

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

La constitucionalización del derecho administrativo

Una visión desde los principios constitucionales rectores de la actuación administrativa

Jorge Hugo Carvajal Gaibor

Tutora: Eddy María de la Guerra Zúñiga

Quito, 2020

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Jorge Hugo Carvajal Gaibor, autor de la tesis intitulada “La constitucionalización del derecho administrativo. Una visión desde los principios constitucionales rectores de la actuación administrativa”, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir uno de los requisitos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Jueves, 1 de octubre de 2020

Firma: _____

Jorge Hugo Carvajal Gaibor

CC.: 0201473154

Resumen

En el léxico jurídico-político, la palabra constitucionalización designaba originalmente la dotación de carácter constitucional a una norma o derecho. De ahí que los estudios que presuponían esta acepción se centraban en la descripción formal o histórica de la norma o derecho que había sido incorporado a las constituciones. No obstante, en los últimos años dicha palabra ha adquirido nuevos sentidos que impelen al investigador a trascender la dimensión formal y explorar cómo en la práctica se proyectan las normas constitucionales en el orden jurídico. Esta investigación se inscribe en esta última línea, pero delimita su campo de estudio al ámbito jurídico-administrativo. Para el efecto, de manera preliminar, se efectúa un ejercicio de dilucidación conceptual de ciertas categorías nucleares relacionadas con el objeto de estudio, a la luz de las cuales se explora tanto las modalidades de constitucionalización del derecho administrativo como la interpretación y aplicación concreta de ciertos principios constitucionales por parte de los operadores jurídicos. A este respecto, se presta especial atención a la actuación de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), para lo cual se examina un conjunto de sentencias en las que dicho órgano aborda *expresa y directamente* principios constitucionales torales vinculados con el derecho administrativo. Como resultado del análisis jurisprudencial se pudo determinar que la CCE, en las sentencias analizadas se ha ocupado de dichos principios y aparecen distorsionados, lo cual propicia una grave *desconstitucionalización* del principio de reserva legal. Este predicamento no es baladí, pues la interpretación que realiza la CCE de estos principios constitucionales repercute en todo el orden jurídico y, en virtud del carácter vinculante de sus decisiones, coloca en una clara situación de riesgo a los derechos de los administrados.

Palabras clave: constitucionalización, derecho administrativo, administrado, principio de legalidad, principio de juridicidad, principio de constitucionalidad

A mi familia, con profundo amor y respeto.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar, en especial a mi tutora Dra. Eddy María de la Guerra Zúñiga, y a mi tribunal integrado por la Dra. Lina Parra y el Dr. Francisco Iturralde.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Constitucionalización del derecho administrativo	15
1. Constitucionalización. Aproximación conceptual	15
2. Relaciones entre las acepciones de la palabra constitucionalización	17
3. Constitucionalización del derecho administrativo.....	22
3.1 Principios constitucionales del derecho administrativo.....	23
3.2 Función histórica de los principios del derecho administrativo en el Estado legislativo y su revalorización en el Estado constitucional	25
3.3 Sometimiento de la administración pública al principio de constitucionalidad.....	30
3.4 Irradiación de las normas constitucionales en el derecho administrativo	33
Capítulo segundo: La migración de los derechos a las constituciones y dispositivos de protección	37
1. Análisis histórico-conceptual de la palabra constitución. Constitucionalización de los derechos fundamentales	37
2. La sugestiva “metáfora arbórea” de Casca. Antecedente histórico de la concepción estricta de constitución	41
3. Los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008. Estatus especial y reforzado	44
3.1 Doctrinas de la “sustitución” y de la “estructura básica”	47
3.2 Doctrinas de los “límites implícitos” y de los “límites lógicos”	52
3.3 Jerarquías axiológica y material	53
Capítulo tercero: La constitucionalización del derecho administrativo desde la óptica de sus principios rectores	59
1. Breve reflexión sobre los rasgos históricos del constitucionalismo ecuatoriano	59
2. Definición de derecho administrativo.....	66
3. Efectos de la constitucionalización de los derechos en la administración pública y el derecho administrativo.....	69

4. Análisis doctrinal, jurisprudencial y legal de los principios constitucionales retores de la actuación administrativa.....	73
4.1 Principios de legalidad y de constitucionalidad	74
4.2 Principio de juridicidad y doctrina de la vinculación positiva de la administración pública.....	76
4.3 Principios organizativos de la administración pública	79
4.4 Principio de legalidad	83
4.4.1 La consulta de constitucionalidad como potencial dispositivo de constitucionalización del derecho administrativo.....	86
4.4.2 Aplicaciones concretas del principio de legalidad	93
4.5 Principio de reserva de ley.....	98
4.5.1 Reservas de ley absoluta y relativa	100
4.5.2 La flagrante conculcación del principio de reserva legal en materia policial disciplinaria	105
Conclusiones.....	109
Bibliografía.....	113

Introducción

La palabra “constitucionalización” no es inédita en el lenguaje jurídico-político; no obstante, en los últimos años ha adquirido nuevos sentidos que la han enriquecido. Es de notar que esta palabra, a diferencia de otras que diacrónicamente experimentan un desplazamiento semántico, no ha perdido su significado primigenio,¹ sino que ha obtenido otros. Precisamente, esta ambigüedad semántica dificulta la aproximación al fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo, puesto que aquella puede darse desde una triple perspectiva: i) estudiar los principios atinentes a esta rama del derecho público que los ordenamientos jurídicos han dotado de rango constitucional; ii) examinar el progresivo sometimiento de la administración pública al principio de constitucionalidad, y, iii) explorar la impregnación o irradiación de las normas constitucionales en el derecho administrativo.

Cada perspectiva investigativa presupone uno de los significados de la palabra constitucionalización; sin embargo, se considera que la primera de ellas, al centrarse en un análisis formal, no es suficiente para evaluar el verdadero impacto o proyección de las normas constitucionales en el derecho administrativo. De ahí que este trabajo no se limite a enunciar cuáles son los principios cardinales vinculados con la órbita jurídico-administrativa, y que la Constitución de la República del Ecuador del 2008 (CRE) confiere carácter constitucional, sino que procura indagar cómo los operadores jurídicos han interpretado y aplicado tales principios en la praxis forense. Para estos efectos se ha recurrido primordialmente a un conjunto de sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), no solo porque constituye el máximo órgano de interpretación de la CRE, sino porque es quien está llamada a liderar el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, uno de los conceptos clave del presente objeto de estudio es el término “constitucionalización”, es así como en el capítulo primero se ofrece un breve análisis semántico que permite identificar cada una de sus acepciones. Este ejercicio de dilucidación teórica no es superfluo, pues arroja luz sobre las diversas modalidades de constitucionalización del derecho administrativo. Como se observará, cada una de ellas si bien conceptualmente pueden ser escindidas, en la práctica interactúan.

¹ Significado que por cierto se encuentra recogido en el Diccionario de la Lengua Española (DLE).

Sobre la base de ese aparato conceptual mínimo, en el capítulo primero también se aborda a grandes rasgos cuáles han sido los órganos que han desarrollado o adaptado ciertos principios medulares del derecho administrativo, y que en los últimos años han sido elevados a rango constitucional. Además, se examina como la administración pública otrora exenta del control judicial, progresivamente, se ha visto sometida al principio de constitucionalidad. Al final de dicho capítulo se explora la proyección y condicionamiento de la fórmula definitoria del Estado en los diversos tipos de actividad administrativa.

En el capítulo segundo, en cambio, se presta especial atención a la migración progresiva de los derechos a las constituciones. Se trata de una cuestión central para el objeto de estudio de este trabajo, puesto que la irradiación expansiva de las normas constitucionales al ordenamiento jurídico, y en particular al derecho administrativo, no puede entenderse sin la *(re)materialización* de las constituciones. A este respecto, se explora un interesante debate que se suscitó en las postrimerías del siglo XVIII sobre la incorporación o no de una *declaración de derechos* en el cuerpo principal de la Constitución estadounidense. Como se precisará, dos concepciones de constitución alternativas subyacen a ambas posiciones.

Ahora bien, en la actualidad, no solo que se admite mayoritariamente que las constituciones deben contener un catálogo de derechos más o menos generoso, sino que se les asigna una protección especial y/o reforzada. En este sentido, en el capítulo segundo se reflexiona sobre los dispositivos o doctrinas que algunos ordenamientos jurídicos han adoptado para proteger a los derechos de los administrados. Así, se estudia tanto las *cláusulas pétreas* que incorpora la CRE como la noción de los *límites implícitos* que fundamenta las doctrinas de la *sustitución* y de la *estructura básica*, las mismas que han sido desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema india, respectivamente.

Finalmente, en el capítulo tercero se expone una visión general sobre los rasgos históricos del constitucionalismo ecuatoriano, para luego analizar los principales efectos de la constitucionalización de los derechos respecto de la administración pública y del derecho administrativo en general. Por añadidura, se presta especial atención a cómo ciertos principios constitucionales vinculados con el ámbito jurídico-administrativo han sido no solo distorsionados por la Corte Constitucional ecuatoriana sino incluso *desconstitucionalizados*.

Capítulo primero

Constitucionalización del derecho administrativo

Resulta fundamental la investigación para profundizar sobre los conceptos jurídicos existentes respecto de la palabra “constitucionalización”, su forma de empleo, sus sentidos, sus relaciones conceptuales a fin de clarificar su rol dentro del presente capítulo.

1. Constitucionalización. Aproximación conceptual

En el lenguaje jurídico-político la palabra “constitucionalización” se emplea por lo menos en cuatro sentidos. En primer lugar, designa la acción y efecto de conferir rango constitucional a una regla, principio o derecho.² En países con constituciones *soberanas* únicamente el poder constituyente puede realizar esta actividad. En cambio, en aquellos en donde rigen constituciones flexibles o rígidas se abre la posibilidad a los poderes constituidos.³ En este último caso, por lo general, es en el parlamento en quien recae la facultad de dotar de carácter constitucional a una regla, principio o derecho, ora mediante el procedimiento legislativo ordinario (constituciones *flexibles*), ora por un procedimiento especial (constituciones *rígidas*).⁴

En segundo lugar, la palabra constitucionalización refiere a la adopción de una primera constitución escrita o *codificada* en un país que carecía de ella. A diferencia de Guastini,⁵ se agrega el rasgo de codificada, pues cuando los académicos o actores políticos promueven en Gran Bretaña o Israel la introducción de una constitución, no lo hacen porque consideren que sus ordenamientos jurídicos no dispongan de una

² Esta acepción es la única que recoge el Diccionario de la lengua española (DLE).

³ Una constitución es *soberana* cuando se reserva al poder constituyente (originario) la facultad modificarla o sustituirla, y es *rígida* cuando si bien se habilita a un poder constituido la posibilidad de alterar la constitución, esta fija un procedimiento diferente y más complejo que el empleado para dictar las leyes ordinarias. Cf. K.C. Wheare, “Cómo pueden clasificarse las Constituciones”, en *Las constituciones modernas* (Barcelona: Labor, 1971), 27; James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015), 59.

⁴ En ocasiones se asimila el concepto de rigidez constitucional con la *irreformabilidad* jurídica; sin embargo, el concepto de rigidez implica más bien una “cualidad graduable” de la constitución. Esto es, una constitución puede ser más o menos rígida según “el grado de complejidad del procedimiento de reforma constitucional”. Cf. Riccardo Guastini, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, en *Estudios de teoría constitucional* (Ciudad de México: Fontamara, 2013), 183. En este sentido, Badeni expone que “[j]unto a las constituciones rígidas y flexibles, existe una tercera categoría: las constituciones pétreas. Una constitución pétrea es aquella cuyas disposiciones no pueden ser reformadas jurídicamente [...]”. Cf. Gregorio Badeni, “La constitución”, en *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I (Buenos Aires: La Ley, 2006²), 69. Énfasis añadido.

⁵ Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento”, en *La sintaxis del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 175.

constitución escrita, sino más bien porque advierten que esta se encuentra *dispersa* en distintos documentos o leyes fundamentales.⁶ Así, por ejemplo, Timothy Garton Ash expone:

Por supuesto, la constitución actual de Gran Bretaña no está verdaderamente ‘no escrita’, como suele sugerirse; está escrita en un centenar de trozos, unidos por una cinta adhesiva que ya amarillea y por la cola resquebrajada de la tradición. *Unir todo ello en un solo texto manejable, escrito en una prosa lúcida y enérgica, que haga explícito lo implícito y resuelva las omisiones y las contradicciones internas mediante reformas, sería un gran paso adelante.*⁷

En tercer lugar, la palabra constitucionalización denota el proceso de sometimiento de *todas* las formas de actuación del poder público a la disciplina de las normas constitucionales.⁸ Justamente a este proceso se refieren los autores cuando estudian la transformación de un *Estado absolutista* en un *Estado constitucional*. En contraste con el primer tipo de Estado, en el segundo se instituye tanto un sistema de separación y control recíproco de poderes como un conjunto de límites a toda la acción estatal.⁹ Algunos autores conciben el Estado constitucional como una transformación y/o superación del Estado de derecho,¹⁰ lo cual es cierto siempre y cuando se identifique este último con el Estado legislativo; sin embargo, si no se tiene esa visión tan restringida, un Estado constitucional no deja de ser un Estado de derecho, solo que en este caso la constitución destrona a la ley como “la medida” suprema. En este orden de ideas, Díaz esgrime que:

Si el Estado de Derecho es (así democráticamente entendido) imperio de la ley, resulta evidente que aquél es y habrá de ser por encima de todo *imperio de la ley fundamental*, imperio de la Constitución. Desde este punto de vista resulta obvio (casi tautológico) que todo Estado de Derecho es Estado constitucional de Derecho. El poder legislativo, poder prevalente [...] en el ámbito del poder constituido, es y debe ser un poder, a su vez, subordinado a la Constitución [...].¹¹

⁶ Aunque no faltan autores que manejan una concepción *restringida* de constitución (*i.e.* un texto solemne y codificado). Precisamente, esta posición conduce a Oyarte a decir “que existen regímenes constitucionales que carecen de Constitución, tales los casos de Inglaterra y de Israel”. Cf. Rafael Oyarte, *Derecho constitucional* (Quito: CEP, 2019), 48. Para una taxonomía de las constituciones, dentro de la que se incluyen las constituciones codificadas, no codificadas (o dispersas) e intermedias, vid. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 246-7.

⁷ Timothy Garton Ash, “Reino Unido necesita una Constitución”, *El País*, 30 de mayo de 2009, párr. 14, https://elpais.com/diario/2009/05/30/opinion/1243634411_850215.html. Énfasis añadido.

⁸ Martin Loughlin, “What is Constitutionalisation?”, en *The Twilight of Constitutionalism?*, ed. Petra Dobner y Martin Loughlin (New York: Oxford University Press, 2010), 47.

⁹ Los límites por antonomasia son los *derechos fundamentales*.

¹⁰ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 2011), 21-45.

¹¹ Cf. Elías Díaz, “Prólogo a la novena edición”, en *Estado de Derecho y sociedad democrática* (Madrid: Taurus, 2010), loc. 13, edición electrónica. Énfasis añadido. Vid. también Ernst-Wolfgang

En cuarto y último lugar, la palabra constitucionalización significa el proceso de impregnación del ordenamiento jurídico por las normas constitucionales.¹² Esta acepción es la más reciente, pues presupone ciertos rasgos sobre las constituciones y los derechos fundamentales que solamente luego de la segunda posguerra se han ido consolidando. Me refiero primordialmente a los siguientes: i) la naturaleza jurídica de la constitución,¹³ ii) la rematerialización constitucional,¹⁴ iii) la función jurídico-objetiva de los derechos fundamentales¹⁵ y iv) la centralidad de la función judicial.

2. Relaciones entre las acepciones de la palabra constitucionalización

Hasta el momento se ha estudiado a grandes rasgos cuatro sentidos del término constitucionalización. Como se ha visto, cada uno de ellos se mueven en niveles diferentes y en cada caso intervienen actores distintos. Desde luego, esto no supone que no exista un efecto recíproco. En los dos primeros niveles se puede ubicar a la constitucionalización asociada tanto con la *introducción* de una primera constitución escrita o codificada como con la *adscripción* de rango constitucional de una regla, derecho o principio. Ambos niveles se superponen cuando el poder constituyente adopta la primera o una nueva constitución; sin embargo, se escinden cuando se deja abierta la posibilidad de que un poder constituido modifique el texto constitucional (*poder de reforma*).¹⁶

Böckenförde, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Madrid: Trotta, 2000), 45.

¹² Louis Favoreu, “La constitucionalización del derecho”, en *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001).

¹³ Giorgio Pino, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo* (Puno: Zela, 2018), 35.

¹⁴ Este fenómeno alude a la incorporación *in crescendo* de contenidos materiales o sustantivos en las constituciones. *Vid.* Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid: Trotta, 2013), 26-7.

¹⁵ Konrad Hesse, “El significado de los derechos fundamentales”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 157.

¹⁶ En la teoría constitucional no existe uniformidad en cuanto a la denominación del poder constituido habilitado por la propia constitución para su modificación. Así, se le asigna los siguientes nombres: poder de reforma, poder de enmienda, poder de revisión, poder constituyente secundario, poder constituyente constituido, poder constituyente instituido o poder constituyente derivado. Con independencia de su denominación, y a diferencia del poder constituyente *tout court*, el poder de reforma es un poder constituido, puesto que se encuentra previsto y regulado formal y/o materialmente por la propia constitución y es ejercido por un órgano creado por ella (se trata de una criatura constitucional).

El tipo de disposiciones que se plasmen en una constitución por el poder constituyente o el poder de reforma incide en los siguientes dos niveles. Por ejemplo, los efectos de la constitucionalización difieren si se adopta una *constitución formal* o una *constitución mixta* (formal-material); esto es, una constitución que recoge tanto normas de organización y procedimiento como normas de contenido.¹⁷ Se podría aducir que bajo el primer modelo de constitución los efectos se despliegan en el sistema político, pero débilmente en el ordenamiento jurídico. La razón estriba en que las disposiciones constitucionales que se incorporan en una constitución formal se encargan de regular *primariamente* la estructura de gobierno, con lo cual sus principales destinatarios son los órganos públicos; y dentro de estos, de manera especial, el órgano legislativo, el cual ve condicionada tan solo *formalmente* su producción normativa.¹⁸

En contrapartida, bajo el segundo modelo de constitución los efectos se extienden e intensifican respecto del ordenamiento jurídico. Esto se fundamenta en que las disposiciones constitucionales no se limitan a regular la estructura de gobierno, con lo cual se amplían los destinatarios de las normas constitucionales, pues ya no son exclusivamente los órganos públicos sino incluso los particulares quienes pueden invocarlas en toda clase de conflictos jurídicos.¹⁹ Además, la misma apertura semántica de las normas de contenido incide en su fuerza expansiva sobre todo el ordenamiento jurídico, la cual se ve robustecida cuando se reconoce el *principio de aplicación directa de la constitución*.²⁰ En este caso, las normas constitucionales operan como auténticas *normas de decisión*, a las cuales deben recurrir las autoridades administrativas y/o judiciales en controversias concretas, con independencia de su grado de abstracción y sin que se supedite su aplicabilidad a su desarrollo previo en normas infraconstitucionales (*interpositio legislatoris*).

Por lo que se refiere al órgano legislativo, el ámbito de actuación resulta delimitado también *materialmente*, con lo cual su espacio de discrecionalidad respecto de algunos contenidos se ve suprimido o reducido en mayor o menor medida. Sin duda, los

¹⁷ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 2015), 28.

¹⁸ Este modelo de constitución regula el *quién* y el *cómo*, pero no el *qué* se puede o no decidir. Cf. Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2004), 51.

¹⁹ Con base en el principio *iura novit curia*, en algunos ordenamientos jurídicos se prevé que aun cuando los particulares no invoquen expresamente las disposiciones constitucionales pertinentes, las autoridades judiciales y/o administrativas se encuentran obligadas a aplicar *ex officio* aquellas que correspondan al caso *sub examine*.

²⁰ Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “El ordenamiento administrativo. La Constitución como norma jurídica”, en *Curso de derecho administrativo* (Bogotá-Lima: Temis-Palestra, 2008), 1:86.

contenidos que se sustraen o restringen al parlamento varían según la constitución de cada país. A modo ilustrativo, en el numeral 3.2 del artículo 41 de la Constitución de Irlanda, hasta 1995, se contemplaba expresamente la prohibición de que el cuerpo legislador dicte “ley alguna” que prevea el divorcio.²¹ En cambio, en 1992 entró en vigor la vigesimoséptima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Según esta enmienda toda ley que modifique la remuneración de los miembros del Congreso, “tendrá efecto hasta después de que haya tenido lugar una elección de Representantes”.²² Como se aprecia, mientras al legislador estadounidense no se le prohíbe dictar una ley sobre dicha materia, sino que se restringe su eficacia temporal; al legislador irlandés, por muchos años, se le sustrajo de su ámbito de decisión toda ley relativa al divorcio.

No obstante, los parámetros de validez constitucional que establecen el poder constituyente o el poder de reforma no siempre son tan concretos como los ejemplos precedentes. En efecto, un significativo número de disposiciones constitucionales son “ambiguas, vagas, contradictorias, insuficientemente explícitas o incluso silenciosas en cuanto a las disputas constitucionales que los jueces deben resolver”²³ o respecto de lo que el parlamento puede o no decidir. En esta línea, en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se dispone que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.²⁴ En análogo sentido, el artículo 53.1 de la Constitución española establece que únicamente mediante ley podrá regularse el ejercicio los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, y “que en todo caso deberá respetar su contenido esencial”.²⁵ Pero ¿qué se entiende por derecho fundamental y por contenido esencial?

La respuesta a la interrogante formulada difícilmente deriva tan solo de los propios textos constitucionales. De hecho se trata de conceptos que la doctrina y la

²¹ Lola Galán, “Sí al divorcio en Irlanda por sólo 9000 votos”, *El País*, 26 de noviembre de 1995, https://elpais.com/diario/1995/11/26/internacional/817340420_850215.html. La disposición original de la Constitución irlandesa (1937) establecía: “No se elaborará ley alguna que prevea la disolución del matrimonio”. Cf. Irlanda, *Constitución de Irlanda*, 1 de julio de 1937, <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/IrelandSp.pdf>

²² Esta es la más reciente enmienda ratificada, aunque fue propuesta por Madison en 1789. Cf. Luis Grau, *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas 1787-1992* (Madrid: Universidad Carlos III, 2010), 331.

²³ Jeffrey Goldsworthy, “Constitutional Interpretation”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds. Michael Rosenfeld y Andrés Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), doi: 10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0034; la traducción me pertenece.

