan con la idea más bien técnica que se le asigna a esta labor hoy en día. Sin embargo, el concepto formal de codificación se mantiene y se trata de acoplar a los requerimientos de la legislación contemporánea.

Los fenómenos que hemos examinado de problemas vinculados a la falta de técnica legislativa empleada en la producción de la ley: superproducción normativa, inestabilidad temporal de las normas, ausencia de unidad de materia, deficiencias lingüísticas, dispersión normativa, contradicciones, complejas remisiones y desreguladas derogaciones, podrían tener en la codificación un mecanismo para

¹¹³ Marcilla Córdova, “Sobre la Necesidad de una Nueva Ciencia de la Legislación”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 94.

superar el desorden normativo y promover el tantas veces aludido derecho de certeza y seguridad jurídica. Si bien es cierto la codificación no tiene hoy en día el sentido doctrinario que tuvo en el siglo XVIII al representar a toda una corriente de pensamiento jurídica filosófica, no es menos cierto que tampoco puede identificarse con una simple actividad editorial de recopilación académica. Como señala Luis Prieto Sanchís “el código no es reflejo ni simple ordenación de viejas leyes y costumbres, no quiere consagrar lo existente, sino que encarna un diseño de nueva planta que pretende regular las relaciones sociales de modo uniforme, preciso, coherente y claro donde nada pueda quedar al arbitrio del intérprete.”¹¹⁴

La codificación debe aportar un trabajo de unificación, sistematización y renovación del Derecho plasmado en un cuerpo integral de norma jurídicas a las que asistan todos los destinatarios de sus disposiciones, en el que tanto el operador de justicia como el obligado a observar la norma, tengan un nivel importante de certeza en la racionalidad de la ley para pretender así también la racionalidad de su interpretación dentro del marco del Estado Constitucional. Claro está que considerar que la racionalización del derecho deviene de la sistematización u ordenación del derecho preexistente, es un desacierto demostrado a lo largo de la historia que nos ha precipitado inevitablemente a la vigente crisis de la ley. Es indiscutible que la construcción racional del Derecho, partiendo de la consideración sobre la creación de las normas, debe ser el objeto primordial de cualquier ciencia de la legislación que describa, explique y proponga procedimientos idóneos para hacer frente a la crisis del Estado desde el Derecho, mediante el incremento de la racionalidad de la producción legislativa existente.

Los problemas de producción legislativa ya descritos son transversales a todas las áreas de regulación que abarca la legislatura. Así en contratación pública a estos fenómenos se suma un elemento que agudiza la situación, determinado por las formas de producción normativa que prevé la ley para regular de manera accesoria y subsidiaria ciertos temas con carácter más bien técnico y procedimental derivados de la LOSNCP.

¹¹⁴ Luis, Prieto Sanchis. “Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI.”, Anuario de Historia del Derecho Español, 387-409, (La Rioja: Universidad de La Rioja, 2012), 390.

La delegación que hace la ley al SERCOP para “dictar normas administrativas, manuales e instructivos (...)”¹¹⁵ es una habilitación que hace el legislador a la Administración Pública para que colabore en la regulación de temas que la misma ley acomete, la complementa y lleve el propósito normativo hasta su término. Ya que la ley no puede descender a pormenores técnicos que por la naturaleza de la materia de contratación pública incluso son en ocasiones excesivamente detallados aun para la regulación mediante el reglamento, lo que ha hecho el legislador es “participar de alguna manera a la Administración en la ordenación jurídica de la sociedad actual y de sus problemas”¹¹⁶. Así, por ejemplo, viene bien que el SERCOP establezca un procedimiento administrativo a seguir para la habilitación en el Registro Único de Proveedores, que desarrolle instructivos que expliquen el funcionamiento del portal de compras públicas o inclusive, que proponga manuales de guía para la elaboración de términos de referencia o especificaciones técnicas.

Sin embargo, hoy en día con las 106 resoluciones administrativas que ha emitido el SERCOP¹¹⁷, este ha dejado de ser un ente de ordenación jurídica en materia de contratación pública para convertirse en promotor de la desorganización normativa que afronta el derecho. El legislador ya advirtió de la dispersión normativa a la que había llevado la delegación que efectuara en la expedición de la LOSNCP al SERCOP, por lo que mediante la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOSNCP expedida el 14 de octubre de 2013, dispuso: “A partir de la vigencia de esta Ley, en el término de 30 días, el Servicio Nacional de Contratación Pública, codificará y actualizará todas las resoluciones emitidas a fin de que se encuentren en concordancia con lo establecido en esta Ley.”¹¹⁸ Ha vencido en exceso el término dispuesto para que se realice la codificación que, como determina el texto de la disposición transitoria, no debe limitarse a una simple actividad con carácter editorial y de recopilación sino que debe conseguir la depuración de las resoluciones administrativas al punto de que todas concuerden con el texto de la LOSNCP.

¹¹⁵ LOSNCP, art. 10.

¹¹⁶ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, 248.

¹¹⁷ Son las que actualmente se encuentran publicadas en la página www.sercop.gob.ec en la pestaña: Biblioteca > Normativas > Resoluciones Externas > Resoluciones Vigentes.

¹¹⁸ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [2013], disposición transitoria cuarta, Registro oficial segundo suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013.

Con ello se da un sentido más profundo y denso a la codificación, pero así mismo se plantea un desafío complejo y arduo para la Administración que al parecer ha sobrepasado el límite de sus capacidades de acción. El intento codificador del organismo rector de las compras públicas no ha llegado siquiera a presentar una recopilación ordenada y depurada de las resoluciones vigentes y derogadas, menos aún se cuenta con un código que de manera integral, articulada y coherente constituya una herramienta de calidad para lograr la racionalidad jurídico-formal de la normativa de contratación pública en Ecuador. Al respecto Juan Francisco Díaz señala:

[...] lamentablemente la “técnica legislativa” que han utilizado los personeros del SERCOP para enmendar errores en las resoluciones, modificarlas o derogarlas, empeoran y complican aún más la identificación de los documentos finales expedidos, no se cuentan con las versiones definitivas, ya que estas son en muchos casos modificados con resoluciones subsecuentes que obligatoriamente hay que analizar, para finalmente a manera de rompecabezas obtener la versión final de las disposiciones.¹¹⁹

Como en este caso, el legislador ha atribuido al SERCOP la facultad y la obligación de codificar sus propias resoluciones administrativas, para el resto de la legislación se ha reservado también el derecho de decidir y disponer la elaboración de proyectos de codificación de diversas leyes que serán puestos a consideración del Pleno de la Asamblea para su aprobación en un solo debate¹²⁰. Esto demuestra de una parte que existe en el espíritu del legislador pretensiones racionales de adecuar la actividad legislativa a los requerimientos del Derecho y de otra, que el equilibrio entre la ciencia de la legislación y los condicionamientos de la política, aun no alcanzan el equilibrio necesario para pensar en la codificación como un instrumento de unidad, igualdad y exclusividad de la ley por sobre la siempre mudable voluntad política del parlamento.

Por ahora que la Administración Pública a través del SERCOP, tiene la habilitación legislativa de hacer un buen ejercicio de codificación de las resoluciones administrativas que en su propio seno han surgido, debe trabajar por concretar esas pretensiones racionales del legislador ante el Derecho, buscando la unidad normativa en la construcción de un solo cuerpo de resoluciones administrativas coherente y articulado. Este ejercicio de técnica legislativa de depuración y ordenamiento frente a

¹¹⁹ Díaz, “Las Resoluciones del SERCOP”, 3.

¹²⁰ LOFL, art. 31.

la inflación normativa que ha causado el SERCOP, subsidiará en alguna medida la desvalorización que han sufrido las normas jurídicas para regular la materia de contratación pública en nuestro país.

2. El enfoque del institucionalismo aplicado a la producción de normas

La doctrina clásica del derecho enseña que las instituciones jurídicas son construcciones de la dogmática jurídica a partir de la realidad social. Una concepción moderna añade que “las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana”¹²¹, poniendo de manifiesto que la institución no sólo existe como eje de la estructura social desde el ámbito jurídico, sino en las múltiples proyecciones de la actividad humana. No podríamos sostener hoy en día que las instituciones jurídicas surgen a partir de la abstracción del contenido de las normas jurídicas positivas mediante un sistema de operaciones lógicas. Al contrario, es la norma suprema la que crea y da el contenido formal y material a las instituciones a partir de la determinación de valores, principios y derechos que son el eje de todo el sistema de normas y que luego se materializan a través de las leyes, se desarrollan procedimentalmente en los reglamentos y se complementan en el ámbito técnico mediante resoluciones u otras manifestaciones de la potestad normativa.

El institucionalismo sugiere la idea de construir cada norma del ordenamiento jurídico siguiendo la línea base de institución creada para el núcleo temático común de relaciones que articula y dentro de los límites marcados para que suceda el intercambio social. Definir la estructura jerárquica de la organización social, ciertos modelos de elección, los mecanismos de acción y elementos de control como parte de una concepción jurídico política común, determinada a partir de la institución, es un método eficiente de dar validez y vigencia a la norma. El espíritu de institución aplicado a la creación de la norma jurídica le permite tener un mayor nivel de inserción en el ordenamiento toda vez que se haya aplicado además una buena técnica legislativa en su elaboración. No cabe duda que elaborar leyes al amparo de las instituciones jurídicas demanda un gran esfuerzo, sobretodo político, en la articulación de los distintos intereses que se persiguen con la noción de continuidad

¹²¹ Douglass, North, “Instituciones, cambio institucional y desempeño económico”, (México: Fondo de Cultura Económica, 1995), 13.

que pretende el institucionalismo. Los criterios de objetividad y sistematicidad, lamentablemente ajenos a la política legislativa, son determinantes para cultivar el enfoque institucional en la creación de normas, así como para reforzarlo y buscar su perfeccionamiento constante.