²⁴ Alemania, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, 23 de mayo de 1949, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

²⁵ España, *Constitución española*, 27 de diciembre de 1978, <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

jurisprudencia han desarrollado en las últimas décadas sin que se haya alcanzado un acuerdo unánime. De ahí que en el discurso constitucional más bien convivan y compitan concepciones disímiles en torno a ellos. Por ejemplo, acerca de los derechos fundamentales existen teorías materiales, estructurales y formales.²⁶ En lo que concierne a la garantía del contenido esencial hay teorías subjetivas, objetivas o mixtas.²⁷

Lo anterior saca a la luz que la constitucionalización de este tipo de categorías antes que un punto de llegada, constituye un factor desencadenante de un debate incesante entre los operadores jurídicos. Lo mismo sucede respecto de los valores y principios que reconocen las constituciones. A decir verdad, se trata de una cuestión inevitable que se fundamenta en el “carácter lapidario y del todo fragmentario, desde el punto de vista de la técnica legal” de preceptos constitucionales que carecen “de un único sentido material”.²⁸ Ciertamente, no se puede argüir que tales conceptos jurídicos indeterminados sean simples fórmulas vacías que admiten cualquier sentido que le asignen los intérpretes, pero sí que su interpretación presupone determinadas asunciones de fondo vinculadas con una concepción del Estado, una teoría de la constitución, una teoría de los derechos fundamentales o, en términos más comprensivos, una concepción iusfilosófica.²⁹

Ahora bien, interesa subrayar que la formulación en las constituciones de una constelación de valores y principios *prima facie* antagónicos e indeterminados no siempre es producto de un defecto de técnica normativa o incoherencia del constituyente, sino que es resultado del pluralismo que caracteriza a las sociedades actuales. Por añadidura, aun cuando esto ponga de manifiesto que el diseño constitucional responde a una cuestión contingente, en la praxis la apertura semántica favorece a la permanencia de una constitución en el tiempo, debido a que disposiciones circunstanciadas tienen poca capacidad de adaptación a los cambios sociales, por lo que sería inevitable recurrir a reformas constitucionales frecuentes.³⁰ A más de que una constitución que ofrece un

²⁶ Para una aproximación crítica a estas teorías, *vid.* Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 18-22 y 46-49.

²⁷ Sobre las teorías objetivas y subjetivas del contenido esencial, *vid.* *Ibíd.* 257-62. Para un estudio crítico de la teoría mixta, *vid.* Carlos Bernal Pulido, “Las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 536-52.

²⁸ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 44-5.

²⁹ Jesús Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa*, n.º 41 (2018): 138, doi: 10.14198/DOXA2018.41.07

³⁰ Francisco Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, n.º 15-16 (1994): 639, doi: 10.14198/DOXA1994.15-16.31

marco abierto permite encauzar distintos proyectos políticos, con lo cual se impide que se proscriba el juego democrático-deliberativo.³¹

Cabe indicar que con lo anterior no se quiere decir que la constitución deba contener solo *compromisos dilatorios*³² y eludir la toma de *decisiones políticas fundamentales*. Es más, sin estas últimas no existiría, en estricto sentido, una constitución, pues el constituyente al no definir al menos el régimen político, la forma de gobierno y el modelo de Estado, dejaría estas cuestiones políticas básicas en manos de las volubles mayorías parlamentarias.³³ Así pues, una constitución debe ser tanto un *orden fundamental* como un *orden marco*; esto es, decidir inmediatamente sobre aspectos esenciales, pero también dejar abiertos “márgenes de acción” a la ciudadanía y a los poderes públicos.³⁴

En este contexto, es de suma importancia que en la constitución exista un equilibrio entre ambas modalidades de orden, pues no es adecuado que se atrinchere y/o decida *ex ante* sobre todo tipo de cuestiones. En efecto, desde el punto de vista de ingeniería constitucional, la constitución no es el lugar para asuntos no esenciales o sobre los que prima un desacuerdo profundo y persistente en la sociedad, a saber: matrimonio entre parejas del mismo sexo, aborto, eutanasia, adopción homoparental, entre otros. Estos asuntos peliagudos deberían dejarse más bien para que se pronuncien *ex post* los diversos actores políticos y sociales a través de una deliberación pública y democrática.³⁵ La inclusión de cuestiones accesorias o espinosas en la constitución pone en riesgo las cuestiones esenciales; en razón de que, en la práctica, el primer tipo de cuestiones exigen reformas frecuentes a la constitución, con lo cual se “aminora la invulnerabilidad y estabilidad del conjunto”.³⁶

³¹ En este sentido, Pérez Royo manifiesta: “La función del Derecho Constitucional es la de ofrecer un cauce al proceso de autodirección política de la sociedad”. Cf. Javier Pérez Royo, “El Derecho Constitucional”, en *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 43.

³² Se denominan *compromisos dilatorios*, pues los constituyentes buscan “encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibológica la cuestión litigiosa misma”, con lo cual se *aplaza* la decisión y deja “abiertas las más distintas posibilidades y significados”. Cf. Carl Schmitt, “El concepto positivo de Constitución”, en *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 2011), 69.

³³ Por esta razón Schmitt, al referirse a la Constitución de Weimar, sugiere que si esta “no contuviera más que tales compromisos dilatorios, sería ilusorio su valor y habría que convenir en que las decisiones políticas fundamentales recayeran *fuera* de los procedimientos y métodos constitucionalmente previstos”. Cf. *Ibid.*, 72.

³⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 520.

³⁵ Waldron observa que “[e]l desacuerdo *ex ante* augura irrazonabilidad *ex post*”. Cf. Jeremy Waldron, “Desacuerdos y precompromiso”, en *Derecho y desacuerdos* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 327.

³⁶ Werner Käggi, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado* (Madrid: Dykinson, 2005), 100.

3. Constitucionalización del derecho administrativo

A partir de la dilucidación de las distintas acepciones del concepto de constitucionalización y de sus correspondientes relaciones es posible tener mayor claridad sobre el objeto de estudio de esta tesis. Es preciso indicar que las investigaciones acerca de este tópico pueden oscilar o incluso englobar cada una de las modalidades de constitucionalización esbozadas en el primer apartado. De esta manera, se puede: i) estudiar los principios del derecho administrativo a los que un ordenamiento jurídico ha dotado de rango constitucional;³⁷ ii) examinar el progresivo sometimiento de la administración pública al principio de constitucionalidad;³⁸ o iii) explorar la impregnación o irradiación de las normas constitucionales en la parte general del derecho administrativo o en un sector específico de este.

Como se reflexionó arriba, cada uno de estos fenómenos se asocia con un sentido de la palabra constitucionalización, y si bien se los puede diferenciar desde una óptica conceptual, en la praxis se configura una vinculación recíproca. Ahora bien, interesa relieves que un estudio puede versar sobre la constitucionalización (formal) de ciertos principios del derecho administrativo, pero sin extender su análisis a cómo el principio de constitucionalidad ha afectado en la praxis la actuación de la administración pública o a cómo se han proyectado las normas constitucionales en la dinámica del derecho administrativo. Para el primer caso sería suficiente el examen del texto constitucional o de los factores que incidieron en la elevación a rango constitucional de un principio determinado; en cambio, para evaluar el impacto constitucional en la administración pública o en el orden jurídico-administrativo se requiere también del análisis del derecho legislado y judicial.

Precisamente, esta es la razón por la que en esta tesis se recurre no solo al texto constitucional, sino a materiales legales y jurisprudenciales que nos permitan arrojar luz sobre el impacto de las normas constitucionales en el derecho administrativo ecuatoriano. En todo caso, será en el capítulo tercero cuando dedique mi atención a este tema. En lo

³⁷ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El marco constitucional del derecho administrativo (el derecho administrativo constitucional)”, en *AFDUC*, n.º 15 (2011).

³⁸ Antonio Manuel Peña Freire, “La garantía frente a los actos de la administración”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (Madrid: Trotta, 1997), 274 y ss.

que sigue, simplemente, intentaré dibujar a grandes pinceladas como se manifiesta cada una de las modalidades de constitucionalización en el derecho administrativo.

3.1 Principios constitucionales del derecho administrativo

Los principios del derecho administrativo reconocidos en las constituciones tienen un origen primariamente pretoriano o doctrinal, y un importante número de ellos surgieron paradójicamente en la época de mayor esplendor del Estado legislativo. Se dice paradójico, pues, como se sabe, este modelo de Estado prospera en un contexto histórico donde impera la idea de supremacía parlamentaria, la cual alcanzó su culmen en el siglo XIX con el *movimiento codificador* que pretendía la configuración de un orden jurídico completo, coherente, preciso y de origen legislativo. De ahí que se subraye que “[e]l ideal codificador no sólo se guía por un criterio de exhaustividad material, sino que presenta también una vocación excluyente”.³⁹ Excluyente por su aspiración a monopolizar la producción normativa en el legislador y “evitar todo margen de discrecionalidad al juez en el momento de aplicar el código”.⁴⁰

Los motivos prácticos que impulsaron este movimiento fueron heterogéneos. Así pues, se percibió a la codificación como un medio para unificar territorios, restringir la discrecionalidad de unos tribunales integrados por miembros de la propia aristocracia o que defendían sus intereses y favorecer el comercio a través de un derecho uniforme.⁴¹ Ciertamente, también incidieron razones filosóficas e ideológicas vinculadas con el iusnaturalismo racionalista y con la concepción rousseauiana de la ley como expresión de la voluntad general.

Ahora bien, la pretensión regulativa omniabarcante del legislador, aún en sus mejores tiempos, se enfrentó con una cruda y perenne realidad, y fue su incapacidad para prever soluciones para un conjunto de problemas jurídicos nuevos, lo cual provocó que en la práctica, a pesar de la promulgación de cuerpos legales exhaustivos, los jueces se enfrenten con supuestos de hecho no regulados o insuficientemente regulados por la ley.

³⁹ Luis Prieto Sanchís, “Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 82 (2012): 391, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=H_ANUARIO_DE_HISTORIA_DE_L_DERECHO_ESPA%D1OL

⁴⁰ Beatriz Bernal Gómez, “El derecho en la modernidad. El movimiento codificador en Europa y América”, en *Historia del derecho* (Ciudad de México: Nostra Ediciones, 2010), 164-5.

⁴¹ Peter G. Stein, “El Derecho romano y la codificación”, en *El Derecho romano en la historia de Europa* (Madrid: Siglo Veintiuno, 2001), 153-4.

Esto aunado con la prohibición expresa a los jueces de suspender o denegar la administración de justicia “por oscuridad o falta de ley”, los forzó a que empleen *principios no escritos* para mitigar el déficit regulativo.

El conocido fenómeno de *motorización legislativa* no hizo más que agravar el problema, pues el legislador, en su afán de colmar las lagunas o solventar situaciones de subregulación, generó de modo incremental *antinomias* en el ordenamiento jurídico que en algunos casos resultó insolubles.⁴² Este escenario jurídico no solamente complicó aún más la tarea de los jueces, sino también la actividad diaria de los propios ciudadanos, quienes se enfrentaron a un torrente legislativo que reforzó el “carácter ilusorio” de la conocida presunción de conocimiento de la ley.⁴³ Esto dio lugar a que el juez, al momento de resolver casos concretos, se viera obligado a recurrir a principios generales del Derecho inclusive “en los períodos de máxima dominación de la ideología del Estado legal”,⁴⁴ tanto con el objetivo de subsanar las lagunas legales existentes como para dotar de unidad y cierta estabilidad a esa abigarrada y voluble producción legislativa.

A la vista de lo anterior, es preciso matizar la afirmación respecto a que el Estado legislativo fue un modelo exclusivamente de *reglas*, y que el Estado constitucional es un modelo predominantemente de *principios*.⁴⁵ Tampoco resulta acertada la común descripción de los órganos judiciales en el Estado legislativo, puesto que el juez “no ha correspondido nunca a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción -«*la bouche qui prononce les paroles de la loi*»”.⁴⁶ Sin duda, sería ingenuo

⁴² Las antinomias insolubles o reales “son aquellas en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios dados”. Cf. Norberto Bobbio, “Coherencia del ordenamiento jurídico”, en *Teoría general del derecho* (Bogotá: Temis, 2007), 195.

⁴³ Ferrajoli alude a esta situación en la esfera penal, pero resulta extrapolable a otros sectores de profusa y lábil producción normativa. Cf. Luigi Ferrajoli, “El subsistema penal ordinario”, en *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid: Trotta, 1995), 714.

⁴⁴ Santiago Muñoz Machado, “La constitucionalización de la legalidad”, en *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: Los principios de constitucionalidad y legalidad* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 3:107.

⁴⁵ Asimismo, “[e]s equivocado (como se lo suele hacer) presentar la ponderación como un tipo de argumento opuesto a la subsunción”, puesto que, rectamente entendida “la ponderación es un razonamiento en dos pasos: en el primero se pasa de los principios a las reglas y, una vez obtenida la regla, se procede, en un segundo paso, a subsumir el caso en la regla; o sea, de la ponderación (bien entendida) forma parte también la subsunción”. Manuel Atienza, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa*, n.º 34 (2011): 80, doi: 10.14198/DOXA2011.34.04

⁴⁶ Otto Bachof, *Jueces y Constitución* (Madrid: Civitas, 1985), 24. Énfasis original. Esta imprecisa idea se ha tornado en un tópico para distinguir el Estado legislativo del Estado constitucional. Por ejemplo, la Corte Constitucional ecuatoriana, en una de sus primeras sentencias, señalaba que “el juez, en el Estado Constitucional de los derechos, no es ya, la ‘boca muda de la ley’, sino el ‘el cerebro creador y concretizador de la Constitución’ [...]”. Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC”, en *Casos No: 0005-08-IC y 0009-08-IC*, 10 de diciembre de 2008, 8-9.

ignorar el importante papel que han adquirido los principios y los jueces en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, pero es inexacto ocultar la función que cumplieron incluso antes.

3.2 Función histórica de los principios del derecho administrativo en el Estado legislativo y su revalorización en el Estado constitucional

Desde luego, aquí no se pretenderá abordar la totalidad de los principios que las constituciones han dotado de valor constitucional sino referirme a aquellos relativos al derecho administrativo. Estos principios, en el Estado constitucional, cumplen al menos cuatro funciones respecto de esta rama jurídica: i) son el fundamento sobre el que se edifica; ii) orientan e informan el proceso creativo; iii) ayudan a encontrar soluciones justas en el proceso aplicativo en caso de lagunas o insuficiencias de la ley, y iv) dan sentido unitario a las instituciones y categorías jurídico-administrativas.

Lógicamente, cada sistema constitucional construye un marco de principios que estructura, delimita e influye de modo diferente en el desarrollo del derecho administrativo de cada país. Además, ciertos principios pueden afectar su *parte general* o tan solo sectores concretos que integran su *parte especial*.⁴⁷ De hecho, como se ha visto en los últimos años la fragmentación *in crescendo* de esta rama jurídica ha incidido en el surgimiento de múltiples áreas dentro de las cuales se han articulado algunos principios específicos.

Merece especial referencia el derecho ambiental, pues, a pesar de constituir un área relativamente nueva, presenta todo un corpus de reglas, principios y conceptos con un alto grado de especificidad. Justamente, su reciente desarrollo repercute en que sean más bien pocas las constituciones que reconozcan directamente sus principios más relevantes. A este respecto, es digno destacar la *Carta del Medio Ambiente* incorporada en el 2005 a la Constitución francesa de 1958. Aquí se confiere rango constitucional a los principios de prevención (art. 3), reparación de los daños ambientales (art. 4), de

⁴⁷ “La *parte general del derecho administrativo* comprende aquellos principios, conceptos e institutos jurídicos válidos para todos los sectores del derecho administrativo”. En cambio, “la *parte especial del derecho administrativo* engloba la regulación de los distintos sectores de actividad de la administración”. Vid. Harmut Maurer, *Derecho administrativo alemán* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), 38. Énfasis añadido.

precaución (art. 5), de desarrollo sostenible (art. 6) y de participación en las “decisiones públicas con incidencia en el medio ambiente” (art. 7).⁴⁸

Existen asimismo principios constitucionales que hoy integran el tronco común de todos los sectores de derecho administrativo, los cuales, como se ha sugerido, fueron desarrollados prevalentemente en el campo jurisprudencial y doctrinal. Su origen no debería llamar la atención, pues si incluso la codificación exhaustiva del derecho civil no impidió que surjan principios generales no escritos en esta rama jurídica, *a fortiori* era predecible la aparición expansiva en un ámbito como el derecho administrativo, donde no hubo codificación alguna. De ahí que su irrupción coincida también con el período de hegemonía de la ideología del Estado legislativo. A decir de Zagrebelsky:

El hecho de que después lo que hoy denominamos «derecho administrativo» no se incluyese en el Código civil de Napoleón se debe a la recuperación que hubo en este sector de principios de autoridad originarios del *Ancien Régime*, que mal se habrían conciliado con el espíritu individualista de los derechos que operan en el campo de las relaciones entre privados.⁴⁹

Si bien este ligamen histórico del derecho administrativo con los principios de autoridad del *Ancien Régime* incidió en la conformación de reductos de la administración pública exentos del control judicial,⁵⁰ no imposibilitó que los aplicadores de las normas jurídico-administrativas ideen fórmulas tuitivas de los derechos fundamentales que, a pesar de estar consagrados, como en el caso de Francia, en declaraciones solemnes; en la práctica carecieron de valor jurídico pleno por siglos. Es más, hasta bien entrado el siglo XX, importantes constitucionalistas en el sistema jurídico francés aun consideraban a las declaraciones de derechos como meros “enunciados de principios filosóficos y morales, sin valor jurídico”.⁵¹ Esta opinión se vio reforzada en Francia por la separación primigenia de la Declaración de los Derechos de 1789 y la Constitución de 1791.

En esta línea, Fauré anota que este tratamiento diferenciado será sancionado “por la historia constitucional, puesto que la Declaración de los derechos del hombre no tendrá

⁴⁸ Cf. Francia, Carta del Medio Ambiente, Boletín Oficial 51, 2 de marzo de 2005. cf. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/carta_del_medio_ambiente.pdf.

⁴⁹ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 52.

⁵⁰ Reductos que, como se observará más adelante, solo con el paso de tiempo se han ido desvaneciendo. Vid. Eduardo García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder”, en *Democracia, ley e inmunidades del poder* (Pamplona: Civitas, 2011[1962]), 30.

⁵¹ Adhémar Esmein, citado en André Hauriou, Jean Gicquel y Patrice Gélard, “El reconocimiento del individuo como parte integrante e, incluso, fin de la sociedad política”, en *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Madrid: Ariel, 1980), 244.

valor jurídico durante dos siglos”.⁵² En efecto, tan solo a partir de la decisión fundadora del Consejo Constitucional francés, de 16 de julio de 1971, se desencadena un giro cardinal; pues se declara la inconstitucionalidad de una ley que afectaba la *libertad de asociación*.⁵³ Antes de esa fecha el Consejo Constitucional limitaba su ejercicio de control de la ley al ámbito formal, esto es, verificaba la observancia del procedimiento legislativo, pero no si su contenido conculcaba o no algún derecho o principio sustantivo previsto fuera del cuerpo principal del texto constitucional. Así las cosas, la decisión aludida dota de valor jurídico a un derecho que, aun cuando no se recoge en el articulado de la Constitución de 1958, adquiere rango constitucional por reenvío de su preámbulo.⁵⁴

Sea como fuere, conviene mencionar que el hecho de que se haya discutido teóricamente en su momento sobre el valor jurídico de los principios y derechos consagrados en la Declaración de 1789, no evitó que en el ámbito del derecho administrativo el Consejo de Estado francés recurra a algunos de aquellos incluso con anterioridad a su efectiva constitucionalización.⁵⁵ Obviamente, eso no quiere decir que no se hayan potenciado al instituirlos directamente las constituciones en su cuerpo principal o a través de la doctrina del *bloque de constitucionalidad*, como lo hizo el Consejo Constitucional francés.⁵⁶ Así y todo, es oportuno poner de relieve que previo a la constitucionalización, las instancias de aplicación, con base en principios no escritos, controlaron en mayor o menor grado la actuación de la administración pública. En la actualidad, al adquirir algunos de ellos rango constitucional sirven de parámetro para fiscalizar también al principal órgano de creación del derecho, esto es, el legislativo.⁵⁷

⁵² Christine Fauré, “Las declaraciones de los derechos del hombre”, en *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789* (Ciudad de México: FCE, 1995), 28.

⁵³ Dmitri Georges Lavroff, “El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3 (1981): 50-1, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=305&IDA=24562>

⁵⁴ En el primer párrafo del referido preámbulo se consagra: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004”. Cf. Francia, Constitución de 4 de octubre de 1958, https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espanol_juillet2008.pdf. Énfasis añadido.

⁵⁵ Manuel Francisco Clavero Arévalo, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 7 (1952): 60, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=7&IDA=21716>

⁵⁶ Louis Favoreu, “El bloque de la constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5 (1990): 46, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>

⁵⁷ Naturalmente esto supone el reconocimiento en el sistema jurídico de alguna modalidad de control de constitucionalidad.

En este punto surgen algunas interrogantes: i) ¿qué órganos durante los siglos XIX y XX influyeron en la elaboración o adaptación de ciertos principios cardinales del derecho administrativo?, ii) ¿cuáles son esos principios?, y iii) ¿qué efectos produjo su paulatina constitucionalización?

Respecto a la primera perplejidad, si hubiese que destacar el papel de un órgano que ha contribuido en el desarrollo de ciertos principios cardinales del derecho administrativo, ese sería el ya aludido *Consejo de Estado francés*. En efecto, esta institución tempranamente puso en entredicho los postulados del Estado legislativo; esto es, la absoluta primacía de la ley escrita y el rol pasivo que debían observar las instancias de aplicación del derecho. De este modo, en la práctica, el Consejo de Estado francés ha participado activamente en la formulación de principios y reglas jurídico-administrativas. Tan es así que, a mediados del siglo XX, Jean Rivero resaltó que mientras el iusprivatista que desea encontrar una respuesta a un litigio concreto debía acudir en primer lugar al Código civil, el iuspublicista tenía que dirigirse a la *Recopilación de las decisiones del Consejo de Estado*.⁵⁸

Pero ¿qué condujo a que el Consejo de Estado francés desarrolle o apele a principios no previstos en las leyes?⁵⁹ La eclosión de principios fijados por este órgano tuvo lugar durante circunstancias políticas y económicas excepcionales: el régimen de Vichy (1940-1944), donde se establecieron leyes que conculcaban los derechos de los administrados. Al recurrir a los principios se pretendió “minimizar el alcance de estas leyes, interpretarlas de la manera más restrictiva y salvaguardar así al máximo las libertades esenciales”.⁶⁰

Otro de los órganos que intervino en la formulación de principios del derecho administrativo fue el *Tribunal Supremo Administrativo de Prusia*. En la época del Imperio Alemán (1871-1918), dicha institución, a través de su jurisprudencia, “elaboró,

⁵⁸ Cf. Jean Rivero, “Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 6 (1951): 290, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=6&IDA=21708>. Hoy en día, esta situación traída a la luz por Rivero, en alguna medida, se ha atenuado, pues han proliferado una serie de leyes y códigos exhaustivos sobre distintos sectores del derecho administrativo, los cuales incluyen principios y reglas que se desarrollaron en el plano jurisprudencial y doctrinal. En todo caso, la observación de Rivero resulta hoy bastante pertinente respecto de casos constitucionales, cuyas soluciones, por lo general, no se las encuentra en un código o ley específica, sino ante todo en las decisiones de las cortes constitucionales.

⁵⁹ Arriba ya se anticipó uno de los factores, al sugerir que este fenómeno se relacionaba con la inexistencia de una codificación administrativa. En cualquier caso, como se ha manifestado, incluso en áreas donde sí hubo codificación fue inevitable la aparición de principios o reglas de origen judicial o doctrinal, entre otras razones, con el objetivo de resolver supuestos no regulados o subregulados por la ley.