El enfoque de institución aplicado a la creación de las normas jurídicas puede ser visto desde la perspectiva de la construcción material que surge de sus disposiciones, así como desde el punto de vista del órgano creador de las mismas. Ámbitos que en todo caso requieren tener una misma línea de acción que permita hablar de una verdadera aprehensión de la realidad social para la construcción de los límites jurídicos que otorguen a los miembros de la sociedad reglas de juego coherentes, racionales, válidas y eficientes. Más aun cuando es la Asamblea la principal institución jurídica creada a partir de la necesidad de establecer un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado como negación al poder absoluto previo al establecimiento del Estado de Derecho; y que, como ya se dijo al hablar de la calidad de las normas jurídicas, la Asamblea se presenta como una institución que puede ser manejada con criterios de eficiencia en la satisfacción de necesidades sociales a fin de determinar el nivel de calidad de su producción: las leyes.

Esta institución jurídica a la que a partir de la Constitución de 2008 llamamos Asamblea Nacional, es una institución representativa dentro de la organización estatal cuya función principal es legislar, de modo generalmente obligatorio en atención de los intereses que representa, tomando en cuenta que “la función principal de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una estructura estable de la interacción humana”¹²². Esto da paso a la defensa del derecho a la seguridad jurídica, al legislar en busca de la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

En materia de contratación pública, el legislador ha establecido un número importante de instituciones jurídicas que no en todos los casos reflejan la norma constitucional que manda que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, priorizando los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía

¹²² *Ibíd.*, 16.

popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas¹²³. La institución jurídica en contratación pública ha perdido su esencia de mecanismo de certidumbre y certeza para el intercambio social, llegando al extremo de ser fuente de controversias administrativas y judiciales que devienen de la incertidumbre normativa reflejada en todos los niveles de regulación. Con preocupación hay que reconocer que la facultad que tiene la Administración Pública en la persona jurídica del SERCOP, de regular temas relacionados con la ley mediante la expedición de normas administrativas, ha contribuido a que la crisis de la institución jurídica en contratación pública se haya extendido y profundizado.

La Administración Pública ha desvirtuado la habilitación que ha hecho la LOSNCP en su favor, llegando incluso a modificar instituciones en la materia o regulando más allá del límite que tiene como órgano facilitador de la aplicación de la ley. Como se mencionó al tratar el principio de reversa de ley, es posible evidenciar esto, a través de la Resolución INCOP No. RE-2013-000082 de 15 de febrero de 2013, mediante la cual el Director Ejecutivo del INCOP resolvió “Expedir las siguientes reglas de participación para la contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría”, considerando únicamente que “es necesario transparentar la idoneidad de los proveedores de bienes, servicios y ejecución de obras en el mercado público, para así satisfacer el cumplimiento del principio de oportunidad previsto en el artículo 4 de la LOSNCP.”.

Es decir, por desarrollar el principio de oportunidad que presupone una atribución especial que tiene la Administración Pública a través del poder de policía que esta posee para tutelar los bienes jurídicos, se vulnera el principio de legalidad, reserva de ley y la validez jurídica de la norma al crear regulación por medio de una resolución administrativa. La Resolución INCOP No. RE-2013-000082 establece parámetros que relacionan el presupuesto referencial con el patrimonio del oferente, así como un tiempo mínimo de existencia legal en el caso de personas jurídicas, que son de cumplimiento obligatorio para la calificación del oferente por parte de la entidad contratante. Esta es una innovación de la resolución administrativa no prevista ni en la LOSNCP ni en su reglamento general.

Esta tendencia a desarticular la jerarquía normativa en materia de contratación pública y por ende la concepción de institucionalismo aplicado a la

¹²³ *Ibíd.*, artículo 88.

creación de normas, se observa también en el reglamento general de aplicación de la ley cuya función, así como la de las resoluciones administrativas del SERCOP, se han puesto al servicio de la particularidad de casos concretos, de la imparcialidad y la fragmentación del ordenamiento. Tal vez ésta es la forma más clara de observar como la ley ha perdido la supremacía que le corresponde en el ordenamiento luego de la Constitución y cómo el poder de la Administración Pública para regular mediante reglamentos y otras normas administrativas, no sólo cubre el descenso que la ley no puede hacer al detalle de pormenores técnicos de la materia que regula, sino que determina, diseña, desarrolla e imputa al ordenamiento jurídico construcciones normativas que, como señala Atienza, tienen “beneficios concentrados y costes difusos.”¹²⁴

Por la volatilidad de la regulación que nos impone el SERCOP al dictar las normas complementarias del Reglamento de la LOSNCP mediante actos normativos de carácter general, desarrollar la ley y aplicar la Constitución, no podemos hablar de instituciones jurídicas propiamente dichas en el sentido que enseña la doctrina del Derecho, ya que no satisfacen los requisitos de estructuras estables que eviten la incertidumbre y fijen límites de interacción como reflejo de la realidad social.