⁶⁰ Rivero, “Los principios generales...”, 293-4.

a lo largo de varias décadas, un amplio conjunto de principios y construcciones dogmáticas del derecho administrativo que encontraron en toda Alemania una utilización similar, pese a que la legislación de los diferentes estados alemanes difería en ello”.⁶¹ En análogo sentido al Consejo de Estado francés, las consideraciones que motivaron la vigorosa actuación del órgano germano fueron la defensa de los derechos del administrado, en este caso, frente a los excesos del derecho policial.⁶²

Los órganos francés y germano han forjado principios torales del derecho administrativo que luego migraron a los ordenamientos jurídicos de múltiples países del orbe. Es menester advertir que el hecho de que sean principios del derecho administrativo no significa que todos sean de aplicabilidad exclusiva o que hayan emergido específicamente de tal área jurídica. En efecto, por un lado, existen principios que afectan a todo el ordenamiento jurídico o bien solamente a un sector concreto del derecho administrativo. Por otro, existen principios que surgieron en otras ramas del derecho, pero que han sido traspuestos o adaptados al ámbito jurídico-administrativo.

Antes de la constitucionalización de los principios del derecho administrativo, el Consejo de Estado francés apeló a principios como los de libertad y de igualdad, del interés general, de la continuidad del servicio público, de la irretroactividad del Derecho, de reparación del daño, de prohibición del enriquecimiento injusto, del debido proceso, entre otros. Como se observa, algunos de ellos por su naturaleza se proyectan a todo el ordenamiento jurídico, otros han sido adaptados al derecho administrativo de áreas como el derecho civil y el derecho procesal penal; y, finalmente algunos emergieron a partir de las particularidades propias del orden jurídico-administrativo.

En cambio, el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia recurrió a principios como el de reserva de ley, de certeza (o seguridad jurídica) y de prohibición del exceso. Sobre la base del *principio de reserva de ley* dictaminó que la administración pública solamente podía intervenir cuando había sido habilitada o autorizada por una ley.⁶³ Con fundamento en el *principio de certeza* resolvió que una ley que habilitaba a la administración pública a restringir la posición jurídica de un ciudadano debía determinar

⁶¹ Martin Ibler, “Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”, *Respublica*, n.º 2. (2010): 40-43.

⁶² A la situación contextual se suma un fenómeno, que en el caso del derecho administrativo se recruce, relacionado con la proliferación constante y cambiante de leyes, reglamentos o resoluciones que conforman un verdadero *babel administrativo*, lo cual incidiría en la irrupción de un conjunto de principios que intentan dotar de cierta unidad, coherencia y estabilidad a esta importante rama jurídica.

⁶³ Maurer, *Derecho administrativo alemán*, 116.

de manera clara y previa los supuestos y condiciones de su intervención.⁶⁴ Finalmente, con base en el *principio de prohibición de exceso* impidió restricciones desproporcionadas de las órdenes policiales. Precisamente, este último principio constituye un antecedente inmediato del conocido *principio de proporcionalidad*.⁶⁵

En la actualidad, varios de los principios del derecho administrativo que fueron desarrollados durante los siglos XIX y XX a nivel jurisprudencial y doctrinal han sido constitucionalizados. Esta elevación de rango supone un cambio fundamental, ya que de esta manera adquieren una posición central dentro del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si bien se afirmó que en el mismo Estado legislativo estos principios ya cumplían una función relevante, aún se cuestionaba o dudaba acerca de su *valor supralegislativo*. Por ejemplo, autores como Letourner o Rivero consideraron que estos principios tenían un valor superior al reglamento, pero inferior a la ley.⁶⁶ En cambio, su constitucionalización hace indubitable el valor superior de aquellos, respecto no sólo de los actos de la administración pública y los órganos judiciales, sino también del legislador; es decir, constituyen un parámetro de control de validez de las actuaciones de *todos* los poderes públicos.

3.3 Sometimiento de la administración pública al principio de constitucionalidad

La historia del constitucionalismo se relaciona con la lucha persistente por fijar límites jurídicos al poder público. Precisamente, esta es la idea fuerza que vincula al constitucionalismo antiguo con el constitucionalismo moderno. A este respecto, McIlwain escribe que “el rasgo característico más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo continúa siendo, como lo ha sido casi desde el comienzo, la limitación del gobierno por el derecho”.⁶⁷

En contraposición con el absolutismo, el constitucionalismo preconiza la *separación y el control recíproco de los poderes*, pues es la concentración o división sin

⁶⁴ Así, el tribunal prusiano pretendió limitar la actividad administrativa de intervención, con el objetivo de asegurar la libertad y la propiedad del administrado. *Vid.* Ibler, “Derecho administrativo...”, 37.

⁶⁵ Aharon Barak, “Los orígenes históricos de la proporcionalidad”, en *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones* (Lima: Palestra, 2017), 208-9.

⁶⁶ Rivero, “Los principios generales...”, 296; cf. también Clavero Arévalo, “La doctrina de los principios...”, 60.

⁶⁷ Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016), 46.

control lo que propicia el abuso y la arbitrariedad. Así, existe concentración cuando un solo poder monopoliza o acumula las actividades de producción, aplicación y ejecución del derecho; y existe división sin control, cuando si bien estas actividades se encuentran escindidas no se permite la fiscalización por un órgano externo. Esto es justamente lo ocurrió en algún momento de la historia con respecto al parlamento y a la administración pública.

Por ejemplo, en el Estado legislativo, al ser considerada la ley como la expresión de la voluntad general, no se concebía que un órgano externo pudiera controlar y declarar su invalidez; más aún cuando se veía a la ley como la manifestación máxima de la soberanía popular. En este modelo de Estado, también la administración pública gozaba de ciertos privilegios, pues si bien estaba subordinada a la ley, en la práctica sus resoluciones no podían ser controladas por los tribunales. La misma Asamblea Nacional francesa, a través del famoso artículo 13 de la Ley sobre Organización Judicial, de 16 y 24 de agosto de 1790, estableció expresamente que: “Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán alterar, so pena de delinquir, alterar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”.⁶⁸

Esta visión tan radical del principio de separación de poderes se explica por el contexto histórico-político francés. En aquel tiempo, los revolucionarios guardaban un alto grado de desconfianza en el accionar de los órganos judiciales, los cuales estaban integrados por miembros de la propia aristocracia o que defendían sus intereses. En este sentido, se consideró un verdadero riesgo que las decisiones legislativas o administrativas puedan ser obstaculizadas por una “clase judicial” que, pocos años antes del estallido de la Revolución francesa, ya había dado muestras de su poder al oponerse a reformas estructurales que pretendió implementar Luis XVI. De ahí que haya resultado difícil imaginarse en esta coyuntura la posibilidad de que se establezca un control judicial de las actuaciones de la administración pública, y peor aún de la Asamblea Nacional.

La idea de exención judicial absoluta de la Asamblea Nacional y de la administración pública caracterizó por muchos años al sistema político y jurídico francés.

⁶⁸ Citado en Jacqueline Morand-Deville, “La jurisdicción administrativa”, en *Derecho administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), loc. 60, edición electrónica.

En lo que concierne al orden jurídico-administrativo se crearon *controles intraórganos*⁶⁹ con el objetivo de vigilar la observancia de la ley por parte de las autoridades administrativas. Así pues, serán órganos de la propia Administración los encargados de procurar la observancia y la aplicación uniforme de la ley. En el siglo XIX, esta función recae en dos instituciones: el Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura, los cuales al principio “sólo elaboraban dictámenes que eran aprobados por el jefe de Estado, en lo que comúnmente se llama *justicia retenida*”.⁷⁰ A partir de 1872, el Consejo de Estado adquirió la facultad de decidir con autonomía, y en adelante actuará, con una brevísima interrupción en 1849, como *jurisdicción delegada*.⁷¹

Este órgano francés fue el que, con sus facultades robustecidas, concibió técnicas jurisprudenciales para controlar los espacios de discrecionalidad de la administración pública. La *doctrina de los principios generales del derecho* constituyó una herramienta recurrente y clave del Consejo de Estado en el marco del Estado legislativo donde las constituciones carecían de valor jurídico pleno. Precisamente, esta doctrina le permitió controlar la validez material de las actuaciones administrativas. Sin embargo, la pervivencia de concepciones que cuestionaban el valor supralegal de los principios generales del derecho coadyuvó a que en la atmósfera jurídica francesa siga ocupando una posición central el principio de supremacía legislativa.

La idea de la predominancia del legislativo tiene su principal soporte teórico e ideológico en Rousseau, quien consideró a la ley como una “expresión de la voluntad general”. Justamente, esta concepción de la ley fue adoptada en el artículo 6 de la Declaración de 1789 y no ha estado exenta de polémica. La razón radica en lo siguiente: para el escritor ginebrino la voluntad es general tanto por su origen como por su objeto. Es decir, porque proviene de la *universalidad del pueblo* y versa sobre *cuestiones*

⁶⁹ “Las técnicas de control son estructuralmente de dos tipos. Cuando las instituciones de control operan *dentro* de la organización de un solo detentador del poder, son designadas como controles *intraórganos*. Cuando, por otra parte, funciona *entre* diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal, se les designa como controles *interórganos*”. Cf. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1986), 232.

⁷⁰ José Luis Vázquez Alfaro, “El control jurisdiccional de la administración en derecho comparado”, en *El control de la Administración Pública en México* (Ciudad de México: UNAM, 1996), 166.

⁷¹ Eduardo García de Enterría, “La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Su adquisición definitiva de un *status* de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, n.º 179 (2009): 174-5, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=677&IDA=27476>

comunes.⁷² Que la ley deba referirse a cuestiones comunes o generales y no a asuntos particulares es un rasgo que creo hoy casi no se discute.⁷³

No obstante, en lo que sí persiste un arduo debate es acerca de la consideración de la ley como expresión de la *voluntad popular*. El problema que genera esta concepción de la ley es el siguiente: si se presenta un conflicto en un ordenamiento jurídico que reconoce conjuntamente a la ley y a la constitución como producto de la voluntad popular, ¿por qué debería prevalecer la constitución cuando ambas provienen directa o indirectamente del pueblo? En contraste con esta visión, en Estados Unidos, tempranamente, Hamilton no consideró que la voluntad de la legislatura sea asimilable a la voluntad popular. Por el contrario, el político estadounidense advirtió que un juez que se hallara frente a un conflicto entre una ley y la constitución debe gobernarse por esta última, dado que es solo en la constitución donde se declara la voluntad popular.⁷⁴

En este sentido, el parlamento y la administración pública expresarían su voluntad a través de leyes, reglamentos o resoluciones, según el caso; en cambio, el poder constituyente del pueblo declara su voluntad a través de la constitución. Si se admitiera una voluntad popular dual (*i.e.* parlamento y poder constituyente) se desplomaría el principio de constitucionalidad. De este modo, en el Estado constitucional la administración pública y los órganos judiciales están sujetos a la ley, pero siempre y cuando esta resulte compatible con la constitución. Justamente, con el fin de observar el principio de constitucionalidad en algunos ordenamientos jurídicos se han establecido artilugios institucionales que habilitan a las autoridades administrativas y/o judiciales el control preliminar o definitivo de la validez de una ley u otra norma infraconstitucional.⁷⁵

3.4 Irradiación de las normas constitucionales en el derecho administrativo

⁷² Jean Jacques Rousseau, *Del Contrato social* (Madrid: Alianza Editorial, 2003), 42.

⁷³ De hecho, la Constitución de la República del Ecuador (2008) recoge esta idea, cuando en el art. 132 se dispone que: “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de *interés común* [...]”.

⁷⁴ Alexander Hamilton, “El federalista, LXXVIII”, en *El federalista*, eds. Alexander Hamilton, James Madison y John Jay (Ciudad de México: FCE, 2010), 332.

⁷⁵ El alcance y los órganos competentes para realizar este control varía según el país. Por citar dos ejemplos: en Colombia, con base en el artículo 4 de su Constitución, *cualquier autoridad* (*i.e.* administrativa o judicial) puede *inaplicar* una ley u otra norma jurídica incompatible con el texto constitucional. En contraste con España, donde el artículo 163 de su Constitución dispone que cuando un *órgano judicial* estime que una *norma con rango de ley*, de cuya validez dependa la decisión, pueda ser contraria a la Constitución, debe plantear la *cuestión de inconstitucionalidad*.

Históricamente, la simple adscripción de rango constitucional de los principios y derechos ha sido insuficiente para su efectiva irradiación en el derecho administrativo. En efecto, aun cuando algunas constituciones, en los siglos XIX y mediados del XX, ya incorporaron un catálogo más o menos extenso de principios y derechos e incluso reconocieron expresamente el principio de supremacía constitucional, su proyección normativa fue mínima. En el otro extremo hubo constituciones que al establecer primordialmente normas sobre la producción jurídica de carácter formal, operaron más como “fuente de las fuentes” que como “fuentes ellas mismas”.⁷⁶

En este contexto, para que se pudiera desencadenar un auténtico proceso de impregnación de las normas constitucionales en el derecho administrativo fueron necesarios algunos cambios en la concepción de la constitución y en sus mecanismos de protección: i) el valor normativo propio, directo y pleno de todas las normas constitucionales;⁷⁷ ii) el carácter objetivo de los derechos fundamentales, es decir, estos últimos, aparte de posiciones subjetivas, se erigen en límites e impulsos de todos los poderes públicos;⁷⁸ iii) la eficacia frente a particulares, con lo cual las normas constitucionales son susceptibles de aplicación no solo en conflictos frente al Estado, sino frente a cualquier otro ciudadano;⁷⁹ y iv) garantías secundarias que pueden activarse cuando se contradice la constitución o se conculcan los derechos fundamentales.⁸⁰

De los cuatro elementos anteriores, cabe destacar el primero de ellos, esto es, el reconocimiento del valor normativo propio, directo y pleno de las cláusulas constitucionales, pues representa el presupuesto de todos los demás. En sentido contrario a la concepción que prevaleció en los Estados legislativos, en los Estados constitucionales la abstracción de las normas constitucionales no determina su fuerza vinculante. Cada una de ellas incide en mayor o menor medida en la configuración y aplicación del ordenamiento jurídico. Desde luego, las técnicas de interpretación y aplicación de las

⁷⁶ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid: Trotta, 2013), 188.

⁷⁷ García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “El ordenamiento administrativo. La Constitución como norma jurídica”, 86.

⁷⁸ Hesse, “El significado de los derechos fundamentales”, 156-160.

⁷⁹ Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento”, 184-6.

⁸⁰ Vid. Luigi Ferrajoli, “Poderes, derechos y garantías”, en *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2013), 637-8. Las garantías secundarias pueden ser *objetivas* cuando se pretende el restablecimiento de la constitucionalidad a través de la declaración de invalidez de un acto inconstitucional, o *subjetivas* cuando se persigue el amparo y/o reparación de un derecho subjetivo garantizado por la constitución.

normas constitucionales varían según el grado de determinación; sin embargo, los operadores jurídicos no pueden obviarlas al momento de resolver un caso concreto.⁸¹

Ahora bien, una cláusula constitucional que irradia a nivel macro en el derecho administrativo es la referida al modelo estatal, pues condiciona el tipo o tipos de actividad administrativa que realizan los Estados. Algunas constituciones consagran directamente la fórmula estatal definitoria,⁸² en otras en cambio se puede identificar esta última a partir de los principios y derechos que reconocen. A título de ejemplo, se puede decir que una constitución que divide el poder público y consagra solamente derechos individuales se adhiere al modelo de Estado liberal, el mismo que compagina con la *actividad administrativa de ordenación*, visto que considera que las funciones estatales deben reducirse a la preservación de la seguridad y el orden público.⁸³ En cambio, una constitución que recoge, además de los elementos anteriores, derechos sociales se inscribe más bien dentro del modelo de Estado social, el cual armoniza con la *actividad administrativa de prestación*, ya que extiende las funciones estatales a la “previsión, la prestación y el fomento en los ámbitos social, económico y cultural”.⁸⁴

Ciertamente, hoy en día es difícil encontrar un modelo de Estado puro. En efecto, en las constituciones contemporáneas es usual que se reconozcan valores, principios y derechos heterogéneos que hace difícil vincularlas con un modelo específico o tradicional. Precisamente, en ello se basan las importantes discusiones sobre cuál debe ser el ámbito de actuación de la administración pública en determinados sectores. Huelga decir que la realidad social, política y económica también incide en la transformación de la administración pública. A modo ilustrativo, se puede destacar un tipo de actividad administrativa que se ha añadido en los últimos años al elenco de las ya tradicionales: la *actividad administrativa de garantía*.

⁸¹ “El diverso grado de eficacia que las normas constitucionales pueden presentar en relación con el legislador según sean autoejecutivas o autosuficientes o precisen su colaboración para ser completadas *no repercute en su invocabilidad ante los tribunales*, pero sí en la posibilidad de que estos puedan reconocer a los ciudadanos derechos derivados de las mismas”. Cf. Santiago Muñoz Machado, “La estructura normativa de la Constitución vigente”, en *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: La Constitución como norma* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 5:101. Énfasis añadido.

⁸² Como ejemplos de constituciones que preceptúan directamente su modelo estatal se pueden citar a las siguientes: Constitución colombiana (art. 1.- Estado social de derecho), Constitución española (art. 1.- Estado social y democrático de Derecho), Constitución ecuatoriana (art. 1.- Estado constitucional de derechos y justicia), Constitución peruana (art. 3.- Estado democrático de derecho), Constitución venezolana (art. 1.- Estado democrático y social de Derecho y de Justicia), Ley Fundamental alemana (art. 20.1.- Estado federal democrático y social y art. 28.- Estado democrático y social de Derecho), etc.

⁸³ Maurer, *Derecho administrativo alemán*, 17.

⁸⁴ *Ibíd.*, 18.

La actividad administrativa de garantía emerge en un contexto complejo y dinámico en el cual el Estado ha perdido posiciones sobre amplios espacios y correlativamente la sociedad se ha visto robustecida. La razón de este repliegue estatal trasciende cuestiones de sostenibilidad fiscal y se fundamenta más bien en una reconfiguración profunda de las relaciones Estado-sociedad.⁸⁵ En este escenario se produce un desplazamiento progresivo de ciertas funciones estatales hacia el sector privado, el cual adquiere un protagonismo gestor en áreas de interés público. Aquí el Estado no puede pretender reasumir sin más las funciones públicas; no solo por sus limitaciones económicas, sino también porque carece de los medios y el conocimiento. No obstante, este repliegue estatal no debe implicar una renuncia a regular y garantizar los principios de accesibilidad, continuidad y calidad de los servicios prestados por agentes privados. Justamente, estos son principios que se recogen en algunas constituciones e irradian también al llamado *derecho administrativo regulatorio*.⁸⁶

Finalmente, no se puede preterir la *actividad administrativa sancionadora*, la cual se ha visto en los últimos años profundamente constitucionalizada. Una muestra de ello es la extensión o adaptación paulatina de los principios y garantías que se desarrollaron en el ámbito del derecho penal al *derecho administrativo sancionador*. Entre los principios a los cuales hoy debe ajustarse la potestad sancionadora destacan el debido proceso, legalidad, favorabilidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, entre otros.⁸⁷ En países como Francia la extensión o adaptación de tales principios se produjo a través de la jurisprudencia contencioso-administrativa, en cambio los textos constitucionales más recientes los han reconocido directamente; así se ha repotenciado su valor normativo y se han proyectado a las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador.

⁸⁵ José Esteve Pardo, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, n.º 197 (2015): 22, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.197.01>

⁸⁶ Maurer, *Derecho administrativo alemán*, 9.

⁸⁷ En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que: “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, *no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso*”. Cf. Corte IDH, “Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 2 de febrero de 2001, párr. 126, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf. Énfasis añadido.

Capítulo segundo

La migración de los derechos a las constituciones y dispositivos de protección

Afirmar hoy que los derechos fundamentales constituyen *el corazón de toda Constitución* es una verdad de Perogrullo. De hecho, como indica Laporta, “[s]i hay algún extremo en el que el consenso es casi unánime”, es en la idea de que “las Constituciones han de reconocer, formular y garantizar los [...] derechos fundamentales”.⁸⁸ Este consenso se ve reflejado en la práctica, puesto que “[c]asi todas las constituciones del mundo incorporan un catálogo de derechos fundamentales”.⁸⁹ Razón por la cual es necesario estudiar la migración de los derechos a las constituciones y dispositivos de protección.

1. Análisis histórico-conceptual de la palabra constitución. Constitucionalización de los derechos fundamentales

En la actualidad no solamente sea difícil imaginarse una constitución sin derechos fundamentales, sino que en su mayoría el constituyente los consagra de manera más o menos solemne y generosa en el frontispicio de los textos constitucionales.

Ahora bien, el hecho de que sobre esta técnica constituyente exista al presente un consenso “casi unánime”, no significa que se la haya admitido históricamente de forma pacífica. Por ejemplo, Alexander Hamilton, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos, objetó en su momento que a la Constitución de 1787 debía haberla precedido un catálogo exhaustivo de derechos fundamentales, dado que según él este tipo de aforismos “sonarían mucho mejor en un tratado de ética que en la constitución de un gobierno”.⁹⁰ Además, al defender el documento constitucional original, Hamilton expresó que no es que este no los contenga en estricto sentido, sino que se hallan diseminados a lo largo de

⁸⁸ Francisco Laporta, “Ley y Constitución”, en *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007), 234.

⁸⁹ Carlos Bernal Pulido, “Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo”, *Fundamentos*, n.º 9 (2017): 41, https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/03_carlosbernal.pdf

⁹⁰ Alexander Hamilton, “El federalista, LXXXIV”, en *El federalista*, eds. Alexander Hamilton, James Madison y John Jay (Ciudad de México: FCE, 2010), 368.

su articulado. Así, el político estadounidense argumentó que “la forma empleada para declarar los derechos de los ciudadanos debe importar muy poco, con tal de que se le encuentre en alguna parte del instrumento que instituye el gobierno”.⁹¹

Sea como fuere, conviene señalar que en nuestros días no solo que la “forma empleada” importa, sino que, como se dijo, el constituyente reconoce un catálogo más o menos extenso de principios, valores y derechos que asombraría a Hamilton. Es más, se podría decir que, en sentido contrario a su opinión, los textos constitucionales contemporáneos, debido al ingente contenido axiológico, parecen auténticos “tratados de ética”.⁹² Por lo que se refiere a Estados Unidos, pese a la discrepancia de Hamilton y otros políticos importantes,⁹³ pocos años después se incorporó la *Bill of Rights* (1791) a la Constitución de 1787; eso sí, luego de la importante presión que ejercieron algunos Estados que supeditaron su ratificación a que se incluya una carta de derechos en un futuro inmediato.⁹⁴

Uno de los principales y más famosos opositores a una Constitución sin Declaración de Derechos fue George Mason,⁹⁵ quien en *Objections to The Constitution of Government formed by the Convention* escribió: “No hay Declaración de Derechos, y las leyes del gobierno general son primordiales para las leyes y la constitución de los distintos Estados, las Declaraciones de Derechos en los Estados separados no son ninguna

⁹¹ *Ibíd.*, 369.