Sin embargo, al ser normas de carácter obligatorio -en la medida en la que no alteren o innoven las disposiciones legales, ya que como se explicó al tratar sobre la reserva de ley, está salvada toda duda sobre la existencia de una supuesta reserva constitucional de un ámbito directo a favor del reglamento o de actos normativos de carácter general para entrar a crear regulación sobre los límites de las materias constitucionalmente reservadas a la ley-, mientras no alcancen estabilidad no permiten articular las normas de contratación pública en un sistema articulado que promueve la creación de estructuras que refuercen las instituciones preexistentes, siguiendo una línea de identidad conceptual basada en los fines que busca alcanzar el Estado. El bosquejo de institucionalismo al que estamos sometidos viene en desmedro del Sistema Nacional de Contratación Pública y por ende de los objetivos o fines que se propone el Estado de alcanzar por medio de las compras públicas.

La ley se motiva en el propósito de armonizar a los organismos del Estado en cuanto a la planificación del gasto público, de crear una política de compras públicas que termine con la discrecionalidad y el desperdicio de los recursos públicos, de

¹²⁴ Atienza, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *Elementos de Técnica Legislativa*, 35.

innovar la contratación mediante procedimientos ágiles para la compra y el posterior control del gasto y de dinamizar la economía mediante la generación de empleo, como principales¹²⁵. Estos ambiciosos objetivos requieren de una regulación coherente y articulada que denote empleo de una buena técnica legislativa en la racionalidad de sus postulados y en la calidad de las decisiones políticas alrededor. El ejercicio de la actividad legislativa es pieza clave para promover a la contratación pública como verdadera herramienta de desarrollo, labor en la cual no se puede perder de vista las leyes naturales del mercado y la empresa que deben necesariamente insertarse en cualquier norma jurídica que vaya a regular el tráfico de mercancías, en este caso con el Estado. En este sentido, “un buen proceso legislativo debería derivar en el diseño de leyes que reflejen realidades [...] y que prevengan soluciones a futuras controversias e intercambios”¹²⁶

Las instituciones jurídicas son en definitiva los pilares del ordenamiento jurídico. Por ello requieren ser reforzadas con normas racionales y coherentes a las nuevas realidades. Es claro que la perennización de las normas jurídicas es inadmisibles frente a un mundo en cambio constante, pero tampoco es necesaria para consolidar instituciones. Lo importante es fijar un norte y avanzar siempre hacía él, cualesquiera sean los actores de turno en el escenario político. Ya que el proceso para llegar a ese nivel de madurez política es arduo, cuando menos sería de apartarse de la imagen desoladora de un parlamento dominado por los intereses de grupos, sin objetividad ni poder real de decisión, así como de una Administración Pública ignorante de sus propios límites y de la trascendencia de sus decisiones en el desarrollo del Estado. Lo siguiente describe una realidad que cuando deje de ser tal podríamos avanzar a la institucionalización de la organización estatal:

[...] hecho frecuentemente observado de que instituciones desarrolladas en un específico ambiente ideológico para cuyo servicio fueron creadas, pierden su identidad funcional cuando son trasplantadas mecánicamente a un sistema político con diferente ideología; en este caso, dichas instituciones sufren automáticamente una transformación, Elecciones, parlamentos, partidos políticos, instituciones desarrolladas en el sistema político del Estado constitucional, liberal e igualitario, para la realización de su ideología liberal e igualitaria, cambian su intrínseca

¹²⁵ LOSNCP, considerandos.

¹²⁶ Mondragón, Reyes Rodríguez, “Contribución para una Teoría de la Legislación” en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave Susana (coordinadores), *El proceso de producción legislativa*, 81.

significación y llegan frecuentemente a ser utilizadas en un sentido muy diferente, cuando son aplicadas en un sistema político totalitario¹²⁷

3. Pautas para balancear el poder de los intereses políticos y la necesidad de crear leyes racionales.

Luego de analizar las falencias en el empleo de una depurada técnica legislativa por parte de los sujetos con potestad normativa en la rama de contratación pública, qué duda cabe que existe un marcado desequilibrio al interior de la legislatura por tratar de balancear el poder de los intereses políticos y la necesidad de crear leyes racionales. Lo cual no permite que la discusión social haga eco en la Asamblea sino en el estricto sentido de las imposiciones que provienen de otros poderes estatales o grupos de poder y transgrede, como ha quedado ampliamente demostrado, el derecho constitucional a la seguridad y certeza. Con estos antecedentes, las ideas que se desarrollan en seguida, pueden constituir guías para encontrar el equilibrio entre el poder de los intereses políticos y la necesidad de crear leyes racionales:

La Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en la materia¹²⁸, tiene la facultad de ejercer el *control de constitucionalidad* formal y material, de leyes que hayan sido impugnadas mediante una demanda de inconstitucionalidad por motivo de la deficiente técnica legislativa empleada en su producción, sobre la base de la potestad que ha determinado la Constitución de la República para que la Corte pueda conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos o autoridades del Estado y de actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública¹²⁹.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, desarrolla la norma constitucional señalando que la Corte Constitucional “ejercerá el control constitucional formal y material sobre las normas legales de origen parlamentario que hayan sido impugnadas a través de una demanda

¹²⁷ Karl, Loewenstein, “Teoría de la Constitución”, segunda edición, (Barcelona: Editorial Ariel, 1979), 31.

¹²⁸ *Ibíd.*, art. 429.

¹²⁹ *Ibíd.*, art. 436.

de inconstitucionalidad”); -y, - “procederá la acción de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo o administrativo de carácter general que vulnere normas constitucionales”¹³⁰

La ausencia de normas jurídicas claras no guarda conformidad con la disposición constitucional del artículo 82 que determina el fundamento del derecho a la seguridad jurídica. Sin embargo, en vista de que los principios que rigen el control constitucional determinan la presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas, la permanencia de las disposiciones del ordenamiento y la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso¹³¹, hemos de entender que la claridad que exige la Constitución para satisfacer el derecho a la seguridad jurídica debe ser la indispensable para que a pesar de la tarea interpretativa que deba hacerse, sea posible saber con certeza el contenido de la norma y los efectos que de este se derivan. Piedad García Escudero comenta que “comprensibilidad o inteligibilidad de la norma serían aquí dos conceptos a manejar al enjuiciar la claridad de las leyes.”¹³² Es decir, la claridad de la norma jurídica estará afectada hasta el punto de producir su inconstitucionalidad, cuando produzca incertidumbre no subsanable con la interpretación natural de su contenido.

Ante la demanda de inconstitucionalidad de una norma por vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica en materia de contratación pública, la Corte ha de encargarse de estudiar la norma en base a los principios y métodos de interpretación que establece la LOGJCC, filtrando aquellos errores u omisiones subsanables del proceso de producción legislativo que si bien es cierto denotan mala técnica legislativa, no tienen la relevancia para determinar la inconstitucionalidad de la norma.

Ya que los efectos de la invalidez que devienen de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma jurídica, pueden ser cuando menos desfavorables para todos los involucrados en su producción y aplicación, una sentencia de la Corte Constitucional declarando la inconstitucionalidad de una ley o norma administrativa por defectos de técnica legislativa, marcaría un precedente de importancia mayor para el ejercicio de la actividad de la Asamblea y de la Administración Pública,

¹³⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [2009], artículos 113 y 135, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

¹³¹ *Ibíd.*, art. 76.

¹³² Piedad, García Escudero, “Técnica Legislativa y Seguridad Jurídica”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, 64.

instando a producir normas claras, de calidad, racionales y coherentes con el resto del ordenamiento.

Libia Rivas Ordoñez, incluso va más allá en la afirmación de la relación directa que existe entre técnica legislativa y control constitucional cuando comenta:

[...] la técnica legislativa constituye una herramienta fundamental en el proceso de elaboración de las normas, la cual no solo asegura el principio de seguridad jurídica, como ha sido comúnmente concebida, sino, principalmente, el principio de supremacía constitucional, pues la Norma Fundamental regula, por un lado, desde el punto de vista formal, los órganos con competencia para aprobar las leyes, los requisitos que deberán contener los proyectos de ley, el procedimiento que se debe seguir para aprobar las leyes y, por otro, desde el punto de vista sustancial, los derechos que deben ser respetados y garantizados en las mismas.¹³³

Podemos decir entonces, que la Corte Constitucional actuaría, en los casos de control constitucional de las normas debido a deficiente técnica legislativa empleada en su producción, como un tercero imparcial por la supremacía de la Constitución, en la determinación de la zona de equilibrio entre lo político y lo técnico en favor de la mejora de la calidad de la producción legislativa.

La determinación en la Constitución del deber de la Asamblea Nacional de realizar la *fase postlegislativa* de control, seguimiento y evaluación de las leyes que expide, determinaría una pauta para evitar que el choque entre el liderazgo político y la tarea de legislar genere leyes sin contenido material, es decir, normas simbólicas que apenas replican principios constitucionales más no los desarrollan, sino que dejan a la Administración Pública el poder de regular y reglamentar en base a sus principios una determinada materia, sin pasar por la fase de identificación y análisis de un problema social ni la de estudio de un proyecto normativo que contenga todos los niveles de racionalidad que debe alcanzar la norma. Instancias estas del procedimiento legislativo a las que viene obligada la Asamblea, pero a las que hace falta complementar con la exigencia constitucional del control posterior de eficacia de las normas, lo cual viene a hacer a su vez el control de la calidad de toda la actividad legislativa.

Un gran avance en la búsqueda del equilibrio entre legislar y hacer política se dará entonces cuando la Ley Orgánica de la Función Legislativa recobre su papel de

¹³³ Libia, Rivas Ordoñez y otros, “Técnica legislativa y control constitucional”, en *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa*, compilación, 87-104, (Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, El Telégrafo E.P., 2013-2017), 104.

norma principal luego de la Constitución y se encargue de desarrollar con mayor detalle los elementos que han de considerarse en la fase postlegislativa. No como simple declaración axiológica sino con un auténtico procedimiento de control donde se demuestre el cumplimiento objetivo de las fases prelegislativa y legislativa para la expedición de la ley.