⁹² A causa de la intensa migración de “conceptos morales” a los sistemas jurídicos (y de manera particular a las constituciones), se ha sugerido que se configura una conexión *interpretativa* entre derecho y moral. Es decir, la propia naturaleza y origen de aquellos instaría a los operadores jurídicos al momento de interpretarlos a “recurrir a valoraciones y argumentos morales”. Para un análisis esclarecedor sobre los distintos tipos de relaciones entre derecho y moral, vid. Giorgio Pino, “Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”, *Doxa*, n.º 34 (2011): 221-3, <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13>. En esta línea, Alexy advierte que “la positivización de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para todos los poderes del Estado, implica una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral [...]”. Cf. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 9.

⁹³ James Wilson fue otro de los padres fundadores que refutó la idea de que la “omisión” de una carta de derechos era una “defecto” de la Constitución de 1787. El político estadounidense consideró que “habría sido superfluo y absurdo haber acordado con un cuerpo federal de nuestra propia creación, que debíamos disfrutar aquellos privilegios, de los que no nos despojamos [...]”. Cf. James Wilson, “State House Yard Speech” (6 de octubre de 1787), en *Collected Works of James Wilson*, ed. Kermit L. Hall y Mark David Hall (Indianapolis: Liberty Fund, 2007), 1:172; la traducción me pertenece.

⁹⁴ “Bajo el liderazgo de Madison, el primer congreso federal trató de cumplir esta promesa y propuso doce enmiendas a la Constitución. En 1791, diez de ellas fueron ratificadas por los estados y se convirtieron en la *Bill of Rights* o Carta de Derechos”. Cf. Gordon Wood, “La Constitución federal”, en *La revolución norteamericana* (Ciudad de México: Debolsillo, 2015), 222-3.

⁹⁵ George Mason, Elbridge Gerry y Edmund Randolph fueron los tres miembros de la Convención de Filadelfia que se negaron a firmar la Constitución estadounidense. Es preciso relieves que George Mason “tuvo a su cargo la primera y más famosa de las cartas de derechos estadounidenses, la Declaración de Derechos de Virginia (1776)”. Esta última tuvo una influencia decisiva en la *Bill of Rights* de la Constitución de 1787. Cf. *Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*, ed. J. W. Peltason (Word Book, 2004), 8-9.

garantía”.⁹⁶ Además de Mason, Thomas Jefferson, en una carta dirigida a Madison, expresó como argumento a favor de su incorporación “el control legal que pone en manos del judicial”.⁹⁷ Este razonamiento claramente contradice lo expresado por Kelsen muchos años después, quien en cambio recomendaba “abstenerse de ese género de fraseología”, pues en su opinión “el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable”.⁹⁸ Sin embargo, Jefferson consideró que el cuerpo judicial “de mantenerse independiente y dedicado estrictamente a su propio departamento, merece gran confianza por su conocimiento e integridad”.⁹⁹

Como se observa, si bien Jefferson respaldó la inclusión de una carta de derechos en la Constitución de 1787,¹⁰⁰ en ningún momento consideró que ello debía ir de la mano de la atribución del cuerpo judicial de decidir el sentido de la Constitución respecto de los tres departamentos (*i.e.* legislativo, ejecutivo y judicial). De acuerdo con su interpretación, “cada departamento es verdaderamente independiente de los demás, y tiene igual derecho a decidir por sí mismo cuál es el significado de la constitución en los casos sometidos a su acción”.¹⁰¹ Si bien esta visión *departamentalista* de la interpretación constitucional históricamente tuvo importantes defensores,¹⁰² luego de varias décadas fue desplazada por la visión de *supremacía judicial*, la cual finalmente se ha consolidado en diversos ordenamientos jurídicos. Según esta última visión son los jueces quienes deben determinar el significado último sobre las cuestiones constitucionales para todas las ramas del gobierno.

A este respecto, Kramer confuta la interpretación dominante acerca de que la visión de supremacía judicial se haya impuesto con facilidad desde un inicio en los Estados Unidos. A juicio del profesor de Stanford, no solamente que la Constitución de 1787 fue “redactada con un trasfondo de constitucionalismo popular”, sino que cuando “a fines de la década de 1790 surgió un debate a favor de la supremacía judicial, éste fue

⁹⁶ George Mason, “Objections to The Constitution of Government formed by the Convention”, 17 de septiembre de 1787, <http://edu.lva.virginia.gov/docs/MasonsObjections.pdf>; la traducción me pertenece.

⁹⁷ Thomas Jefferson, “Carta a James Madison, 15 de marzo de 1789”, en *Escritos políticos* (Madrid: Tecnos, 2014), 397.

⁹⁸ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (Ciudad de México, UNAM, 2001), 81.

⁹⁹ Jefferson, “Carta a James Madison, 397. Énfasis añadido.

¹⁰⁰ Frente a quienes sugerían que una declaración de derechos “nunca podrá tener la amplitud necesaria”, Jefferson replicó que: “Media hogaza es mejor que nada de pan. Si no podemos asegurar todos nuestros derechos, aseguremos cuantos podamos”. Cf. *Ibid.*

¹⁰¹ Thomas Jefferson, “Carta al juez Spencer Roane”, 6 de septiembre de 1819, <https://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-judge-spencer-roane/>. Énfasis añadido; la traducción me pertenece.

¹⁰² Además de Jefferson, se puede mencionar a James Madison.

decididamente repudiado entonces y más tarde”. Adicionalmente, subraya que si bien “[l]a idea no desapareció”, pues “siempre hubo quienes estaban a favor de darle a los tribunales la última palabra sobre la Constitución”, en realidad “eran una minoría”.¹⁰³

Desde otro ángulo, Burt también refuta la interpretación dominante. Así, el autor estadounidense expresa que aun cuando sea común considerar el fallo *Marbury v. Madison* (1803) como el punto de inflexión respecto a la “idea moderna de la supremacía judicial”, se trata de una lectura equivocada. En este sentido, Burt sugiere que “el fallo *Marbury* no enseña la conocida lección oficial de las virtudes de la supremacía judicial en cuestiones constitucionales”, sino el “reclamo de una igualdad institucional” frente a las “amenazas agresivas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo”. De este modo, a decir de Burt, tal célebre fallo se inscribe “más cómodamente en el esquema de Madison, en *Federalist 51*, de igual autoridad interpretativa entre los poderes semejantes del gobierno federal”.¹⁰⁴

En cualquier caso, es preciso resaltar que las objeciones en contra de la incorporación del *Bill of Rights* en la Constitución estadounidense o de la misma doctrina de la supremacía judicial no deben ser vinculadas con una posición indiferente o desfavorable frente a los derechos.¹⁰⁵ En efecto, si de algo eran conscientes los delegados de Filadelfia era de que el gobierno no representaba un fin en sí mismo, sino que se lo instituía en aras de salvaguardar los derechos de los ciudadanos; sin embargo, ellos creyeron que esto se lograba, antes que con un catálogo exhaustivo o con la primacía judicial, por medio del diseño de un gobierno limitado y equilibrado. Precisamente, esta concepción constitucional, a fuer del acento en el “componente orgánico”, podría ser calificada como *constitucionalismo de los poderes*; a fin de contrastarlo con el hoy dominante *constitucionalismo de los derechos*, el cual coloca en un primer plano el “componente dogmático” y, en especial, los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales.¹⁰⁶

¹⁰³ Larry Kramer, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 258.

¹⁰⁴ Esto es, la visión departamentalista. Cf. Robert A. Burt, “El Marshall madisoniano”, en *Constitución y conflicto* (Buenos Aires: Eudeba, 2000), 173-5.

¹⁰⁵ Robert S. Barker, “Derechos humanos: 200 años de experiencia constitucional”, en *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual* (Lima: Grijley, 2005), 138.

¹⁰⁶ Recalco que esto no quiere decir que al “constitucionalismo de los poderes” no le interese la garantía de los derechos fundamentales. Después de todo, ya el célebre artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) disponía que: “Toda sociedad que no asegura la *garantía de los derechos*, ni determina la *separación de poderes*, no tiene Constitución”. Es decir, ambos pilares se erigen desde fines del siglo XVIII en elementos cardinales del concepto de constitución; no obstante, “en

2. La sugestiva “metáfora arbórea” de Casca. Antecedente histórico de la concepción estricta de constitución

En este punto merece plantearse la siguiente perplejidad: ¿las concepciones alternativas de constitución descritas arriba se alojaban solo en la mente de algunos padres fundadores? La respuesta es no. Pero, para justificarla es menester recurrir a unos párrafos que se recogen en un interesante artículo de *Casca* publicado, el 31 de octubre de 1776, en el *Pennsylvania Evening Post*.¹⁰⁷ A decir de Dippel aquí se sintetizarían las “premisas teóricas de este primer constitucionalismo norteamericano”.¹⁰⁸ Pese a la extensión de los párrafos, a continuación los transcribiré; ya que considero que pueden arrojar luz sobre la concepción de constitución que preconizó Hamilton. En el citado artículo *Casca* escribió:

Un Estado puede dividirse en *tres partes*, primero, una *Declaración de Derechos*. En segundo lugar, una *Constitución*. En tercer lugar, las *Leyes*. La primera de estas partes puede compararse con un tronco. La segunda con las ramas y la tercera con los frutos del árbol.

En primer lugar, *la Declaración de Derechos debería incluir necesariamente los derechos naturales de los hombres libres y los principios esenciales de un Estado libre*, entre los que se encuentran la libertad de conciencia, las elecciones anuales, la libertad de prensa, el juicio con jurado, el carácter temporal de los cargos públicos, la representación igualitaria, etcétera. *Esta Declaración debería ser intangible*. La más mínima violación de cualquiera de sus disposiciones, ya provenga ésta del poder legislativo, de los Tribunales de Justicia o del Pueblo, debería ser siempre castigada como alta traición al Estado.

En segundo lugar, *una Constitución debería incorporar una sección que contuviese las disposiciones destinadas a la aplicación práctica de la Declaración de Derechos*, como por ejemplo: las normas para articular la representación, la regulación de los Tribunales de Justicia, la previsión de la limitación temporal de los cargos públicos, el procedimiento de aprobación y de aplicación de las leyes, etcétera. *Estas disposiciones, tanto por su naturaleza como por su objeto, podrían ser susceptibles de reforma* si bien la introducción de cualquier cambio debería contar con el voto favorable de tres cuartos, o cuatro quintos de los votos de los miembros del poder legislativo y, *no podría alterar el contenido de la Declaración de Derechos*.

el curso del siglo XX, [...] la relación entre constitucionalismo y derechos se torna aún más estrecha y significativa”. *Vid.* Pino, *El constitucionalismo de los derechos*, 34.

¹⁰⁷ Es sabido que en ese momento histórico era bastante frecuente que los autores de artículos o panfletos los suscribieran con pseudónimos. Los mismos autores de *El federalista* (Hamilton, Madison y Jay) escribieron bajo el pseudónimo de *Publius*. Asimismo, *Casca* es otro pseudónimo; sin embargo, se desconoce su verdadero nombre.

¹⁰⁸ Horst Dippel, “El concepto de Constitución en los orígenes del constitucionalismo norteamericano (1774-1776)”, *Fundamentos*, n.º 1 (2010): 55, https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/01_dippel.pdf

En tercer lugar, *las Leyes deberían regular la existencia cotidiana y la propiedad* y nunca deberían entrar en contradicción *ni con la Declaración de Derechos ni con la Constitución*. Las leyes son fruto de los preceptos constitucionales y deberían ser aprobados por la mayoría de los miembros del poder legislativo.¹⁰⁹

Como se puede notar, el texto es hondamente rico y, creo, claro en algunos aspectos que Dippel pasa por alto. El historiador alemán afirma que Casca: primero, identifica la constitución con el *conjunto integrado* por la “Declaración de Derechos” y las disposiciones relativas a la “forma de gobierno” (i);¹¹⁰ segundo, que “establece una jerarquización en *dos niveles* de las fuentes del Derecho” (ii);¹¹¹ y tercero, que fue “quien definió de una manera más moderna, y *todavía vigente hoy en día*, a la ‘Constitución’”.¹¹²

A decir verdad, la “metáfora arbórea” trazada ingeniosamente por Casca es trídica. El tronco sería la *Declaración de Derechos*; las ramas, la *constitución*; y los frutos, las *leyes*. En este sentido, entre los tres instrumentos habría no solo una diferencia en cuanto a su contenido, sino que además entre los dos primeros se configuraría una jerarquía y rigidez escalonada, esto es, mientras que los derechos y principios esenciales serían *intangibles* (contenido pétreo), para la modificación de las disposiciones organizativas y procedimentales se exigiría una *mayoría calificada* (contenido rígido). Finalmente, si bien las leyes comunes podrían aprobarse por *mayoría simple*, no deberían contradecir ni el tronco ni las ramas.

Así las cosas, en el esquema de Casca se configura una jerarquización en *tres niveles*, estando a la cabeza la Declaración de Derechos, luego la constitución y finalmente las leyes. Desde luego, esta caracterización hoy puede parecernos extraña en razón de que la jerarquía entre las dos primeras se ha trasladado al interior de las propias constituciones. Primero, porque los derechos y principios esenciales están incorporados,¹¹³ por lo general, en el cuerpo principal de las constituciones; y, segundo, porque estas últimas dotan a aquellos de un plus de protección, ora al establecer un procedimiento de reforma bastante exigente cuando se persiga alterar su contenido, ora al contemplar incluso su *intangibilidad articulada*. Y, en defecto de esto, por la recepción

¹⁰⁹ *Ibíd.*, 53-5. Énfasis añadido.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 54.

¹¹¹ *Ibíd.*, 55.

¹¹² *Ibíd.* Énfasis añadido.

¹¹³ *Vid.* el primer sentido de la palabra *constitucionalización* (capítulo primero).

en algunos ordenamientos jurídicos de la *doctrina de la intangibilidad inmanente o de los límites implícitos*.¹¹⁴

En función de lo anterior, se puede sostener que aun cuando Casca estableció algunos de los principales elementos del constitucionalismo moderno, no es cierto que su definición de constitución se encuentre “todavía vigente”; ya que, como se observó, Casca distingue expresamente entre Constitución y Declaración de Derechos. Es decir, en la línea de Hamilton, ofrece una *concepción estricta de constitución*. *A contrario sensu*, en la época actual predomina una *concepción amplia de constitución*, dado que en ella se fijan las normas de organización y procedimiento y, por lo regular, directamente las normas relativas a derechos. Inclusive en un ordenamiento jurídico como el francés que recoge en instrumentos autónomos una serie de principios y derechos fundamentales, el Consejo Constitucional, por la vía interpretativa, les ha conferido estatus constitucional.¹¹⁵

Los tres instrumentos a los cuales reenvía el preámbulo de la Constitución francesa de 1958 forman, en conjunto con esta última, el denominado *bloque de constitucionalidad*. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946¹¹⁶ y la Carta del Medio Ambiente de 2004 también presentan *valor constitucional* y, por tanto, sirven de parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía. Como se observa, en Francia las normas que integran el bloque constitucionalidad provienen del derecho interno; sin embargo, en la actualidad varias constituciones reenvían a normas del derecho externo, generalmente, a los instrumentos internacionales de derechos humanos. De esta manera el repertorio de normas que integran el bloque de constitucionalidad suele ser más o menos numeroso y heterogéneo.¹¹⁷

¹¹⁴ La *intangibilidad articulada* se configura a partir de la prohibición expresa de reforma de ciertos contenidos constitucionales. En cambio, en la *intangibilidad inmanente* “la prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o *telos* de la constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional”. Cf. Loewenstein, “La constitución”, 189.

¹¹⁵ Esta constitucionalización de los derechos, vía interpretativa, revela la importancia que ha adquirido la función judicial en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

¹¹⁶ En vista de que el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 reenvía a los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, el Consejo Constitucional concibe también a estos principios como parte del *bloque de constitucionalidad*. Cf. Francia, Preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190225_pre%C3%A0mbulo_1946.pdf. Vid.

¹¹⁷ Pablo Luis Manili, “Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni Figueroa Mejía (Ciudad de México: UNAM, 2014), 1:122-4.

3. Los derechos en la Constitución ecuatoriana de 2008. Estatus especial y reforzado

Como se ha visto, la migración de los derechos fundamentales hacia las constituciones no fue una cuestión sencilla; sin embargo, una vez instalados en el cuerpo normativo más importante del ordenamiento jurídico se han convertido en sus piezas más importantes, ante todo, por los bienes tan preciados que protegen. Vale la pena mencionar que la migración de los derechos a las constituciones históricas ecuatorianas ha sido paulatina pero incremental. Ciertamente, en los textos constitucionales de los siglos XIX y comienzos del XX predominaron las normas de organización y procedimiento, pero desde la Constitución de 1830 no han faltado normas relativas a derechos.¹¹⁸ El punto de inflexión lo representa la Constitución de 1929, pues aquí se reconocen por vez primera los derechos sociales y económicos, además de que se constitucionaliza el *hábeas corpus* y se extiende el sufragio a las mujeres.¹¹⁹ A partir de entonces se han agregado un creciente número de derechos, principios y garantías.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 (CRE)¹²⁰ es un ejemplo paradigmático de la concepción amplia de constitución, pues incorpora en el mismo cuerpo normativo un vasto catálogo de derechos y la estructura o marco de gobierno. Es decir, a diferencia del ordenamiento jurídico francés, el propio constituyente ecuatoriano ha conferido directamente rango constitucional a los derechos. Es así como se ha vuelto común entre los operadores jurídicos recurrir a una distinción, que ha hecho fortuna en el derecho constitucional comparado, entre una parte *dogmática* y otra parte *orgánica*.¹²¹

¹¹⁸ En la Constitución de 1830 se prevé un apartado intitulado: “De los derechos civiles y garantías” (título VIII). Aquí se reconocen: i.- el derecho al juez natural (art. 58), ii.- el principio de legalidad en materia penal (art. 58), iii.- la prohibición de detención arbitraria (art. 59), iv.- la prohibición de autoincriminación (art. 60), v.- el derecho a la propiedad (art. 62), vi.- la libertad de comercio e industria (art. 62), vii.- la libertad de expresión (art. 64), viii.- la inviolabilidad del domicilio (art. 65), y iv.- el derecho de petición (art. 66). Aunque no se atribuye a la educación el estatus de derecho, se establece como una de las atribuciones del Congreso: “Promover la educación pública” (art. 26.7). Además, respecto a los tribunales y juzgados se señala que estos deben fundar “siempre sus sentencias” (art. 49). Cf. Ecuador, *Constitución del Estado del Ecuador*, 14 de junio de 1830.

¹¹⁹ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de Derecho Constitucional* (Quito: Ediciones Legales, 2012), 93.

¹²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

¹²¹ Esta feliz distinción fue difundida por Adolfo Posada; no obstante, el autor español aclara que la tomó prestada de la obra *Principios de Derecho Natural* de Francisco Giner y Alfredo Calderón. Posada complementa que “[e]l Sr. Giner parece habérselo oído al Sr. [Laureano] Figuerola, cuando explicaba su cátedra de Derecho político comparado”. De hecho, en unos *Apuntes de Derecho político y mercantil comparado*, preparados a partir de unas lecciones dictadas por Figuerola, se puede encontrar esta famosa distinción. Cf. Adolfo Posada, “Idea general de las Constituciones políticas en los Estados modernos”, en *Tratado de Derecho Político* (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1894), 2:14; *Apuntes de Derecho político y mercantil comparado, redactados por varios cursantes con arreglo a las explicaciones (sic) del*

En la actualidad es tal la importancia de que las constituciones contengan ambos componentes, que se ha llegado a afirmar que únicamente estas “son Constituciones ‘completas’ para el ideal del Estado constitucional”.¹²²

Pero la CRE no solo contiene una parte dogmática y una parte orgánica, sino que erige en su interior una jerarquía material. En este sentido, no todas las disposiciones constitucionales cuentan con igual resistencia normativa. Esto puede corroborarse al echar un vistazo al procedimiento de reforma de la CRE.¹²³ En efecto, si bien las normas que regulan la reforma habilitan al poder constituyente derivado para modificar el texto constitucional, en el caso de la *enmienda* y de la *reforma parcial* se fija como barrera sustantiva común la prohibición de restricción de los “derechos y garantías constitucionales”. En lo que toca a la *asamblea constituyente*, a primera vista se establecen solo barreras formales, por lo que constituiría la única vía para “restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales”.¹²⁴

Precisamente, la *jerarquía material* que ostentan en la CRE los derechos y garantías de los administrados respecto de otras normas constitucionales,¹²⁵ diferencia al texto constitucional vigente de los pretéritos. En efecto, si bien en algunas de las constituciones ecuatorianas históricas se contemplaron límites sustantivos al poder de reforma, no se fija de manera expresa, como en la CRE, a los derechos y garantías constitucionales.¹²⁶ Por ejemplo, las constituciones de 1845, 1851, 1852, 1861 y 1869

Dr. Laureano Figuerola Catedrático de dicha asignatura en la Universidad Central y curso de 1859 a 1860, 79-83, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20402>

¹²² Kägi, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, 138.

¹²³ Vid. arts. 441, 442 y 444 CRE.

¹²⁴ Cf. Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (LOGJCC), Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 101.1: “Cualquier proyecto normativo que tenga por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente”.

¹²⁵ Es preciso indicar que se utiliza la expresión “normas constitucionales” para referirse, en términos generales, a la variedad de normas jurídicas que se pueden encontrar en una constitución, y no a un tipo exclusivo de ellas. O sea, tal expresión engloba tanto a las *normas constitutivas* (normas que confieren poderes normativos o normas de competencia) como a las *normas regulativas o prescriptivas* (reglas de acción o prescripciones, reglas de fin o reglas técnicas, principios en sentido estricto o principios regulativos, principios directivos, directrices o normas programáticas). Pese a que no existe uniformidad respecto a la denominación de cada tipo o subtipo de norma, en la teoría contemporánea del derecho se rechaza mayoritariamente la visión reductiva de las normas (es decir, la pretensión teórica de reconducir la enorme variedad de normas a una categoría específica). Vid. Juan Ruiz Manero, “Una tipología de las normas constitucionales”, en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (Madrid: Iustel, 2007); Mauro Barberis, “Normas jurídicas”, en *Introducción al estudio del derecho* (Lima: Palestra, 2015).

¹²⁶ Oyarte menciona que el Tribunal Constitucional, mediante resolución de 1997, interpretó el art. 49, literal c), “de la *Cuarta codificación constitucional de 1997*, [...] como una disposición intangible que afecta al poder constituyente derivado”. En el artículo referido se establecía: “El Estado garantiza la

contemplaron la intangibilidad de la disposición atinente a la religión del Estado (*i.e.* la religión católica). En cambio, las constituciones de 1843, 1851, 1861, 1869 y 1967 establecieron la intangibilidad de la forma de gobierno.