4. Conclusiones

Dado que a lo largo de este trabajo se han podido evidenciar varios de los problemas que afronta la normativa de contratación pública en nuestro país, vinculados a la técnica legislativa empleada en su producción, es oportuno tomar en cuenta las conclusiones que a continuación se presentan como un medio para procurar la mejor calidad y racionalidad del sistema normativo de contratación pública en el Ecuador:

- a. Partiendo del concepto de técnica legislativa propuesto en esta investigación, ha sido pertinente evaluar las normas de contratación pública en nuestro país desde cinco ejes distintos, amplios y vinculados a la correcta producción de la ley. De la convergencia que haya de ellos, depende en gran medida que el producto de la actividad legislativa tenga un nivel de calidad suficiente para atender su fin último cual es el eficaz y eficiente ordenamiento de la vida en sociedad.

En mayor o menor grado de incidencia, se advierte como las deficiencias en la incorporación de estos criterios en la elaboración de las normas jurídicas determina su calidad. Por lo que la técnica legislativa utilizada en su elaboración, requiere que el legislador, así como de los demás sujetos con potestad normativa, miren cada producto de esta actividad como parte de un sistema cuyo adecuado funcionamiento depende del equilibrio, proporción y correspondencia de las piezas que lo conforman.

- b. La incidencia directa y no equilibrada que suelen tener los factores políticos en la creación de las leyes, ha causado el deterioro del sistema jurídico en nuestro país por cuanto se ha dejado relegado el criterio técnico que debe ser la base de toda construcción normativa, no solo en el aspecto lingüístico que en última instancia sería el que se podría superar con menores dificultades, sino que el divorcio entre lo político y lo técnico ha desfigurado la racionalidad jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética de las leyes.

Frente a ello se requiere buscar el equilibrio entre los intereses políticos y la tarea de legislar racionalmente. La dificultad que representa alcanzar ese nivel de madurez política se podría reducir definiendo como ya se ha analizado, una etapa de evaluación posterior de las normas que vendría a evaluar a su vez el trabajo de la actividad legislativa. También es fundamental dar paso al análisis de la constitucionalidad de una norma jurídica desprovista de la más elemental

técnica legislativa en su producción, al punto que produzca incertidumbre no subsanable con la interpretación natural de su contenido.

- c. Como ya se ha señalado en el desarrollo de este trabajo, ni el más elevado nivel de organización y madurez política podría suponer una desvinculación objetiva de la legislatura de los grupos de interés que lideran la sociedad para dar paso al uso puro y simple de la mejor técnica legislativa diseñada a los fines del Estado. Sin embargo, es fundamental buscar el punto de equilibrio por medio del debate y la socialización de los proyectos de ley, para obtener los mejores textos normativos que vayan en beneficio de la mayoría y cuya validez devenga de un elevado nivel de racionalidad al menos en todos los aspectos que la técnica legislativa contempla.
- d. Las consideraciones hechas a la calidad de las normas de contratación pública partiendo por la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al seno de la Asamblea Constituyente de Montecristi, su denominación de orgánica a pesar de que el contenido no corresponde a esa naturaleza, la inobservancia a principios como el de unidad de materia, reserva de ley, legalidad, jerarquía normativa en la regulación que han causado dispersión normativa, sobreproducción e inestabilidad temporal de las normas jurídicas, determina una deficiente calidad de las normas de contratación pública en nuestro país.
- e. Alcanzar niveles adecuados de calidad en la actividad legislativa y por tanto en la producción de las leyes, debe convertirse en un propósito de Estado para cuya consecución se requiere construir una teoría y posterior ciencia de la legislación que se adecue a la realidad jurídica ecuatoriana con suficientes caracteres de racionalidad para la toma de decisiones políticas de calidad y que brinde los conocimientos básicos para definir una técnica legislativa eficaz en la elaboración de normas jurídicas de calidad.
- f. Vinculado de manera directa al tema de la calidad de las normas jurídicas en materia de contratación pública, se encuentra el estudio de los sujetos con potestad normativa que actúan en su expedición y del procedimiento de producción legislativa, debido a que, como se analizó, de quienes expiden las normas jurídicas y del procedimiento que usen para el efecto, depende que se logre la articulación efectiva de las normas entre ellas y con el ordenamiento

jurídico. Además de perfilar con mayor apego al principio de legalidad y reserva de ley, la actividad de producción legislativa de cada uno de los sujetos con potestad o competencia para ello, es necesario que se establezca la etapa postlegislativa con los lineamientos claros por los cuales debe avanzar en su fin cual es la evaluación que ha tenido la ley en la solución del problema planteado y de otras implicaciones que haya podido generar.

- g. Las propuestas planteadas para adecuar el uso de la técnica legislativa a la regulación de contratación pública en el Ecuador son viables y serán útiles en la medida en que se armonice la necesidad de crear leyes racionales con cualquier otro factor que incida sobre la producción normativa, sin perder de vista que la norma debe ser ante todo una construcción técnica, jurídica y política coherente en cada uno de sus ámbitos de racionalidad. A partir de allí, la actividad legislativa y la actividad de crear regulación en general podrían considerarse medios para alcanzar los fines del Estado, tales como el respeto y reconocimiento de los derechos de las personas, la estabilidad de las instituciones, la seguridad y certeza en el Derecho.

Epílogo

A lo largo de este texto he intentado presentar las deficiencias que tiene el marco regulatorio de contratación pública en nuestro país en cuanto a la técnica legislativa utilizada en su elaboración. Para lo cual he procurado abarcar todos los aspectos que refiere el estudio de técnica legislativa y otros vinculados de manera directa con la actividad de legislar. Sobre esa base me he limitado a objetivar mi posición respecto a posibles vías de solución frente al divorcio que afrontan las prácticas de buena técnica legislativa y las normas jurídicas de contratación pública en el Ecuador.

Frente a este análisis, puedo decir que parece ser una idea frecuente y generalizada entre los actores jurídicos, que los problemas originados en la aplicación de una ley, corresponden de manera exclusiva a temas de interpretación. Todos los esfuerzos por superar los obstáculos en el ejercicio del Derecho los ponemos en determinar el sentido exacto que el legislador le quiso dar al conjunto de elementos gramaticales que conforman la ley, sin considerar que en la mayoría de los casos la dificultad para aplicar una norma deviene de las falencias de su elaboración. En torno a las reflexiones planteadas en este texto, puedo decir con suficiente certeza que la pobre técnica legislativa empleada en la creación de las normas jurídicas en materia de contratación pública en nuestro país, es la fuente de la mayoría de problemas que a diario enfrentan los servidores públicos y los ciudadanos en general al querer adquirir y vender obras, bienes y servicios.

La necesidad de implementar la obligación de llevar a cabo la etapa postlegislativa, definiendo las líneas a seguir por el legislador como parte de sus competencias, permitirá articular los elementos de racionalidad que definen una correcta técnica legislativa en la producción de las normas jurídicas de contratación pública, mejorando su calidad y promoviendo el derecho constitucional a la seguridad jurídica en el Ecuador.

La sanción que se espera por parte de la Corte Constitucional declarando la inconstitucionalidad de una norma que vulnere el derecho a la seguridad jurídica por deficiente uso de técnica legislativa en su elaboración al punto que provoque la

incertidumbre jurídica en el destinatario de la disposición normativa, será una muestra de la observancia al principio de supremacía constitucional que rige en nuestro país, no sólo por el reconocimiento del derecho a la seguridad jurídica sino a todos los demás postulados constitucionales que hablan de la creación de la ley, su ámbito de regulación, el procedimiento a seguir y de los derechos y garantías que debe contemplar.

La necesidad de codificar las resoluciones del SERCOP, de aplicar un enfoque de institucionalismo a la producción de las normas, entre otras cuestiones comentadas en este trabajo como mecanismos prácticos y viables para mejorar la calidad y racionalidad del sistema normativo de contratación pública en el Ecuador, no pretenden en modo alguno agotar la cuestión en estudio, sino por el contrario, dejar abierta la invitación a que futuras investigaciones vayan más allá de los aspectos aquí abordados y puedan aflorar nuevas propuestas respecto a la técnica legislativa como una auxiliar en la labor por superar la actual crisis del Derecho.

Bibliografía

➤ Publicaciones

- Alfonso Ruiz, Miguel. *El principio de jerarquía normativa*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8. No. 24. 135-154. Madrid: Universidad de La Rioja, septiembre/diciembre 1988.
- Atienza, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Introducción al Derecho*. Cuarta edición. Barcelona: Barcanova, 1991.
- . *Problemas Lógicos en la teoría y práctica del Derecho*. Madrid: Editorial Fontamara, 2011.
- . *Teoría y técnica de la Legislación*. *Revista Segunda Época*. Vol. 3. No. 7/9, octubre 1987 – septiembre 1988. Madrid: Civitas, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro y Gina, Benavides Llerena. *El desarrollo normativo como garantía de derechos*. Quito: Balana, 2011.
- Bascuñán Valdez, Aníbal. *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*. Segunda edición. Colección de apuntes de clase, número 8. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- Carbonell, Miguel y Susana, Pedroza de la Llave (coordinadores.). *Elementos de Técnica Legislativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Número 44, 2000.
- Díaz, Juan Francisco. *Las Resoluciones del SERCOP*. Paper Universitario. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2016.
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial TECNOS, 2003.
- Fernández, Ramón. *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1998.
- Galiana Saura, Ángeles. *La legislación en el Estado de derecho*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos Tercero de Madrid, Dykinson, 2003.
- . “La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Extranjería.” En *Anuario de Filosofía del Derecho*: 247-71. Tomo XVII. Madrid: Ministerio de Justicia centro de publicaciones - Nueva Época, 2001.