A este respecto, se puede decir que en la CRE las normas que reconocen los derechos y garantías gozan de un estatus especial. Cabe indicar que esta relación jerárquica no se fundamenta en un “juicio de valor del intérprete”, sino que se deriva principalmente de los artículos 84, 441 y 442 CRE. Entre otras cosas, en estos se determina que el “poder de reforma” no puede atentar o restringir los derechos y garantías constitucionales. Para controlar esta eventualidad, el artículo 436.2 faculta a la Corte Constitucional a declarar la inconstitucionalidad, por el fondo o la forma, de cualquier acto normativo; categoría en la que se incluyen, obviamente, las reformas constitucionales.¹²⁷ Así pues, los derechos fundamentales se erigen en *principios constitucionales supremos* que disciplinan y condicionan la validez no solamente de la actividad ordinaria de las funciones del Estado, sino también la actividad normativa del constituyente derivado.

De este modo, se puede apreciar que la primacía del tronco respecto de las ramas a la que se refirió tempranamente Casca, en la CRE se registra en su interior. Es más, como una garantía normativa adicional se sustrae al poder de reforma la facultad de modificar el régimen que disciplina su actuación.¹²⁸ Con ello se pretende evitar que el poder de reforma recurra a la estrategia de emplear el propio “procedimiento de reforma” para *remover, reforzar o incrementar* los límites constitucionales. En el primer caso, para luego realizar libremente alguna modificación constitucional de mayor calado; en el

intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores”. Al haberse reproducido esta disposición en la Constitución de 1998 (art. 35.3), Oyarte apunta que esta “traería una cláusula pétrea”. Cf. Oyarte, *Derecho constitucional*, 206. Énfasis original. La tesis del autor ecuatoriano es discutible. En realidad, el principio de intangibilidad en materia laboral se vincula, antes que con una cláusula pétrea, con la doctrina de los derechos adquiridos, a luz de la cual se “prohíbe el desconocimiento o modificación de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley”. Cf. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-177/05”, en *Expedientes D-5310 y D-5321*, 1 de marzo de 2005. Es preciso resaltar que la categoría de *derechos adquiridos* fue desarrollada por Christian Wolff a fin de contraponerlos con los *derechos innatos*. Mientras la existencia de los primeros se fundamentaría “en algún hecho humano, como podría ser un contrato o pacto”, los segundos serían “iguales para todos los hombres puesto que son consecuencia de la naturaleza humana”. Justamente, cuando ciertos autores promueven la idea de la “intangibilidad” de ciertos derechos frente al “poder de reforma” apuntan más bien a la segunda categoría (*i.e.* derechos innatos); entre otras razones, por su carácter universal (no sólo trabajadores) e inherente (no depender de algo externo). Cf. José Luis Soberanes Fernández, “Christian Wolff”, en *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos* (Ciudad de México: UNAM, 2009), 142-3.

¹²⁷ Sin embargo, el art. 106 de la LOGJCC, contradiciendo la CRE, prevé que las enmiendas y reformas solamente “pueden ser demandadas por vicios formales”.

¹²⁸ Según el art. 101.1 de la LOGJCC esta facultad está reservada a la vía de asamblea constituyente. *Vid. supra* nota 125.

segundo, para atrincherar aún más cierto límite constitucional; y, en el tercer caso, para adicionar un contenido no incluido por parte del constituyente de 2008.

Al final, se dirá que los derechos y garantías de los administrados no se encuentran plenamente salvaguardados en la CRE, pues el artículo 444 deja abierta la posibilidad de que puedan ser “restringidos” por la vía de una asamblea constituyente. Ahora bien, que represente el cauce exclusivo para “restringir” el alcance de los derechos y garantías”, no quiere decir que a través de él se los pueda “derogar” o “eliminar”. En efecto, el objetivo del artículo referido es la convocatoria de un órgano extraordinario para la redacción” de una “nueva [y auténtica] constitución”,¹²⁹ y no de una “carta de opresión”. Y, para ser considerada como tal, aquella debería reunir siquiera los elementos formulados, hace más de dos siglos, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.¹³⁰

En cualquier caso, el objetivo en este lugar no es ahondar en un tema que exigiría un trabajo de investigación autónomo. Lo que se pretende es sacar a la luz la *jerarquía material* que los derechos y garantías de los administrados ostentan en la CRE respecto de otras normas constitucionales, y que condicionan explícitamente la actuación del poder de reforma. Justamente, como se ha indicado, esto diferencia a la CRE de los anteriores textos constitucionales.

3.1 Doctrinas de la “sustitución” y de la “estructura básica”

Es inusual que las constituciones contengan cláusulas que restrinjan o dificulten la modificación de las (propias) reglas que regulan el “procedimiento de reforma”.¹³¹ En

¹²⁹ El propio artífice del concepto de poder constituyente advirtió que “toda Constitución no puede tener por objetivo sino garantizar, servir y extender los Derechos del hombre en cuanto miembro de la sociedad, debiendo comenzarse, por tanto, por reconocer inequívocamente tales derechos”. Cf. Emmanuel Sieyès, “Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos y discursos de la Revolución* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 247.

¹³⁰ Esto es, la garantía de los derechos fundamentales y la separación de poderes. *Vid. infra* sobre la “doctrina de los límites lógicos”.

¹³¹ A nivel iberoamericano solo cuatro constituciones en vigor recogen una cláusula de esta naturaleza: las Constituciones hondureña (1982, art. 374), guatemalteca (1985, art. 278), ecuatoriana (2008, arts. 441 y 442) y boliviana (2009, art. 411.I). Otros ejemplos excepcionales en el derecho comparado son las Constituciones sudafricana (1996, art. 74.1) y búlgara (1991, art. 158.5). En lo que toca a esta última, es preciso destacar que contempla una disposición parecida a la CRE, pues también reserva la facultad de modificar el régimen de reforma a un órgano extraordinario (en su caso, denominado “Gran Asamblea Nacional”). Cf. Honduras, *Constitución de la República de Honduras*, La Gaceta, 20 de enero de 1982, art. 374; Guatemala, *Constitución Política de la República de Guatemala*, Diario Oficial, 31 de mayo de 1985, art. 278; Bolivia, *Constitución Política del Estado*, Gaceta Oficial, 7 de febrero de 2009, art. 411.I;

lo que concierne al Ecuador, las constituciones históricas que rigieron antes del 2008 no solo que no han previsto una cláusula de ese tipo, sino que tampoco han establecido un *régimen escalonado o gradado de rigidez constitucional*. Es decir, no han instituido múltiples vías de reforma constitucional cuyo grado de dificultad se incrementa a tenor de la importancia asignada por el constituyente originario a cierta materia o contenido. De hecho, como se indicó arriba, los anteriores diseñadores constitucionales, cuando decidieron establecer límites materiales al poder de reforma, se centraron más bien en *otras* disposiciones constitucionales¹³² e incorporaron un procedimiento *único* de reforma.

A pesar de ello, es preciso relieves que incluso en ordenamientos jurídicos donde no se consagra expresamente la jerarquía material de ciertas disposiciones constitucionales ni se blinda el procedimiento de reforma, las altas cortes de algunos países han declarado que existen elementos torales de la constitución que no pueden ser trastocados por el poder de reforma. Dos ejemplos ilustrativos en el derecho constitucional comparado son Colombia y la India. Las constituciones vigentes en ambos países únicamente contemplan *límites formales* frente al poder de reforma; sin embargo, sus altas cortes “vía interpretativa” han configurado límites materiales. Para ello, mientras la Corte Constitucional colombiana ha recurrido a la *doctrina de la sustitución*,¹³³ la Corte Suprema india ha invocado la *doctrina de la estructura básica*.¹³⁴

Por lo que atañe a Colombia, merece especial atención la sentencia C-551/03, pues aquí la Corte Constitucional, con ocasión del control de constitucionalidad a la Ley 796 de 2003,¹³⁵ instituyó la doctrina de la sustitución. En dicha sentencia se declaró que, aun cuando la Constitución (1991) “no estableció cláusulas pétreas o inmodificables”,¹³⁶ eso no implicaba que el poder de reforma esté exento de límites materiales, “pues la facultad

Sudáfrica, *Constitución de la República de Sudáfrica*, 10 de diciembre de 1996, art. 74.1; Bulgaria, *Constitución de la República de Bulgaria*, 13 de julio de 1991, art. 158.5.

¹³² A saber, la “religión del Estado” o la “forma de gobierno”.

¹³³ Carlos Bernal Pulido, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, n.º 2 (2013): 339 y ss, <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>

¹³⁴ Joel Colón-Ríos, “¿Puede haber enmiendas constitucionales inconstitucionales? Una mirada al derecho comparado”, en *La constitución de la democracia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 213-26.

¹³⁵ Se trataba de una ley de referendo que tenía como objetivo convocar y someter a consideración del pueblo colombiano un proyecto de reforma constitucional que incluía entre sus diversos temas, sobre todo, aspectos relacionados con el régimen electoral y las finanzas públicas.

¹³⁶ A tono con ello, el art. 421.1 de la Constitución colombiana dispone que la Corte Constitucional puede controlar la inconstitucionalidad de “los actos reformativos de la Constitución [...] sólo por *vicios de procedimiento* en su formación”; Cf. Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional No. 116, 20 de julio de 1991, título XIII. Énfasis añadido.

de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad”. En este sentido, el poder de reforma no podría afectar los principios y valores cardinales que forman parte de la “identidad” de la Constitución. En opinión de la alta corte, este ejercicio ilegítimo supondría no solo “arrogarse funciones propias del poder constituyente”, sino minar “las bases de su propia competencia”. Por ejemplo, en la sentencia citada se destaca que el poder de reforma no estaría habilitado para sustituir el “Estado social y democrático de derecho con forma republicana”.¹³⁷

En sentido similar, la Constitución india (1949) no prevé ninguna cláusula pétrea en su procedimiento de reforma constitucional.¹³⁸ Sin embargo, la Corte Suprema, en *Golaknath v. Punjab* (1967), estableció que el Parlamento no ejerce ningún poder legislativo especial cuando realiza una reforma; por tanto, esta puede ser declarada inválida, como cualquier ley ordinaria, cuando resulta incompatible con los derechos fundamentales.¹³⁹ Además, señaló que solo una Asamblea Constituyente convocada al efecto podría “restringir o eliminar los derechos fundamentales”.¹⁴⁰ En su momento, tal decisión suscitó críticas, y la reacción del Parlamento indio no se hizo esperar; así, en 1971, aprobó una serie de reformas a la Constitución. En una de ellas se determinó que: “Para disipar dudas, se declara [...] que no habrá limitación alguna sobre el poder constituyente del Parlamento para enmendar mediante adición, variación o derogación las disposiciones de esta Constitución conforme a este artículo [368]”.¹⁴¹

Frente a este embate parlamentario, la Corte Suprema india, en *Kesavananda Bharati v. Kerala* (1973), respondió que si bien el Parlamento, en virtud del artículo 368, tiene un amplio poder para *enmendar* todos los artículos de la Constitución (incluidos los relativos a los derechos fundamentales), aquel “no es lo suficientemente amplio para abrogar, lesionar o destruir totalmente ninguno de los derechos fundamentales o los

¹³⁷ Modelo de Estado previsto en el art. 1 de la Constitución colombiana. Cf. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-551/03”, en *Expediente CRF-001*, 9 de julio de 2003. En fallos posteriores la alta corte colombiana ha desarrollado y perfeccionado el llamado “test de sustitución”, el cual sirve de guía para controlar las reformas constitucionales consideradas inconstitucionales.

¹³⁸ India, *Constitución de la India*, 26 de noviembre de 1949 [26 de enero de 1950], art. 368, <http://legislative.gov.in/sites/default/files/COI-updated-as-31072018.pdf>.

¹³⁹ En el caso *Golaknath* la Corte Suprema india declaró: “El Parlamento [...] es un órgano constituido con poderes legislativos que incluye enmiendas de la Constitución por mayoría especial, pero solo en la medida en que permite el art. 13 (2)”. Cf. India Corte Suprema, “I.C. Golaknath and Ors. vs. State of Punjab and Anrs.”, 27 de febrero de 1967, <https://indiankanoon.org/doc/120358/>; la traducción me pertenece.

¹⁴⁰ “Para poder restringir o eliminar los derechos fundamentales que dan tantas seguridades y garantías, hay que convocar a una nueva Asamblea Constituyente. Sin esta acción, la protección de los derechos fundamentales debe permanecer inmutable y cualquier intento de restringirlos o eliminarlos de cualquier otra manera debe considerarse revolucionario”. Cf. *Ibíd.*

¹⁴¹ *Constitución de la India*, art. 368.5.

elementos esenciales de la estructura básica de la Constitución ni para destruir [su identidad”.¹⁴² A partir de entonces, la doctrina de la estructura básica ha sido invocada por la alta corte india para invalidar varias reformas; por ejemplo, en *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* (1975) cuando se pretendió atentar contra el “sistema democrático”, el “principio de igualdad” y la “separación de poderes”.¹⁴³

La decisión del caso *Indira Nehru Gandhi*, dio lugar a una nueva reacción del Parlamento, el cual a través de otra reforma constitucional estableció que “[n]inguna enmienda de esta Constitución [...] podrá ser cuestionada bajo ningún concepto por tribunal alguno”.¹⁴⁴ No obstante, el conflicto interinstitucional no se zanjó ahí, pues frente a la pretensión del Parlamento indio de eximirse de todo tipo de control judicial respecto a las enmiendas constitucionales, la Corte Suprema, en *Minerva Mills vs. Union of India* (1980), volvió a la carga y declaró:

La concesión del derecho a destruir la *identidad de la Constitución* junto con la disposición de que ningún tribunal de justicia debe pronunciarse sobre la validez de dicha destrucción nos parece un caso transparente de transgresión de las limitaciones del poder de enmienda.

Si una enmienda constitucional no puede declararse inválida, aunque destruya la *estructura básica de la Constitución*, una ley aprobada en virtud de dicha enmienda no podrá ser objeto de control judicial porque recibirá la protección de la enmienda constitucional que los tribunales no podrán derribar. El artículo 13 de la Constitución se convertirá entonces en letra muerta porque incluso las leyes ordinarias escaparán al escrutinio de los tribunales por el hecho de se aprueben con la fuerza de una enmienda constitucional que no está abierta a impugnación.¹⁴⁵

Conviene notar que, a diferencia de la Constitución colombiana que confiere expresamente a la Corte Constitucional la facultad para controlar la *validez procedimental* de las reformas constitucionales, en la Constitución india no existe disposición alguna que autorice a la Corte Suprema para pronunciarse sobre esta materia, ni siquiera por “vicios de procedimiento”. De hecho, ha sido la misma alta corte india la que se (auto) asignado esta competencia de control a partir de la doctrina de la estructura básica. Precisamente, la falta de previsión expresa ha incidido en que se cuestione la legitimidad de su actuación. Sin embargo, como se ha visto, ni los repetidos embates del Parlamento

¹⁴² India Corte Suprema, “Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. vs. State Of Kerala And Anr.”, 24 de abril de 1973, <https://indiankanoon.org/doc/257876/>. Énfasis añadido; la traducción me pertenece.

¹⁴³ Colón-Ríos, “¿Puede haber enmiendas constitucionales inconstitucionales?”, 223.

¹⁴⁴ *Constitución de la India*, art. 368.4.

¹⁴⁵ India Corte Suprema, “Minerva Mills Ltd. & Ors contra Union Of India & Ors.”, 31 de julio de 1980, <https://indiankanoon.org/doc/257876/>; la traducción me pertenece. Énfasis añadido.

ha logrado que la Corte Suprema dé marcha atrás. Es más en los últimos años se ha consolidado ante la opinión pública como la guardiana de la “democracia en India”.¹⁴⁶

En todo caso, es preciso señalar que entre las dos doctrinas examinadas existe un punto de encuentro, y es que ambas se fundamentan en la distinción teórica entre poder de reforma y poder constituyente. Mientras el primero estaría habilitado para efectuar ajustes modestos a la constitución, únicamente el segundo podría introducir cambios radicales que afecten el “espíritu” o la “identidad” constitucional. La determinación de cuáles son los elementos esenciales que integrarían la llamada “identidad” constitucional es una cuestión que suscita importantes controversias. Es más, puede darse el caso de que a pesar de coincidir en abstracto ciertas disposiciones entre dos constituciones nacionales, una alta corte declare, por ejemplo, que la fijación de la reelección por más de dos períodos o de manera indefinida afecta a la identidad constitucional;¹⁴⁷ y, al contrario, otra alta corte profiera que no se trata de un cambio radical, sino que incluso con su incorporación se evitaría la discriminación y se robustecería los derechos de los titulares del poder a postularse tantas veces como lo deseen. Esta situación, como se sabe, ocurrió en los últimos años en países como Ecuador, Bolivia, Nicaragua y Honduras.

Esto pone en evidencia que el *lenguaje de derechos* puede servir incluso para disfrazar la condescendencia que una alta corte tiene respecto al poder de turno. Así pues, el máximo órgano de interpretación constitucional, que en teoría tiene la función de proteger al ciudadano contra el poder, puede decidir proteger al poder en “nombre” de los derechos del ciudadano. Es así como la Corte Constitucional ecuatoriana (CCE) declaró, mediante Dictamen No. 001-14-DRC-CC, que la disposición sobre la reelección, contenida en el proyecto de enmienda objeto de su control, en realidad, estaba encaminada a garantizar el derecho pleno de la ciudadanía “para elegir a sus representantes, sin que exista discriminación hacia las personas que deseen candidatizarse para un cargo público de elección popular que hayan sido reelectos, en virtud de sus derechos constitucionales de participación, en la especie, a ser elegidos”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Richard Albert, “La enmienda de las reglas que regulan la enmienda constitucional”, en *Formas y función de la enmienda constitucional* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 359-60.

¹⁴⁷ Me refiero a la Corte Constitucional colombiana. Esta alta corte, en la conocida sentencia C-141 de 2010 (a propósito de la posibilidad de una tercera postulación del expresidente Álvaro Uribe), estableció que admitir una tercera postulación presidencial supondría la sustitución de los “ejes estructurales (o definatorios) de la Constitución Política” al desvirtuar los principios de separación y equilibrio de poderes, de igualdad, de alternancia y de generalidad de las normas. Cf. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-141/10”, en *Expediente CRF-003*, 26 de febrero de 2010.

¹⁴⁸ Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 001-14-DRC-CC”, en *Caso No: 001-14-RC*, 31 de octubre de 2014, 63. En lo que concierne a Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2017, pese a que el pueblo boliviano rechazó, en el 2016, vía referéndum

3.2 Doctrinas de los “límites implícitos” y de los “límites lógicos”

Con base en lo anterior, se puede argüir que la falta de límites materiales expresos (o cláusulas pétreas) al poder de reforma, en la práctica, no sería una cuestión irremediable. En efecto, las doctrinas invocadas por las altas cortes colombiana e india convergen en la idea de que no es óbice el hecho de que las constituciones no asignen expresamente un estatus superior a ciertos principios constitucionales. De cualquier modo estos estarían *implícitamente* fuera del alcance del parlamento u otro órgano constituido no solo cuando estos ejercen su función ordinaria, sino también las veces que ejercen la función de constituyente derivado. Por el contrario, la CRE reconoce *explícitamente* a los derechos y garantías de los administrados como límites materiales frente al poder de reforma; de suerte que su contenido no puede ser restringido por este último.

En este punto conviene realizar una importante aclaración. Existe una gran diferencia entre la doctrina de los “límites implícitos” que subyace a los fallos de las altas cortes colombiana e india, con la denominada doctrina de los “límites lógicos”. La primera defiende la idea de que, aun cuando la constitución no prevea explícitamente límites frente al poder de reforma, existen *principios fundamentales o supremos* que se “deducen” del propio texto constitucional por medio de “técnicas de interpretación y/o integración”, los cuales no pueden ser subvertidos o modificados por aquel. En cambio, la segunda resalta que existen prohibiciones de reforma inherentes “a toda constitución” que no pueden ser trastocadas o alteradas ni por el poder de reforma, ni por el mismo poder constituyente originario.¹⁴⁹

Como se observa, la diferencia entre ambas doctrinas estriba en que los límites implícitos se derivan de la interpretación y/o integración de un *determinado* texto constitucional; mientras los límites lógicos se configuran a partir del propio *concepto* de constitución. Por esta razón, los primeros son “contingentes”, pues dependen del texto constitucional objeto de interpretación; en cambio los segundos son “necesarios”, ya que subyacen al mismo concepto de constitución. De ahí que sea equivocado hablar de límites

la posibilidad de una tercera postulación del presidente Evo Morales, sirviéndose de argumentos muy similares a la alta corte ecuatoriana, declaró que las disposiciones constitucionales que impedían la reelección por más de una vez debían ser dejadas de lado por “**APLICACIÓN PREFERENTE** del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los Derechos Políticos [...]”. Cf. Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia No. 0084/2017”, en *Expediente No: 20960-2017-42-AIA*, 28 de noviembre de 2017, 79. Énfasis original.

¹⁴⁹ Riccardo Guastini, *Lecciones de teoría del derecho y del estado* (Puno: Zela, 2019), 449-52.

implícitos respecto del poder constituyente originario, puesto que este, a diferencia del poder de reforma, se caracteriza por no encontrarse vinculado por texto constitucional alguno. En este sentido, mal podría argüirse que existan límites implícitos al poder constituyente originario. En tal caso, si se pretende argumentar que este último también presenta límites, estos serían de carácter lógico. Oyarte incurre en este error cuando afirma:

Tiene el poder constituyente derivado *las mismas limitaciones implícitas* que el poder constituyente originario. Son esos valores y principios del constitucionalismo que *todo Código Político*, para ser materialmente tal, debe respetar y son, entre otros: soberanía popular, separación de poderes, respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona humana [...].¹⁵⁰

Precisamente, si se hace referencia a “valores y principios” que “*todo Código Político*” debe observar, no se trata de límites implícitos, sino de límites lógicos. En sentido contrario, como se estudió arriba, cuando las altas cortes colombiana e india invocan la idea de que el poder de reforma debe respetar ciertos límites implícitos, al momento de identificarlos recurren a las disposiciones de sus respectivas constituciones nacionales. Dicho de otro modo, las doctrinas de la sustitución y la estructura básica pretenden evitar que se desfigure la “identidad” de una constitución *específica*. De acuerdo con ambas altas cortes, solamente, el poder constituyente originario podría cambiar radicalmente los “elementos esenciales” o los “ejes definitorios” de la constitución. Precisamente, aquí es cuando adquiere un especial valor la *doctrina de los límites lógicos*, pues esta sugiere que existen elementos conceptuales o necesarios que una constitución “no puede dejar de tener” sin que se transmute “en una entidad de un tipo diferente”.¹⁵¹

3.3 Jerarquías axiológica y material

De lo anterior se desprende que en los ordenamientos jurídicos colombiano e indio han sido las propias altas cortes las que han identificado una *jerarquía axiológica* de ciertos principios y, sobre todo, de los derechos de los administrados frente a las demás

¹⁵⁰ Cf. Oyarte, *Derecho constitucional*, 202. Énfasis añadido.