- . *La técnica legislativa: reflexiones discretas sobre el método y el procedimiento*. Madrid: Ministerio de Justicia centro de publicaciones - Nueva Época, 2001.
- . “La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho”, en Sainz, Moreno Fernando (coordinador), *La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho*, 449-462, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2002.
- García, Ernesto y Trevijano Garnica. “El Derecho Público en Iberoamérica”. En Carlos Mario Molina B. y Libardo Rodríguez R., comp., *Sobre el alcance de la nueva regulación en materia de contratación pública en España. (España 87 – 91)*: 135-212. Tomo II. Bogotá: Universidad de Medellín. Editorial TEMIS S.A., 2010.
- García, Pedro J. Hernando. “La técnica legislativa, una aproximación a su regulación en el Derecho Comparado. En *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos Jurídicos*. Cantabria: Universidad de Cantabria. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2002.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I., S.L. Décima edición. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- García - Escudero, Piedad y otros. *Manual de Técnica Legislativa*. Segunda Edición. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Ediecuatorial, 2014.
- . *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* México: Thomson Reuters. Editorial Arazandí, 2011.
- . “Técnica Legislativa y Seguridad Jurídica”, en *Compendio de Técnica Legislativa para la Construcción de las Leyes*, compilación, 49-70. Quito: Editorial Ágora Democrática, 2013.
- García Martínez, María Asunción. *El procedimiento legislativo*. Madrid: publicaciones del Congreso de los Diputados: 1987.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo, Parte general*. Tomo I. Madrid: Editorial TECNOS, 2003.
- Gámiz Parral, Máximo. *Legislar: quién y cómo hacerlo*. Segunda Edición. México: Noriega editores, 2010.
- Gentile Horacio, Jorge. *Derecho Parlamentario*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2008.

- González, Paulina. *Codificación y Técnica Legislativa. Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25. No. 4. 867-895. Santiago: Pontificia Universidad de Chile, octubre/diciembre 1998.
- Jhering, Rudolf Von. *Teoría de la Técnica Jurídica*. Madrid: Biblioteca Universal, 2003.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Autónoma de Nacional de México, 1988.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.
- North, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Pérez Bourbon Héctor. *Manual de Técnica Legislativa*. Primera Edición. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2007.
- Pérez Bourbon, Héctor y Nicolás Rona, *Fortalecimiento y Modernización de los cuerpos Legislativos, Tendencias y ejemplos actuales*. Buenos Aires: Programa de Modernización y Fortalecimiento Institucional, 2005.
- Prieto Sanchis, Luis. “Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI.” En *Anuario de Historia del Derecho Español*, 387-409. La Rioja: Universidad de La Rioja, 2012.
- Quesada, Luis Jimena. *Temas clave de la Constitución Española. Dirección Política del Gobierno y Técnica Legislativa*. Madrid: Editorial TECNOS, 2003.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. 22a. ed., Madrid: Espasa, 2014.
- Rivas Ordoñez, Libia y otros. “Técnica legislativa y control constitucional”, en *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa*, compilación, 87-104. Quito: Editorial el Telégrafo E.P., 2013-2017.
- Rojo Arturia, Luis. *La Edad de la Descodificación*. Barcelona: Bosch Editor, 1992.
- Rotondo. Felipe. *Manual de Derecho Administrativo*. Montevideo: El Foro, 1998.
- Sáinz Moreno, Fernando. “Técnica Normativa: visión unitaria de una materia plural, en Técnica Legislativa a Debate”. En *Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, compilación. Madrid: Editorial TECNOS, 1994.
- , “Problemas actuales de técnica legislativa”, en *El Parlamento. Cuestiones Actuales*, compilación, 55-69. La Rioja: Anuario Jurídico, Universidad de la Rioja, 2013.

Segovia, Andrés. *Nociones de Técnica Legislativa con una propuesta de Manual de Técnica Legislativa*. Ensayo Jurídico. Quito: NINA Comunicaciones, 2013.

Svetaz, María Alejandra. “La calidad de las leyes y la técnica legislativa”. En *Compendio de técnica legislativa para la construcción de leyes*, compilación, 71 – 83. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2013.

Ubertone, Pedro Fermín. *Calidad Legislativa y Norma IRAM 30701*. Buenos Aires: Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa, 2012.

➤ **Normativa**

Constitución de la República del Ecuador [2008]. Registro oficial, No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

Ecuador: Ley de Contratación Pública [1990]. Registro Oficial, No. 501, Quito, 16 de agosto de 1990.

Ecuador: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [2008]. Registro Oficial, Suplemento, No.395, Quito, 4 de agosto de 2008.

Ecuador: Ley Orgánica de la Función Legislativa [2009]. Registro Oficial, No. 642 Quito, 27 de julio de 2009.

Ecuador: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [2009]. Registro Oficial, Suplemento, No. 52, Quito, 22 de octubre de 2009.

Ecuador: Presidencia de la República. “Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” [2009]. Registro Oficial, Suplemento, No. 588, Quito, 12 de mayo de 2009.

Ecuador: Presidencia de la República. “Mandato No.2” [2007]. Estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Quito, 15 de enero de 2007.

Ecuador: Asamblea Constituyente. “Mandato Constituyente No.1” [2007]. Montecristi, 30 de noviembre de 2007.

Ecuador: Asamblea Constituyente [2008]. “Acta No. 093”. Montecristi, 22 de julio de 2008.

➤ **Jurisprudencia**

Ecuador: Corte Constitucional. [Sentencia No. 002-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011.
Caso No. 0034-10-IN.]. Registro Oficial, suplemento, No. 624, 23 de enero de
2012