¹⁵¹ Cf. Bernal Pulido, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia...”, 353. Con base en los artículos 2 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el autor colombiano destaca como elementos conceptuales o necesarios de toda constitución: a) “la protección de los derechos fundamentales”, “el principio del Estado de derecho”, y el “principio de separación de poderes”.

disposiciones constitucionales. En cambio, en la CRE existe referencia expresa acerca de tal jerarquía interna, es decir, se presenta una *jerarquía material*. Existe diferencia entre una *jerarquía material* y una *jerarquía axiológica*. En la primera, la relación jerárquica se configura a partir de una norma N3 que establece que cuando se presente una incompatibilidad entre dos normas N1 y N2, una de estas resulta inválida. En cambio, en la segunda, no existe una norma N3 que establezca tal relación jerárquica, sino que es el propio intérprete quien decide asignar un valor superior a N1 o N2.¹⁵²

En lo que refiere a la CRE, el artículo 426 dispone que las “[l]as normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”. Ciertamente, la o las normas que dicta el poder de reforma no están exentas de observar tal exigencia constitucional. Más aún cuando el artículo 84 señala que “[e]n ningún caso, la reforma de la Constitución [...] atentará [] contra los derechos que reconoce la Constitución”. Es decir, si el poder de reforma dicta una norma N1 que atenta contra una norma N2 que reconoce algún derecho o garantía de la CRE,¹⁵³ N1 deberá ser declarada inválida. Con este objetivo, en el artículo 436.2 se confiere a la Corte Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de *todo* acto normativo¹⁵⁴ que contraríe formal y/o materialmente la CRE.¹⁵⁵

A pesar de que la CRE no restringe el alcance del control de constitucionalidad de ningún acto normativo, en el artículo 106 de la LOGJCC se establece que, cuando se trata de reformas constitucionales, el examen de la Corte Constitucional se circunscribe a “vicios de forma”. A decir de Oyarte se trata de un artículo que no solo es flagrantemente inconstitucional, sino que en sus numerales 2, 3 y 5 incurre en repeticiones innecesarias.¹⁵⁶ Efectivamente, en el artículo 106 se recogen expresiones tales como:

¹⁵² Cf. Giorgio Pino, “Normas y jerarquías normativas”, en *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 86-9.

¹⁵³ Recordemos que los arts. 441 y 442 de la CRE/2018 prohíben expresamente al poder de reforma la restricción de los derechos y garantías constitucionales.

¹⁵⁴ El constituyente prefirió emplear una categoría amplia, en lugar del concepto restringido de ley u otra categoría normativa específica. Así, la expresión “acto normativo” comprende las leyes, los reglamentos, las ordenanzas y otros actos del poder público que produzca efectos generales y no se agote con su cumplimiento, como sería el caso también de las reformas constitucionales.

¹⁵⁵ Según el artículo 436.2 de la CRE/2018: “La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la *invalidéz* del acto normativo impugnado”. Sin embargo, en la práctica, la Corte Constitucional suele recurrir a sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma, pero sin invalidar la disposición. Es decir, a fin de evitar expulsar del ordenamiento jurídico una disposición específica, condiciona su interpretación (*sentencias interpretativas*). En cambio, en otras ocasiones la Corte modifica directamente la disposición (*sentencias manipulativas*).

¹⁵⁶ Oyarte, *Derecho constitucional*, 223.

“vicios de forma y procedimiento” o que los “vicios formales incluye el análisis de la competencia”. Sin embargo, en el lenguaje jurídico, por lo general, se entiende que los “vicios de forma” engloban la competencia y el procedimiento.

En cualquier caso, se considera que más que una simple redundancia, en el artículo referido se puede percibir un influjo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. A este respecto, es preciso indicar que este organismo ha recurrido a la noción “vicio de competencia” para preservar el ropaje formal a un control de las reformas constitucionales que ha adquirido, con base en la doctrina de la sustitución, una dimensión material. Arriba se dijo que la Constitución de 1991 fija que dicha alta corte puede controlar la inconstitucionalidad de “los actos reformativos de la Constitución [...] *sólo por vicios de procedimiento* en su formación” (art. 421.1). Sin embargo, en la sentencia C-551/03 la Corte Constitucional colombiana señaló que:

Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un *vicio de competencia*, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual *es necesario tener en cuenta los principios y valores* que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material.¹⁵⁷

Como se observa, es el denominado “vicio de competencia” el que le permite a la Corte Constitucional colombiana ampliar, en la práctica, el alcance de su control. Aun cuando esta alta corte subraye que el análisis de tal vicio “no equivaldría a ejercer un control material”, no se explica cómo podría seguir calificándose de formal, un examen que apunta a controlar un acto reformativo con la mirada puesta en ciertos principios y valores constitucionales que podrían llegar a ser subvertidos por el poder de reforma. De hecho, la alta corte colombiana en la misma sentencia C-551/03 declaró que:

[L]a presente sentencia no sostiene que los vicios de competencia sean exclusivamente vicios de forma o procedimiento, sino que los *problemas de competencia* se proyectan al estudio tanto de los *vicios de procedimiento* como de los *vicios de contenido material*, por cuanto la competencia es un pilar básico y un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte.¹⁵⁸

De cualquier manera, si el “vicio de competencia” le ha servido al organismo colombiano para proyectar su examen a “vicios de contenido material”, en el Ecuador se

¹⁵⁷ Cf. Corte Constitucional, “Sentencia C-551/03”. Énfasis añadido.

¹⁵⁸ *Ibíd.* Énfasis añadido.

ha seguido el camino inverso. Es decir, mientras la Corte Constitucional colombiana ha *materializado* un control que según la Constitución de 1991 debía ser solamente formal; en el Ecuador se ha *formalizado* un control que la propia CRE extiende a aspectos materiales. El primero en dar este paso, como se apuntó, fue el legislador ecuatoriano con la LOGJCC. Incluso la posible interpretación de la frase “análisis de la competencia”, en la línea de jurisprudencia constitucional colombiana -en aras de no excluir el control por “vicios de contenido material”- ha resultado descartada por la misma CCE, al proferir que:

*[E]l alcance del control a través de la resolución de demandas de inconstitucionalidad en contra de enmiendas, reformas o cambios constitucionales, no puede estar dirigida a cuestionar el contenido material de las disposiciones constitucionales promulgadas, ni de la vía por la que se las adoptó; sino, más bien, de cómo esa vía fue transitada en el caso específico, esto es si existen vicios de procedimiento y aprobación.*¹⁵⁹

Con arreglo a lo anterior, se puede argüir que la CCE, prácticamente, ha dado la estocada final a la jerarquía material de los derechos y garantías constitucionales que consagra expresamente la CRE respecto del poder de reforma. A decir verdad, no resulta persuasiva la tesis de que ya se prevé un control previo de la vía por la cual debe tramitarse un proyecto de reforma determinado,¹⁶⁰ pues este último bien puede ser alterado en el curso de los debates legislativos,¹⁶¹ y así incluirse nuevos contenidos que atenten o restrinjan los derechos y garantías constitucionales. Frente a esta eventualidad, la Corte ha recurrido a la controvertida técnica de dictar un “auto de verificación” del “cumplimiento del dictamen de procedimiento”, mediante el cual se constata que “que los resultados del procedimiento de discusión y aprobación no hayan excedido los límites materiales [...]”.¹⁶²

Según la Corte, tal verificación se despliega “después de aprobadas las enmiendas

¹⁵⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 018-18-SIN-CC”, en *Casos No: 009-15-IN, 0100-15-IN, 0102-15-IN, 001-16-IN, 0002-16-IN, 0003-16-IN, 0005-16-IN, 0006-16-IN*, 1 de agosto de 2018, 71. Énfasis añadido.

¹⁶⁰ A este respecto, la Corte Constitucional ha señalado que “el control que ejerce la Corte al emitir el dictamen de procedimiento establecido en el artículo 443 de la Constitución de la República, es del tipo material, o por el fondo”. *Ibid.*, 77. En sentido contrario, Oyarte no considera que este control previo tenga carácter material, pues “solo se refiere a la competencia para realizar la reforma”, y “el análisis de competencia no es material”. Cf. Oyarte, *Derecho constitucional*, 202. Sin embargo, como se advirtió, es posible entender, como lo hizo la Corte Constitucional colombiana, que “los problemas de competencia se proyectan al estudio tanto de los vicios de procedimiento como de los vicios de contenido material”.

¹⁶¹ Desde luego, me refiero a las reformas que *necesariamente* deben tramitarse vía Asamblea Nacional (arts. 441.1 y 442).

¹⁶² Corte Constitucional, “Sentencia No. 018-18-SIN-CC”, 79.

y antes de su promulgación y publicación en el Registro Oficial”,¹⁶³ dado que “una vez que han sido promulgadas, se incorporan al texto constitucional y materialmente no resultan diferentes a todas las normas nacidas del ejercicio del poder constituyente”.¹⁶⁴ Con lo cual, en opinión de la Corte, sería imposible “aplicar el principio de supremacía constitucional [...] como base para sostener el examen de constitucionalidad de una norma de la propia Constitución”.¹⁶⁵ Se trata de argumentación controvertida, puesto que precisamente el principio de supremacía constitucional establece que “las normas y los actos del poder público” deben guardar conformidad con la CRE (art. 424), y si bien al poder de reforma se le confiere la facultad excepcional de dictar normas de carácter constitucional, al provenir estas de un poder constituido no solo que no pueden compararse con las *normas constitucionales originarias*, sino que tampoco puede excluirse un control *a posteriori* integral, con el objetivo de evitar que se transgreda los límites materiales que consagra la CRE.¹⁶⁶

¹⁶³ *Ibíd.*, 99.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 69.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ En resumidas cuentas, la validez material de toda reforma o enmienda constitucional, incluso luego de su promulgación, se encuentra supeditada a que no se restrinjan los derechos y garantías constitucionales (arts. 84, 441 y 442, CRE/2008). No es convincente el argumento de poner en el mismo nivel las normas constitucionales originarias y derivadas, pues estas últimas provienen de cualquier modo de un poder constituido.

Capítulo tercero

La constitucionalización del derecho administrativo desde la óptica de sus principios rectores

El fenómeno de constitucionalización de los derechos de los administrados, descrito en el capítulo segundo, repercute de manera decisiva en el sistema constitucional ecuatoriano. En efecto, la ubicación liminar y la jerarquía material de los derechos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (CRE) denotan el máximo nivel de importancia que estos ostentan con respecto a las normas de organización y procedimiento. Ciertamente, esto no significa que estas últimas no sean claves en el diseño constitucional; sin embargo, la relevancia de las tales normas se funda en cuestiones de naturaleza instrumental, es decir, importan porque sirven de vehículo para la garantía y realización de los derechos fundamentales.

1. Breve reflexión sobre los rasgos históricos del constitucionalismo ecuatoriano

La sentencia No. 0002-10-SIN-CC la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) declaró que:

Al dictar una resolución el Juez Constitucional debe interpretar las normas constitucionales, no sólo como un medio para promover el actuar de la Carta Política tomada en su integridad, sino como una unidad y en su conjunto, en relación directa con los instrumentos internacionales vigentes y en particular con la Carta Internacional de los Derechos Humanos de la ONU; debe vigilar que exista concordancia entre todas sus normas, y *si existe discrepancia darle preferencia a la parte dogmática sobre el resto de la Constitución, y sobre todo garantizando la efectiva vigencia de los derechos humanos.*¹⁶⁷

La prevalencia de la parte dogmática y, ante todo, de los derechos fundamentales se hace patente al revisar el régimen de reforma de la CRE. Allí, si bien no se veda la posibilidad de alterar su “estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado”, siempre y cuando se tramite la modificación constitucional vía reforma parcial (art. 442), si se sustrae de manera explícita a los “derechos y garantías constitucionales” del alcance del poder de reforma por cualquier cauce.¹⁶⁸ La decisión del

¹⁶⁷ Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 0002-10-SIN-CC”, en *Caso No: 0002-09-IN*, 8 de abril de 2010, 11.

¹⁶⁸ Huelga decir que la vía asamblea constituyente prevista en el art. 444 CRE no está relacionada con el poder de reforma, sino con la activación del poder constituyente originario.

constituyente de dejar en manos del poder de reforma un contenido tan vital, como lo es la estructura fundamental de la Constitución y los elementos constitutivos del Estado, no debe conducir a pensar que su alteración no cuente con límite o norte alguno; puesto que, como se dijo, toda (re)organización del poder público debe estar encaminada a la garantía y realización de los derechos fundamentales.

Ahora bien, es preciso resaltar que en el Ecuador la migración de los derechos hacia el texto constitucional empezó tempranamente. En la Constitución de 1830 se incorporaron derechos civiles y políticos,¹⁶⁹ y a partir de la Constitución de 1929 se añadieron los derechos sociales. Precisamente, esta “Constitución de inspiración social”, como la calificó Larrea Holguín,¹⁷⁰ supone un punto de inflexión en materia de derechos y, en su momento, se la llegó a considerar como la que “mejor ampara” al ser humano.¹⁷¹

Desde entonces, el catálogo de derechos se ha ido incrementando progresivamente tanto por la ampliación de bienes o intereses merecedores de protección jurídico-constitucional como por un intenso “proceso de multiplicación por especificación”.¹⁷² Este último proceso se ve reflejado en el reconocimiento y tutela de derechos a partir de criterios que valoran, por un lado, la situación concreta de vulnerabilidad de las personas y, por otro, a sujetos colectivos históricamente excluidos.¹⁷³ De este modo, se trasciende el criterio tradicional que contempla a los titulares de los derechos, únicamente, como sujetos abstractos, individuales y ahistóricos.¹⁷⁴

Desde luego, el elenco de derechos en la CRE no se agota en los que están directamente formulados en su texto, pues mediante la técnica de reenvío se incluyen tanto los previstos en los instrumentos internacionales como los que derivan de la “dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades” (arts. 11.7). Este tipo de cláusula constitucional también se encontraba recogida en la Constitución de 1998 (art.

¹⁶⁹ Vid. *supra* nota 119. Además de los derechos civiles enumerados en dicha nota, el artículo 11 de la Constitución de 1830 disponía que: “Los derechos de los ecuatorianos son, igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegido para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias”.

¹⁷⁰ Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional Ecuatoriano* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1998), 1:25. Este autor ecuatoriano remarca que “anteriormente sólo se encuentran algunos balbucesos del Derecho Social en leyes secundarias aisladas”.

¹⁷¹ Ramiro Borja y Borja, *Derecho Constitucional Ecuatoriano* (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1950), 2:398.

¹⁷² Acerca del proceso de especificación de los derechos, vid. Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Sistema, 1991), 116 y ss.

¹⁷³ Sobre la base de estos dos criterios, en la CRE se contempla un apartado especial que reconoce tanto los *derechos de personas y grupos de atención prioritaria* (arts. 35-55) como los *derechos colectivos* de los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios (arts. 56-60).

¹⁷⁴ La CRE incluso trasciende la visión antropocéntrica de los derechos y reconoce por vez primera derechos a un sujeto distinto del individuo, como lo es la Pacha Mama (arts. 71-74).

19). Pero incluso en el constitucionalismo ecuatoriano existe un antecedente más remoto. Así, en el artículo 158 de la Constitución de 1929 se determina que: “La enumeración de garantías y derechos determinados por la Constitución no limita ni excluye otros que son *inherentes* a la personalidad humana o que se derivan del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno”.¹⁷⁵ Disposiciones análogas las encontramos en las Constituciones de 1945 (art. 157),¹⁷⁶ 1967 (art. 28),¹⁷⁷ 1978-79 (art. 44)¹⁷⁸ y en las cuatro codificaciones de esta última: 1984 y 1993 (art. 19) y 1996 y 1997 (art. 22).¹⁷⁹

Como se puede observar, se trata de una cláusula abierta que extiende la protección hacia otros derechos, aun cuando no estén consagrados de manera directa en el texto constitucional. Obviamente, existen diferencias entre algunas de las constituciones históricas mencionadas en cuanto al alcance y el grado de indeterminación de la cláusula abierta. Por ejemplo, siempre será objeto de discusión determinar cuáles son los derechos “inherentes” o que derivan del “principio de soberanía”, de la “forma republicana de gobierno”, de la “naturaleza” o de la “dignidad” de la persona.¹⁸⁰ En cambio, la tarea de determinación se simplifica, en cierta medida, para los operadores jurídicos cuando se hace referencia a derechos “reconocidos” o “enunciados” en instrumentos internacionales.

Con relación al último supuesto, merece destacarse la Constitución de 1978-79, pues aquí por primera vez se reenvía a derechos “enunciados” en los instrumentos internacionales.¹⁸¹ Por lo que concierne a la CRE, aunque *prima facie* pareciera que

¹⁷⁵ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929, art. 158. Vale la pena mencionar que el *principio de cláusula abierta* ya se establece en la enmienda IX (1791) de la Constitución estadounidense (1787): “La enumeración de determinados derechos en la Constitución no se interpretará como que se niegan o menosprecian otros derechos conservados por el pueblo”. Cf. Grau, *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos*, 315.

¹⁷⁶ “La enumeración de garantías y derechos de esta Constitución no excluye otros, *inherentes* a la personalidad humana”. Cf. Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945, art. 157.

¹⁷⁷ “Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la *naturaleza* de la persona, el Estado le garantiza: [...]”. Cf. Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967, art. 28.

¹⁷⁸ “El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”. Cf. Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 44.

¹⁷⁹ “Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la *naturaleza* de la persona, el Estado le garantiza: [...]”. Cf. Codificaciones de 1984, 1993, 1996 y 1997 de la Constitución de 1978.

¹⁸⁰ Amén de los ya incluidos en el texto constitucional. Fórmulas como dignidad, naturaleza, soberanía, forma república de gobierno, entre otras, constituye una invitación al intérprete para que explore áreas que trascienden la esfera jurídica; por ejemplo, la filosofía moral o política.

¹⁸¹ Vid. *supra* nota 179.

reproduce la disposición prevista en la Constitución de 1998, existe un matiz muy importante, dado que en el artículo 11.7 no se habla simplemente de los derechos que derivan “de la naturaleza de la *persona*”, sino de “la dignidad de las personas, *comunidades, pueblos y nacionalidades*”. Es decir, la disposición constitucional vigente extiende su ámbito de reconocimiento a otros derechos de sujetos colectivos.

Sea como fuere, lo que me interesa relieves en este punto es que la constitucionalización directa y/o por reenvío de una lista de derechos más o menos generosa no ha sido suficiente en el Ecuador para que se produzca una efectiva (y amplia) irradiación en el ordenamiento jurídico. Como se subrayó en el capítulo primero, para que tenga lugar un auténtico proceso de impregnación de las normas constitucionales son necesarias algunas transformaciones, entre las que cabe destacar el reconocimiento (no solo formal) de la constitución como una genuina norma jurídica. Es decir, la convicción práctica de los operadores jurídicos acerca del valor normativo propio, directo y pleno de las normas constitucionales con independencia de su grado de abstracción o de su desarrollo legal previo. Bajo esta lógica, la constitución no operaría simplemente como una “fuente de las fuentes”,¹⁸² sino también como una auténtica “fuente del derecho”, al expresar normas inmediatamente aplicables.¹⁸³

Tal transformación se condensa en el *principio de aplicación directa* que, dicho sea de paso, ya se reconoció en el artículo 21 de la Codificación de 1996 de la Constitución de 1978-79. Allí se prescribe: “Los derechos y garantías consagradas en esta Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier Juez, Tribunal o Autoridad Pública”.¹⁸⁴ Este principio se ha erigido en la piedra angular del constitucionalismo contemporáneo; sin embargo, aún persiste la discusión acerca de su verdadero alcance y operatividad. Esto responde, sobre todo, a la “fisonomía *principal* o poco concluyente” que ostentan un número significativo de normas constitucionales.¹⁸⁵

A este respecto, se ha sugerido que el hecho de que todas las normas constitucionales sean de aplicación directa, no significa que las actividades intelectuales

¹⁸² Vid. Hans Kelsen, “La función de la constitución”, *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’*, n.º 5 (2010): 152-3, <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/351/268>.

¹⁸³ Francisco Rubio Llorente, “La Constitución como fuente de derecho”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, comp. Miguel Carbonell (Porrúa: Ciudad de México, 2000), 160. Este jurista español subraya: “La Constitución no es sólo una disciplina sobre las fuentes del derecho. Ella misma es [...] fuente [plena] del derecho”.

¹⁸⁴ Cf. Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador, Codificación de 1996*, Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996, art. 21.

¹⁸⁵ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, 29. Énfasis original.

que realizan los operadores jurídicos al momento de su aplicación sean idénticas. Por ejemplo, el razonamiento deductivo que caracteriza a la aplicación de *reglas*, no es suficiente cuando se trata de *valores o principios*, puesto que estos exigen una operación previa de *concretización* para “construir una *regla implícita*”, la cual sirve de premisa mayor en los casos concretos.¹⁸⁶ De este modo, la *subsunción* no sería una técnica superflua en la aplicación de los principios, como suele sugerirse, dado que se recurre a ella luego de la concretización.

A la vista de lo expuesto, se puede argüir que, si bien la CRE incorpora un abanico de nuevos contenidos y arreglos institucionales, ciertos principios cardinales de aplicación de los derechos y del constitucionalismo en general ya estuvieron recogidos en constituciones ecuatorianas anteriores. De ahí que no sea tan exacto presentar a la CRE poco menos que como la precursora del derecho constitucional en nuestro país. A título de muestra, en la sentencia No. 001-08-SI-CC la CCE declaró, quizá de manera exagerada, que:

[L]a nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley [rigidez constitucional]; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional”.¹⁸⁷

Está claro que la fórmula *Estado constitucional de derechos y justicia* es inédita, pues no la prevé ninguna constitución pretérita; empero, si se revisa cada uno de los “rasgos básicos” que la CCE atribuye a esa “nueva forma de Estado”, resulta que no son tan novedosos como lo pretende hacer notar. A decir verdad, la *rigidez constitucional* ha sido un rasgo omnipresente en el constitucionalismo ecuatoriano, pues todas las constituciones han previsto este dispositivo con menor o mayor intensidad. En cuanto al

¹⁸⁶ Vid. Riccardo Guastini, “A propósito del neoconstitucionalismo”, *Gaceta Constitucional*, n.º 67 (2013): 240, <https://es.scribd.com/doc/158778583/Riccardo-Guastini-A-proposito-del-neoconstitucionalismo>.

¹⁸⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 001-08-SI-CC”, en *Caso No: 0003-08-IC/0004-08-IC/0006-08-IC/0008-08-IC*, 28 de noviembre de 2008, 26. La idea de innovación radical se reproduce en otro fallo con algunos matices: “El nuevo Estado ecuatoriano no es, por supuesto, un Estado de legalidad como el que imperaba en el Ecuador hasta el 20 de octubre de 2008 [...]”. Cf. Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC”, 13.

carácter normativo, se podría decir que se lo estableció, de modo incipiente y formal, desde la Constitución de 1830, cuando se supeditó la conservación de la “fuerza y vigor” de las leyes vigentes antes de su promulgación a que “no se opongan a los principios” que consagró “y en cuanto contribuyan a facilitar” su cumplimiento.¹⁸⁸

En lo que atañe al *control judicial de constitucionalidad* es menester indicar que en Ecuador este mecanismo institucional también goza de un largo historial, pues se han adoptado en las constituciones pasadas las más variadas modalidades. Desde el primigenio control preventivo introducido en la Constitución de 1869¹⁸⁹ hasta el control mixto de la Constitución de 1998. Respecto al *órgano especializado* de control constitucional, en la Constitución de 1945 se estableció el primero de ellos, denominado Tribunal de Garantías Constitucionales,¹⁹⁰ el cual, como se sabe, tuvo una existencia fugaz. Con la reforma constitucional de 1996 se instituyó el extinto Tribunal Constitucional, mismo que se mantuvo operativo hasta la entrada en vigor de la CRE.¹⁹¹ El rasgo que más tardíamente se incorporó al constitucionalismo ecuatoriano fue el *principio de aplicación directa* de los derechos y garantías, pues data, como se señaló, de la codificación de 1996 de la Constitución de 1978-79.

En cualquier caso, aducir que incluso antes de la entrada en vigor de la CRE, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya se presentaron de algún modo las condiciones mínimas necesarias para la constitucionalización entendida como impregnación,¹⁹² no significa que en el plano práctico se haya concretado de manera efectiva. Pero, como lo remarca Favoreu:

¹⁸⁸ Ecuador, *Constitución del Estado del Ecuador*, Registro Auténtico, 14 de junio de 1830, art. 73. Además, en este texto constitucional se dispuso que todo funcionario debía prestar “juramento de fidelidad a la Constitución [...]” (art. 69), y se fijó a su vez entre otras causales de responsabilidad del Jefe de Estado el “infringir la Constitución” (art. 36). Esta última disposición se extendía al Ministro Secretario y al Jefe de Estado Mayor General (art. 41).

¹⁸⁹ Este control recayó en la Corte Suprema y se activaba solamente en casos en los cuales el presidente de la República objetaba una ley por razones de inconstitucionalidad y el Legislativo no se allanaba. También se lo recogió con ciertas modificaciones procedimentales en las Constituciones de 1878 (art. 60), 1929 (art. 67), 1946 (art. 67) y 1967 (art. 151).

¹⁹⁰ Denominación que procede de la Constitución española de 1931 (art. 121).

¹⁹¹ No cabe duda que la CCE cuenta con una serie de atribuciones incomparables con los anteriores órganos especializados; sin embargo, lo que interés aquí es poner de manifiesto que ya se existieron este órganos *ad hoc* antes de la CRE. Para un estudio integral sobre este tema, vid. Agustín Grijalva, “Evolución histórica del control constitucional en Ecuador”, en *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 171-196.

¹⁹² Guastini menciona tres condiciones necesarias “en ausencia de las cuales, la constitucionalización no sería posible”: i) un ordenamiento con una “constitución larga”, es decir, que contenga tanto normas de organización como normas de contenido; ii) una constitución escrita y rígida; y, iii) “garantía jurisdiccional de la constitución”. Vid. Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento”, 177-8.

Las normas constitucionales tardan en ser difundidas [o impregnadas] en el conjunto del orden jurídico *no porque falten las técnicas necesarias* para esta difusión o para esta penetración [o impregnación], sino simplemente porque los magistrados y los abogados todavía no tienen el '*reflejo constitucional*', es decir, la reacción consistente en preguntarse, en cualquier proceso, si no deben evocarse los aspectos constitucionales.¹⁹³

Con base en lo anterior, se considera que si bien la CRE contempla un notable fortalecimiento de la CCE que puede coadyuvar en mayor medida en el arduo proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico,¹⁹⁴ aún sigue siendo una garantía insuficiente si los operadores jurídicos no desarrollan el "reflejo constitucional" referido por Favoreu. Esto exige no solamente la adopción formal de un repertorio amplio de nuevos artilugios, sino de un cambio real en las actitudes y prácticas interpretativas y argumentativas de los operadores jurídicos. En esta línea, Giorgio Pino señala que:

[L]a cultura jurídica en la que se expresa el constitucionalismo de los derechos exige a los operadores jurídicos considerar a la constitución y al listado de derechos fundamentales contenido en ella, como un *documento plenamente normativo*, utilizable en todas las operaciones jurídicas ordinarias (interpretación jurídica, decisión de casos, etc.) y dotado de supremacía axiológica respecto a todas las demás normas del ordenamiento.¹⁹⁵

Ahora bien, estudiar si el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano en su plenitud es real o aparente sería una empresa monumental, pues exigiría el análisis comprensivo de la normativa y jurisprudencia dictada en los últimos años sobre cada una de las ramas del derecho. Por esta razón, el objetivo aquí, como se desprende del título de la presente tesis, es menos ambicioso. Interesa examinar cómo se han desarrollado, distorsionado o incluso desconstitucionalizado ciertos principios constitucionales torales que guardan relación directa con el orden jurídico-administrativo.

Para ello, recurriré no solo a la CRE, sino a ciertos materiales doctrinales, legales y jurisprudenciales que permitan arrojar luz sobre el impacto efectivo de las normas constitucionales en la administración pública y en el derecho administrativo. No obstante, previo a centrar la atención en lo antes mencionado, se empezará con una definición básica de derecho administrativo, y luego se ofrecerá una descripción general de los

¹⁹³ Favoreu, "La constitucionalización del derecho", 51. Énfasis añadido.

¹⁹⁴ Precisamente, el considerando penúltimo de la LOGJCC establece: "Que, se requiere asegurar que todos los jueces resuelvan todos los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales, y que *la Corte Constitucional lidere este proceso de constitucionalización de la justicia*". Énfasis añadido.

¹⁹⁵ Pino, *El constitucionalismo de los derechos*, 51.

efectos que provoca la constitucionalización de los derechos respecto de las actividades de producción, interpretación y aplicación del derecho administrativo.

2. Definición de derecho administrativo

Si se pretende reflexionar sobre la constitucionalización del derecho administrativo, además de la dilucidación conceptual realizada en el capítulo primero sobre el término *constitucionalización*, es necesario disipar otra importante perplejidad: ¿qué se entiende por *derecho administrativo*? Hay que decir que han existido “innumerables intentos” por encontrar una respuesta a esta importante interrogante;¹⁹⁶ sin embargo, aquí la reflexión no se detendrá en hacer un inventario exhaustivo sobre esta cuestión,¹⁹⁷ sino simplemente se expondrá algunas breves precisiones.

Dicho esto, conviene notar que la expresión derecho administrativo presenta una ambivalencia similar a otras áreas jurídicas, puesto que designa tanto el objeto de estudio como al estudio del objeto; es decir, comprende a su vez el complejo de normas positivas y la rama del conocimiento jurídico que lo estudia.¹⁹⁸ Desde una “perspectiva metodológica”, Santamaría Pastor identifica, al menos, tres acepciones de derecho administrativo, a saber: i) “conjunto de normas jurídicas positivas, delimitadas dentro del ordenamiento jurídico total”; ii) “ ‘ciencia’ o conjunto sistemático de saberes abstractos”, y iii) “disciplina académica o asignatura de los planes de estudio de la Licenciatura de Derecho”.¹⁹⁹

Por lo que respecta a esta tesis, se focalizará en la primera de las acepciones. De este modo, *el derecho administrativo alude a un conjunto de normas y principios*

¹⁹⁶ Ramón Parada, “El Derecho administrativo. Cuestiones básicas”, en *Derecho Administrativo I* (Madrid, Open, 2014), 17-8.

¹⁹⁷ Para una exposición sobre las distintas concepciones de derecho administrativo, puede consultarse Oriol Mir Puigpelat, “El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, *Revista de Administración Pública*, n.º 162 (2003): 62 y ss., <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=160&IDA=24515>. Este autor pone de relieve “el carácter *pendular* de las distintas concep(tua)ciones del Derecho administrativo”. A este respecto, apunta que “las teorías objetivo-funcionales y las orgánico-subjetivas se han venido relevando a lo largo del tiempo, en una especie de competición sin ganador definitivo”.

¹⁹⁸ Gordillo ha objetado la *definición normativa*, pues hace prevalecer “un carácter legalista y exegético antes que metodológico o cognoscitivo en el concepto pertinente”. Vid. Agustín Gordillo, “El derecho administrativo”, en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 104-5.

¹⁹⁹ Juan Alfonso Santamaría Pastor, “Las bases históricas y conceptuales del Derecho administrativo”, en *Principios de Derecho administrativo* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000), 1:77-80. Interesa señalar que este autor español, a pesar de que identifica los tres significados más usuales sobre derecho administrativo, es bastante escéptico en cuanto a la “utilidad práctica” de este tipo de “disquisiciones conceptuales”.

jurídicos que regulan la organización, el procedimiento y las diversas formas de actividad de la administración pública. En términos sucintos, el derecho administrativo “es el derecho propio de la administración”²⁰⁰ o, para ser más exacto, de las *administraciones públicas*.²⁰¹ En el mapa jurídico al derecho administrativo se lo ubica dentro del campo del derecho público, pues regula tanto las relaciones jurídicas entre los diversos órganos administrativos (relaciones *ad intra*) como entre la administración pública y los *administrados* (relaciones *ad extra*).

Sobre lo anterior cabe hacer dos puntualizaciones. Primero, el considerar al derecho administrativo como un derecho *propio y específico* de la administración pública no significa que aquel se ocupe solamente de los órganos administrativos y de sus distintas formas de actividad, sino que, ante todo, regula “las relaciones existentes entre la administración y los *ciudadanos*, estableciendo derechos y obligaciones de estos últimos, aunque, eso sí, referidos siempre a su relación con la administración”.²⁰² Segundo, que el derecho administrativo sea aplicable a otros órganos del Estado, e incluso a entidades no estatales, no afecta su *carácter subjetivo-estatutario*, ya que como indica Mir Puigpelat:

El Derecho administrativo no deja de ser el Derecho propio y específico de la Administración por el hecho de que sus normas se apliquen también, en ocasiones, a otros sujetos (órganos constitucionales o particulares), de la misma manera que los Derechos mercantil, laboral y civil no dejan de ser los Derechos propios y específicos de – respectivamente- empresarios, trabajadores y particulares por el hecho de que sus normas se apliquen también a la Administración.²⁰³

Ahora bien, es preciso poner de relieve que en los últimos años algunos autores tienen cierta reticencia al uso predominante de la palabra *administrados* y promueven en su lugar el empleo de *ciudadanos*. La razón estriba en que en el lenguaje jurídico-administrativo el término *administrados* denota “una simple posición pasiva del sujeto

²⁰⁰ Maurer, *Derecho administrativo*, 37.

²⁰¹ “El Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las *Administraciones Públicas* en cuanto sujetos”. Vid. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “La Administración Pública y Derecho Administrativo”, en *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2006), 1:59.

²⁰² Maurer, *Derecho administrativo*, 38.

²⁰³ Mir Puigpelat, “El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”, 71. En sentido contrario, Santamaría Pastor advierte una “ruptura del carácter estatutario del ordenamiento administrativo”, con lo cual “el Derecho ‘propio’ de la Administración” pasa a ser “el Derecho común de la función administrativa realizada por todos los órganos del Estado, incluso de los ajenos a la Administración”. Cf. Santamaría Pastor, “Las bases históricas y conceptuales del Derecho administrativo”, 74.

que soporta la acción de administrar”, lo cual no armoniza con la situación activa que el particular también ocupa frente a la administración pública.²⁰⁴

En el caso puntual ecuatoriano, la misma CRE consagra el *principio de participación* como uno de los que rigen la actuación de la administración pública (art. 227). Con base en aquel principio, las personas no son consideradas como simples destinatarias o beneficiarias de bienes y/o servicios, sino como agentes protagónicos “en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos” (arts. 61.2 y 95).²⁰⁵ En armonía con lo anterior, el artículo 37 del Código Orgánico Administrativo (COA) determina, por un lado, que “[l]as administraciones públicas sirven con objetividad al interés general”²⁰⁶ y, por otro, que estas “[f]omentan la participación de las personas para que contribuyan activamente a definir el interés general”.²⁰⁷

Así, el artículo 37 del COA constituye una muestra ilustrativa de la reconfiguración de la relación entre la administración pública y los ciudadanos. Está claro que el eje rector de la actuación administrativa lo constituye el *interés general*; sin embargo, en la praxis la facultad de definir o concretar tal concepto jurídico indeterminado ha recaído, de manera exclusiva y excluyente, en la propia administración pública, o incluso se ha llegado a identificar el interés de esta última con el interés general.²⁰⁸ En sentido contrario, el artículo referido del COA sintoniza con la idea de que no existe un “interés general” inmutable e impuesto desde arriba, sino que se lo (re)define con la contribución e implicación activa de los ciudadanos.

²⁰⁴ Cf. Eduardo Gamero Casado, “La posición jurídica de los ciudadanos”, en *Manual Básico de Derecho Administrativo* (Madrid, Tecnos, 2017), 108. Edición en formato digital.

²⁰⁵ En este orden de ideas, Parejo Alfonso aduce que: “El éxito de la acción administrativa depende cada vez más de la colaboración entre la AP y los ciudadanos”. Cf. Luciano Parejo Alfonso, “La Administración pública y el Derecho administrativo”, en *Lecciones de Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 35.

²⁰⁶ La disposición citada del COA reproduce parte del art. 103.1 de la Constitución española (1978), el cual recoge una frase similar: “La Administración Pública sirve con *objetividad* los intereses generales [...]”. Este precepto sugiere el carácter servicial de la administración pública, cuyo fin y fundamento de existencia no es otro que atender al interés general. Eso sí, este fin debe alcanzarse con “objetividad”, esto es, “sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismos ni discriminaciones”. Vid. Miguel Sánchez Morón, “Artículo 103”, en *Comentarios a la Constitución Española*, dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018), 2: 452-3.

²⁰⁷ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 37.

²⁰⁸ A este respecto, Hans J. Wolff, citado por Gordillo, subraya que “no debe confundirse el *verdadero* interés público de la colectividad, con el aparente o *fáctico* interés de los organismos estatales”. Cf. Agustín Gordillo, “Servicios públicos”, en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 409. Énfasis original.

Tras haber esbozado algunas precisiones sobre el concepto de derecho administrativo, queda por establecer, desde una óptica general, cuáles son los efectos de la constitucionalización de los derechos en esta importante rama del derecho público.

3. Efectos de la constitucionalización de los derechos en la administración pública y el derecho administrativo

La CRE contiene un amplio catálogo de derechos, los cuales se perfilan no únicamente como posiciones subjetivas sino como verdaderos límites y directivas de la administración pública. Este doble carácter de los derechos se refleja a lo largo del texto constitucional cuando a la vez que reconoce a los ciudadanos una panoplia de pretensiones, libertades, poderes e inmunidades; erige a los propios derechos como las normas rectoras de la actuación del Estado. En efecto, en la CRE las actividades de producción, interpretación y aplicación jurídica giran en torno a los derechos.²⁰⁹

Con respecto a la *producción jurídica*, el artículo 84 CRE establece que “todo órgano con potestad normativa” deberá adecuar sus actos “a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales [...]”. En cuanto a la *interpretación*, el artículo 11.5 obliga a las autoridades judiciales y administrativas a interpretar las normas en el sentido que más favorezca su plena vigencia (principio *pro ser humano*).²¹⁰ En lo que toca a la *aplicación*, el artículo 11.3 no solo fija la eficacia directa de los derechos constitucionales, sino que toda autoridad en caso advertir derechos más favorables en los instrumentos internacionales debe apelar de modo preferente a ellos (art. 426).

Además, en la CRE todos los derechos se encuentran formalmente protegidos por un conjunto de garantías *primarias* (o sustanciales) y *secundarias* (o procesales). Las primeras están representadas por deberes positivos y negativos, es decir, obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión de los derechos. Las segundas consisten en obligaciones de anulabilidad de actos inválidos o de condena de actos ilícitos. De este modo, se puede afirmar que las garantías secundarias son subsidiarias, pues se activan

²⁰⁹ Herbert Krüger, citado por Bachof, apunta que antes “los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy “las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”. Cf. Bachof, *Jueces y Constitución*, 41.

²¹⁰ El principio *pro ser humano* es un criterio interpretativo que informa que todas las “normas han de ser interpretadas a favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos, en procura que los preceptos legales se conviertan en instrumentos que respeten en la mayor medida posible, las garantías y prerrogativas esenciales para la materialización de la mejor calidad de vida de las personas”. Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 380-17-SEP-CC”, en *Caso No: 2334-16-EP*, 22 de noviembre de 2017, 33. Énfasis añadido.

cuando se verifican violaciones de los derechos y de las correspondientes garantías primarias.²¹¹

Las garantías primarias pueden ser *genéricas* o *específicas*. La diferencia entre estas reside en si cobijan a todos los derechos o a uno en particular. Como botón de muestra de las garantías genéricas, en el artículo 11.9 CRE se establece como el máximo deber estatal el “respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. En cambio, en el artículo 11.8 se consagra que “[e]l Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”. Como se puede apreciar, en ambas disposiciones constitucionales se confiere deberes genéricos de carácter negativo y positivo dirigidos al Estado.²¹²

Pero la CRE también prevé deberes negativos y positivos *específicos*. Por citar algunos ejemplos. Respecto al derecho a la integridad personal se prohíbe “la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 66.3.c); en cuanto al derecho a la inviolabilidad de domicilio se prohíbe “ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante [...]”; el derecho a la educación se instituye que es “un deber ineludible e inexcusable del Estado” (art. 26); y, finalmente en lo que concierne al derecho a la seguridad social se consagra que “será deber y responsabilidad primordial del Estado” (art. 34).²¹³

En este punto conviene notar que la *dimensión objetiva* de los derechos se desprende no solo de las disposiciones aludidas, sino incluso de la fórmula definitoria del modelo estatal consagrado en el artículo 1 CRE, en donde se reconoce precisamente a los derechos como uno de los elementos constitutivos del Estado ecuatoriano.²¹⁴ Así, se podría argüir que en el *Estado de derechos*²¹⁵ y *justicia*, la garantía y realización efectiva

²¹¹ Ferrajoli, “Poderes, derechos y garantías”, 631-4.

²¹² La faceta activa del Estado se reconoce a lo largo de la CRE y se identifica con fórmulas verbales como: “promoverá”, “fomentará”, “adoptará”, “incentivará”, “impulsará”, “estimulará”, etc.

²¹³ Ahora bien, en la CRE se pueden encontrar deberes específicos con enunciaciones más detalladas. Por ejemplo, con relación al *sistema de educación superior* se contempla que: “La Función Ejecutiva no podrá privar de sus rentas o asignaciones presupuestarias, o retardar las transferencias a ninguna institución del sistema, ni clausurarlas o reorganizarlas de forma total o parcial” (art. 355). En cuanto a la *seguridad social* se fija que: “Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado” (art. 369).

²¹⁴ La dimensión objetiva de los derechos ya fue reconocida en los debates constituyentes. Así, la asambleísta constituyente Aminta Buenaño expuso que “[l]a expresión de ‘derechos’, en plural, tiene sentido, porque en el Estado constitucional los derechos fundamentales adquieren la dimensión de valores supremos en la vida del Estado y de la sociedad”. Cf. Ecuador Asamblea Constituyente del Ecuador 2008, *Acta 079*, 8 de julio de 2008, p. 171.

²¹⁵ Al revisar el acta constituyente en la cual se registra un primer debate sobre la fórmula definitoria del Estado ecuatoriano, se puede apreciar que la expresión “Estado de derechos” fue mocionada

de los derechos (principios) constituye el camino para alcanzar la justicia (fin). Ciertamente, entre ambos elementos constitutivos existe un condicionamiento recíproco.²¹⁶

En lo que atañe al elemento “justicia”, el cual integra también la fórmula definitoria del Estado ecuatoriano, se debe poner de manifiesto que algunos académicos, a veces, incorrectamente lo identifican y/o limitan con el aspecto “jurisdiccional”. En realidad, al hacerlo se incurre en el error de confundir un *valor fundamental* del ordenamiento jurídico con *una* de las funciones del Estado. Ciertamente, que en el sistema constitucional vigente los jueces cumplen un rol importante, pero de allí a derivar que “Estado de justicia” equivale a “Estado jurisdiccional” parece inoportuno o excesivo. Sobre este particular, Elías Díaz subraya que:

La invocación al Estado constitucional de Derecho de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, obviar, al Estado legislativo de Derecho ni puede, por tanto, valer como disfraz ideológico para un reductivo *Estado judicial de Derecho*, poco acorde con la legalidad (incluida la constitucional) y la democrática legitimidad: en tal situación todos los conflictos y luchas políticas se trasladarían entonces (aún más) al interior del poder judicial.²¹⁷

Pero incluso Zagrebelsky, uno de los más conspicuos defensores del Estado constitucional, está en contra de la “infravaloración de las instituciones legislativas democráticas”. De esta manera, el jurista italiano si bien, por un lado, reconoce la “excepcional importancia” que tienen los jueces en el Estado constitucional, por otro, advierte que esto no significa que ellos se hayan erigido en los nuevos “señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador”. Claramente, la posición del legislador en el Estado constitucional se ha visto afectada, pero esto no implica que los órganos judiciales se encuentren habilitados para cercenar su “derecho a contribuir

por el asambleísta constituyente (alterno) César Raza. El argumento que ofreció para justificar tal expresión se basa en una concepción “interdependiente”, “indivisible” y de igual jerarquía de los derechos. Según Raza, al hablar de “Estado de derechos” se renuncia a la visión generacional que subyace a los modelos estatales pretéritos. Es decir, un “Estado liberal” ligado con los derechos de primera generación, un “Estado social”, con los de segunda, y un “Estado social y democrático de derecho”, con los de tercera. La visión generacional, a decir de Raza, está “ya superada”, pues nos instala en una “lógica de conflicto de derechos” que conduce “siempre a privilegiar a unos sobre otros”. Cf. Ecuador Asamblea Constituyente, *Acta 060*, 7 de junio de 2008, 42-4. Al final, esta concepción de los derechos se condensa en el art. 11.6 CRE: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, *indivisibles*, *interdependientes* y de *igual jerarquía*”.

²¹⁶ En este aspecto, Zagrebelsky y Marcenò escriben: “El Estado constitucional es aquel en el que el respeto de los principios condiciona los fines, y en el que los fines orientan a los principios”. Cf. Gustavo Zagrebelsky y Valeria Marcenò, “Morfología de las normas constitucionales”, en *Justicia constitucional. Historia, principios e interpretaciones* (Puno: Zela, 2018), 1:372.

²¹⁷ Díaz, “Prólogo a la novena edición”, loc. 17. Énfasis añadido.

políticamente a la formación del ordenamiento jurídico”. En palabras de Zagrebelsky: “Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático”.²¹⁸

A este respecto, no debe soslayarse que el propio artículo 1 CRE incorpora el elemento “democrático”, lo cual hace difícil admitir que el constituyente ecuatoriano cuando alude a un “Estado de justicia” se haya decantado por un “Estado jurisdiccional”. Más aún cuando, como se sabe, el concepto de *democracia participativa* es transversal en la CRE. Además, en el artículo 11.8 CRE se destaca el *papel cooperativo* que las distintas funciones del Estado deben observar al momento de desarrollar “de manera progresiva” el contenido de los derechos por medio de las “normas”, la “jurisprudencia” y las “políticas públicas”. En esta línea argumentativa, Pino aclara que “[e]n el constitucionalismo contemporáneo, la administración [o gestión] de los derechos es una tarea compleja que tiene como propios protagonistas no solo al *legislador* y a la *administración*, sino también a los *jueces*, tanto constitucionales como comunes”.²¹⁹

Así las cosas, se puede argüir que el *Estado constitucional de derechos y justicia* requiere el concurso de cada una de las funciones estatales para la garantía y realización de los derechos. Está claro que, como se ha indicado, la función jurisdiccional tiene un papel primordial dentro del modelo constitucional ecuatoriano, pero es preciso advertir que la intervención asidua de los jueces, antes que una señal de pleno respeto hacia los derechos, revela las persistentes vulneraciones, pues aquellos actúan por lo general cuando fallan las garantías primarias; es decir, a resultas de la inobservancia de las obligaciones de no lesión y de prestación de los derechos por parte de los sujetos públicos o privados.²²⁰

Ahora bien, si es inadecuada interpretación del modelo de Estado ecuatoriano como un “Estado jurisdiccional”, tampoco puede admitirse la configuración de un “Estado administrativo”. Es decir, un Estado en donde el Derecho abdique de su autoridad y tolere excesivos márgenes de maniobra a las entidades y órganos administrativos.²²¹ Sin

²¹⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 150-3.

²¹⁹ Pino, *El constitucionalismo de los derechos*, 41-2. Énfasis añadido.

²²⁰ En este sentido, Ferrajoli expone: “A diferencia de las garantías primarias, las *garantías secundarias* no consisten, ni siquiera cuando intervienen en reparación de los derechos violados, en la inmediata satisfacción o no violación de esos derechos, o sea, en la obediencia de los deberes correspondientes a los mismos, sino en la garantía de la anulabilidad de los actos inválidos y de la responsabilidad por los actos ilícitos que constituyen las desobediencias de sus garantías primarias”. Cf. Ferrajoli, “Poderes, derechos y garantías”, 637-8. Énfasis añadido.

²²¹ Adrian Vermeule, *La abdicación del derecho. Del imperio del Derecho al Estado administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 117.

duda, la naturaleza de la administración pública se ha visto transformada merced al fuerte componente prestacional del Estado, lo que se refleja en la diversidad de actividades administrativas que hoy realiza y que conlleva al crecimiento exponencial de la burocracia administrativa. En este complejo escenario, los planes y programas gubernamentales han venido a desplazar, hasta cierto punto, a la Constitución y las leyes en cuanto a la fijación de los aspectos esenciales o primarios de actuación de la administración pública.²²²

Se trata de una cuestión harto sensible que afecta directamente al componente democrático del Estado ecuatoriano, pues en la práctica los planes y programas son elaborados por órganos “técnicos” que no se caracterizan precisamente por reflejar y canalizar una pluralidad de voces y visiones. En contraposición con la Constitución y las leyes que emergen de cuerpos deliberativos, plurales y con legitimidad y responsabilidad democrática. No puede negarse que en ocasiones ha sido el propio legislador quien concede cada vez mayor margen de discrecionalidad a los órganos y entidades administrativas o incluso deslegaliza o hace remisiones en blanco de materias reservadas a su ámbito de competencia, dando lugar a un *gobierno burocrático*, que contradice dos principios cardinales de la CRE, a saber: los principios de legalidad y de reserva de ley.

4. Análisis doctrinal, jurisprudencial y legal de los principios constitucionales rectores de la actuación administrativa

En lo que sigue, el estudio se concentrará en el análisis doctrinal, jurisprudencial y legal de los principios constitucionales rectores de la actuación administrativa. Para ello se recurrirá a autores reconocidos en la materia, sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) que abordan directamente tales principios y, en lo que cabe, la legislación pertinente. Conviene decir que la selección del material jurisprudencial no fue desde ningún punto de vista arbitrario, sino que se ha realizado un ingente esfuerzo por identificar las sentencias que se refieren *expresa y directamente* a los principios relativos al orden jurídico-administrativo. Es sabido que el sistema de búsqueda que ofrece la página de la CCE no se caracteriza precisamente por su sistematicidad y accesibilidad (en contraste con el portal de la Corte Constitucional colombiana); no obstante, en ese *océano jurisprudencial* se ha procurado rescatar las pocas decisiones en las que se interpreta y

²²² Fabián Corral, “Las políticas públicas”, *El Comercio*, 29 de diciembre de 2012. Del mismo autor, vid. “Derogatoria de la legalidad”, *El Comercio*, 20 de junio de 2019.

aplica a casos concretos los principios constitucionales que rigen la actuación administrativa.

En todo caso, como se observará, el sentido y alcance que la CCE asigna a estos principios no solo que no se condicen con su finalidad constitucional, sino que se presentan imprecisiones, distorsiones e incluso la desconstitucionalización de un principio clave en el derecho administrativo, como lo es el de reserva legal. Una situación que, desafortunadamente, no ha sido corregida tampoco por la nueva CCE. Finalmente, y antes de iniciar el análisis jurídico correspondiente, es preciso subrayar que la centralidad que ocupa la jurisprudencia constitucional en este trabajo tampoco responde a una decisión metodológica antojadiza. A decir verdad, la constitucionalización entendida como impregnación se sostiene, en gran medida, en la concretización previa que realiza la CCE de principios constitucionales que ostentan un alto grado de indeterminación. Así pues, resulta imprescindible que este órgano constitucional desarrolle en forma adecuada, armónica y rigurosa el contenido de dichos principios para que los demás operadores jurídicos puedan tener mayor claridad al momento de apelar a ellos en casos concretos.

4.1 Principios de legalidad y de constitucionalidad

El principio de legalidad comporta la sujeción a la *ley* de todos los poderes públicos. Se trata de una de las aspiraciones e ingredientes básicos de todo “Estado de derecho”.²²³ En el Estado legislativo el término “ley” se lo identifica con el producto normativo del legislador (*ley formal*). En cambio, en el Estado constitucional, el término “ley” comprende la sujeción prevalente o más fuerte de todos los poderes públicos a la *ley fundamental o suprema*, esto es, a la constitución.²²⁴ A pesar de esta reformulación semántica, en la actualidad existe cierta reticencia al empleo de la expresión principio de legalidad, en virtud de su estrecha conexión histórica con el Estado legislativo. En esta línea, Favoreu expresa que:

[B]ajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Durante el siglo XIX y en el transcurso de casi todo el siglo XX, el orden jurídico tuvo como eje esencial la ley [...] Hoy, el eje esencial es la Constitución [...] Las cosas ya no son como antes. La ley era ‘la medida’ suprema; hoy

²²³ Otros ingredientes del “Estado de derecho” son: i) el control judicial, ii) la distribución funcional del poder, y iii) la garantía de los derechos fundamentales.

²²⁴ Díaz, “Prólogo a la novena edición”, loc. 13.

es la Constitución. En otros tiempos se hablaba del *principio de legalidad*; hoy se habla del *principio de constitucionalidad*".²²⁵

Aunque en la CRE no existe referencia expresa al *principio de constitucionalidad*,²²⁶ este se lo puede deducir de varias de sus disposiciones, en las cuales se reconoce la sumisión al texto constitucional de cada uno de los poderes públicos.²²⁷ Por su generalidad, merece especial mención el artículo 426, inciso primero, que dispone: "*Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución*".²²⁸ Precisamente, este pleno sometimiento de los poderes públicos a la constitución representa para Ferrajoli, antes que la superación del "Estado de derecho", su "completa realización"; pues aquí "el legislador deja de ser omnipotente y queda igualmente subordinado a la ley constitucional".²²⁹ De este modo, se cumpliría, siquiera en el plano normativo, una de las aspiraciones máximas del Estado de derecho, que es impedir que existan poderes exentos de límites jurídicos. No obstante, en la praxis la cuestión no es tan sencilla.

Como en gran parte de los países de Occidente, en Ecuador la función de garante máximo de la Constitución está en manos de un órgano especializado: la CCE. Esta magistratura tiene la delicada tarea de resguardar la CRE frente a cualquier extralimitación de los poderes públicos, incluido el legislador. Es una obviedad decir que la CCE también se encuentra sujeta al texto constitucional. Sin embargo, es aquí cuando empieza el problema, pues, como se dijo, un signo distintivo de las constituciones contemporáneas es que se encuentran repletas de valores, principios y derechos con un alto grado de indeterminación. La CRE no es la excepción, por lo que existe un claro riesgo de que el máximo guardián constitucional aproveche tal indeterminación normativa para disfrazar posiciones partidistas o personales de los jueces constitucionales. Por esta razón, el principio de constitucionalidad no está completamente

²²⁵ Favoreu, "La constitucionalización del derecho", 60-1. Énfasis añadido.

²²⁶ Más bien se menciona al *principio de legalidad* en el inciso segundo del artículo 164 CRE. Allí se establece que: "El estado de excepción observará los principios [...] de legalidad [...]".

²²⁷ Vid. Asamblea Nacional (art. 84), Presidente de la República (147.1), Función Judicial (art. 172) y Administración Pública (art. 226).

²²⁸ Al referirse el artículo 426 CRE no solo a las autoridades, sino a *todas las personas*, se pone de manifiesto la recepción en nuestro sistema constitucional de la *doctrina de la eficacia horizontal de los derechos* (o eficacia *inter privatos*).

²²⁹ Luigi Ferrajoli, "El garantismo entre positivismo jurídico y constitucionalismo", en *Garantismo* (Madrid: Trotta, 2013), 28. En este sentido, en uno de sus primeros fallos la Corte Constitucional de Ecuador manifestó que: "El Estado constitucional de los derechos, [sic] constituye efectivamente el *perfeccionamiento del Estado de legalidad* [...]". Cf. Corte Constitucional "Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC", 13. Énfasis añadido.

a salvo. En esta línea argumentativa, Pérez Royo asevera:

Sin duda, la creación de Tribunales Constitucionales ha sido un paso de excepcional importancia [...]. Pero tampoco resuelve definitivamente el problema. Únicamente lo desplaza. Porque ¿quién controla al Tribunal Constitucional? La respuesta definitiva no es posible.

Al final la única conclusión a la que cabe llegar es que la respuesta, cuando la hay, está en la propia sociedad, en la existencia de una *opinión pública constitucional* lo suficientemente poderosa como para imponer a todos los actores del proceso político un comportamiento constitucionalmente correcto. *En último extremo, la sociedad no tiene más garantía que ella misma [...].*²³⁰

De ahí que pueda sugerirse que el control judicial de constitucionalidad no representa un remedio institucional suficiente, si no existe, amén de la opinión pública constitucional vigorosa aliviada por Pérez Royo, la convicción por parte de los jueces constitucionales del respeto irrestricto que deben al texto constitucional *vigente*, y no a uno de carácter *ideal*. Así pues, no es tarea de la CCE enmendar los supuestos “defectos” que a su juicio contiene la CRE, dado que de hacerlo estaría usurpando el poder constituyente del pueblo, el cual le encomendó proteger el texto constitucional *aprobado* y no uno que los jueces hubiesen *anhelado*.

El escenario más grave se presenta cuando los jueces recurren a maniobras pseudointerpretativas para sortear disposiciones constitucionales cuyo contenido es claro y preciso, dando lugar a decisiones que están en contradicción directa con el texto de la norma, lo cual supone un flagrante “quebrantamiento constitucional”. Como subraya Hesse, al referirse a los límites de la interpretación constitucional: “Allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla”.²³¹

4.2 Principio de juridicidad y doctrina de la vinculación positiva de la administración pública

En los últimos años, dada la heterogeneidad del sistema de fuentes se suele invocar la expresión *principio de juridicidad*, en lugar de las más comunes como principio

²³⁰ Pérez Royo, “El Derecho Constitucional”, 46. Énfasis original.

²³¹ Konrad Hesse, “La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 70.

de legalidad y principio de constitucionalidad. La razón es que mientras el principio de legalidad evoca la subordinación preeminente de la administración pública a la ley formal (*legicentrismo*); el principio de constitucionalidad pone su acento en la Constitución. No obstante, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos la administración pública se encuentra sometida a un universo normativo mucho más complejo y dinámico que se prolonga también a normas de derecho externo, principios, jurisprudencia, etc.

Precisamente, en virtud del carácter comprensivo del término “principio de juridicidad” el legislador ecuatoriano ha decidido incorporarlo en el artículo 14 del COA, el cual reza: “La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código”.²³² En análogo sentido, el *Diccionario del español jurídico* (DEJ) define el “principio de juridicidad de la Administración” en los siguientes términos: “Concepción de las relaciones de la Administración con la ley que implica que aquella *no solo está sometida a la ley*, sino al derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar también sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades”.²³³

En cualquier caso, existen también autores que apelan a una idea del *principio de legalidad en sentido amplio*; abarcando así, aparte de la ley formal, la Constitución y otras fuentes normativas.²³⁴ Otros en cambio diferencian entre *principio de legalidad en sentido estricto* y principio de juridicidad en los términos descritos arriba.²³⁵ Y no faltan autores que identifican el principio de juridicidad con el principio de constitucionalidad.²³⁶

A la vista de lo anterior, se estima que es adecuada la distinción entre los

²³² *Código Orgánico Administrativo*, art. 14.

²³³ Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, “Principio de juridicidad de la Administración”, en *Diccionario del español jurídico*, 2016, <https://dej.rae.es/lema/principio-de-juridicidad-de-la-administración>. Énfasis añadido.

²³⁴ Muñoz Machado, “La estructura normativa de la Constitución vigente”, 106.

²³⁵ En este sentido, Gamero expone: “Debe notarse, en cualquier caso, que los ciudadanos y los poderes públicos no sólo se encuentran sometidos a la ley en sentido estricto, sino a todo el ordenamiento jurídico —incluidos los reglamentos y los principios generales del Derecho—, por lo que realmente se trata de un *principio de juridicidad*, esto es, que abarca a la totalidad del sistema normativo”. Cf. Eduardo Gamero Casado, “Los conceptos de Derecho Administrativo y de Administración pública”, en *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción* (Granada: Comares, 2015), 76. Énfasis original.

²³⁶ Juan Montaña Pinto, “Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 2:32. Este autor colombiano esgrime que “con el reconocimiento de la supremacía de la Constitución, el principio de legalidad, génesis y fin del Estado de derecho decimonónico se relativiza y se convierte en *principio de juridicidad o constitucionalidad* [...]”. Énfasis añadido.

principios de legalidad, constitucionalidad y juridicidad en función del alcance del ámbito normativo al cual se encuentra sometida la administración pública. Claramente, la apertura del sistema constitucional ecuatoriano a una pluralidad de fuentes normativas incide en la conveniencia de la expresión “principio de juridicidad” recogida por el legislador en el COA. Empero, hay que tener presente que el hecho de que la administración pública esté subordinada a *todo* el ordenamiento jurídico, no implica que la competencia de los órganos administrativos pueda derivarse de cualquier fuente normativa. En efecto, el artículo 226 CRE expresamente señala que aquellos “ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la *Constitución y la ley*”.

Así las cosas, la CRE acoge la *doctrina de la vinculación positiva*, esto es, la administración pública únicamente “podría realizar lo que la [Constitución y la] ley le permita [o habilite]”.²³⁷ Esta doctrina impone, por tanto, la existencia previa de una norma de competencia de carácter constitucional o legal que confiera a un órgano administrativo un determinado ámbito de actuación. Esta condición normativa constituye una garantía para los ciudadanos, pues la administración pública no puede actuar al margen de la Constitución y la ley, ni tampoco autoatribuirse vía reglamento facultades o funciones. A este respecto, la CCE, mediante sentencia No. 009-17-SIN-CC, ha proferido que:

[E]l principio de legalidad opera como límite del poder de la Administración y técnica de control de la actuación administrativa que en la doctrina administrativa se conoce como la *vinculación positiva a la legalidad*, en virtud de la cual, la administración solo podrá hacer aquello que la ley le autorice; es decir, no puede atribuirse poderes de actuación, *traduciéndose en la imposibilidad de auto atribución de poderes por la administración*, sino que es preciso que cualquier poder de actuación le esté previamente atribuido por una ley del parlamento [o la Constitución].²³⁸

Cosa bien distinta es que la CRE otorgue al Presidente de la República la atribución de “expedir decretos necesarios para [...] [la] integración, organización, regulación y control” de la administración pública (art. 147.5), o reglamentos que “convengan a” su “buena marcha” (art. 147.13). Este tipo de reglamentos reciben el calificativo de autónomos o independientes, pues se dictan prescindiendo de una ley de habilitación, pero en el ordenamiento jurídico ecuatoriano solamente caben respecto del

²³⁷ Al contrario, la *doctrina de la vinculación negativa* se asocia con la idea de que la administración pública puede realizar todo aquello que la ley no le prohíba.

²³⁸ Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 009-17-SIN-CC”, en *Caso No: 0011-16-IN*, 12 de abril de 2017, 17. Énfasis añadido.

ámbito organizativo doméstico de la administración y tienen eficacia *ad intra*.²³⁹

En este sentido, afirmar que la administración pública está investida de una *potestad organizatoria* con un amplio margen para la configuración de su estructura interna, no significa que con base en aquella pueda crear competencias que la Constitución y la ley no le asigna. Ciertamente, tal potestad no se encuentra desprovista de un conjunto de principios que enmarcan y orientan su ejercicio con miras a alcanzar, de manera efectiva, los fines públicos previstos para cada órgano en el ámbito de sus competencias. Sin perjuicio del “*deber de coordinar acciones* para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”, previsto en el artículo 226 CRE.

Justamente, en el artículo 227 CRE se recoge un conjunto de principios organizativos: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. Todos estos principios han sido reproducidos y desarrollados por el legislador en el COA,²⁴⁰ bajo la rúbrica de “principios generales”. Sin embargo, vale notar que se trata más bien, como se ha indicado, de *principios organizativos de las administraciones públicas*.²⁴¹

4.3 Principios organizativos de la administración pública

Los principios constitucionales contenidos en el artículo 227 CRE informan y encuadran la potestad organizatoria de la administración pública, y presentan un valor instrumental respecto de la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos. De esta manera, la importancia de los principios organizativos estriba en que condicionan la configuración interna de las administraciones públicas, en aras de que estas garanticen o satisfagan en forma debida y oportuna los derechos, las necesidades y las expectativas de

²³⁹ Acerca de los reglamentos autónomos o independientes, vid. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “El reglamento”, en *Curso de derecho administrativo* (Bogotá-Lima: Temis-Palestra, 2008), 1:190-2.

²⁴⁰ Vid. COA: Principios de eficacia (art. 3), eficiencia (art. 4), calidad (art. 5), jerarquía (art. 6), desconcentración (art. 7), descentralización (art. 8), coordinación (art. 9), participación (art. 10), planificación (art. 11), transparencia (art. 12) y evaluación (art. 13).

²⁴¹ Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, “La organización administrativa”, en *Manual Básico de Derecho Administrativo* (Madrid: Tecnos, 2017), 205-15. Edición en formato digital. Vid. también Luciano Parejo Alfonso, “La organización administrativa y sus principios rectores”, en *Lecciones de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 181-6.

los ciudadanos.

A diferencia del legislador, la CCE no ha prestado mayor atención al desarrollo de los principios organizativos de la administración pública, y cuando lo ha hecho ha tergiversado su contenido. Así, en la sentencia No. 040-15-SIN-CC la magistratura señala:

[E]sta Corte reitera el criterio de que los GAD municipales no pueden establecer tasas a cargo de la empresa pública, por lo que se llega a la conclusión de que en el proceso *sub judice*, la ordenanza municipal que se analiza, *contraviene el principio de coordinación* establecido en los artículos 226 y 227 de la Constitución de la República, así como lo resuelto por esta Corte en las *sentencias Nros. 007-15-SIN-CC y 008-15-SIN-CC*.²⁴²

En la sentencia No. 040-25-SIN-CC, y en las dos más que se cita como fundamento de ella, se establece que en virtud del *principio de coordinación* “los gobiernos autónomos descentralizados no pueden establecer tasas para [o en contra de] las empresas públicas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes [...]”.²⁴³ Como se observa, la CCE establece una conexión bastante particular entre el principio de coordinación y las exenciones tributarias que deberían ofrecer los GADS municipales a las empresas públicas.

Sin embargo, es preciso aclarar que dicho principio, en realidad, no está orientado a amparar beneficios de empresa pública alguna u otra entidad estatal, sino que persigue un objetivo más valioso, que es que mediante la articulación de medios y esfuerzos, a nivel intra- y/o interadministrativo, se puedan satisfacer y garantizar de manera adecuada y efectiva los derechos y necesidades de los ciudadanos. Esta articulación es imprescindible en un Estado que cuenta con un aparato administrativo tan complejo y vario, el cual puede fácilmente acarrear disfuncionalidades y duplicidades innecesarias.

Para ello las administraciones públicas disponen de técnicas de carácter orgánico y funcional. A través de las primeras se crean órganos unipersonales o colegiados cuyo cometido, precisamente, consiste en concertar la actuación de una multiplicidad órganos. En cambio, las segundas se concretan en convenios, planes o programas en los que se fijan metas comunes que orientan la actuación armónica y complementaria, sea de

²⁴² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 040-15-SIN-CC”, en *Casos No: 0046-14-IN y 0027-15-IN*, 16 de septiembre de 2015, 25-6.

²⁴³ Cf. Corte Constitucional, *Sentencias No. 007-15-SIN-CC*, 27 y *008-15-SIN-CC*, 35-6.

órganos que integran una misma entidad administrativa,²⁴⁴ sea de las diversas administraciones públicas.²⁴⁵ En relación con este último caso, el artículo 3.c) del COOTAD instituye por un lado que “[t]odos los niveles de gobierno tienen responsabilidad compartida con el ejercicio y disfrute de los derechos de la ciudadanía”, y por otro que “se incentivará a que *todos los niveles de gobierno* trabajen de manera articulada y complementaria”.²⁴⁶ De este modo, se busca aprovechar tanto las sinergias entre ellos como el uso eficiente de los recursos.

Ahora bien, si se advirtió arriba que resulta imprecisa la conexión que establece la CCE respecto del principio de coordinación, no lo es menos cuando se ocupa del *principio de eficiencia*. En efecto, en la sentencia No. 007-14-SIN-CC la alta corte determinó que:

[L]a disposición normativa contenida en el artículo 70 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social “previa renuncia ciento ochenta días antes de la convocatoria a concurso o conformación de las ternas”,²⁴⁷ es desproporcional por atentar los derechos de participación de las autoridades públicas en funciones y el *principio constitucional de eficiencia de la administración pública*, ante lo cual se declara su inconstitucionalidad.²⁴⁸

Aun cuando la CCE “identifica” que el objeto que perseguía la incorporación de la frase acusada de inconstitucionalidad era “garantizar el principio de eficiencia dentro de la administración pública”,²⁴⁹ en el alegato de la representante de la Asamblea Nacional (AN), recogido en la misma sentencia, claramente se advierte que el propósito de dicha frase era adecuar la norma legal a la exigencia formulada en el inciso tercero del artículo 210 CRE,²⁵⁰ el cual dispone que “[q]uienes se encuentren en ejercicio de sus funciones *no podrán presentarse a los concursos públicos de oposición y méritos*

²⁴⁴ Gamero, “La organización administrativa”, 214-5. Este autor español esgrime: “Coordinación es la necesidad de que tanto los diferentes órganos de una misma Administración, como la ‘constelación’ de Administraciones Públicas a la que antes se aludía, actúe armónicamente, evitando solapamientos o disfuncionalidades en su actuación”.

²⁴⁵ Parejo Alfonso, “La organización administrativa y sus principios rectores”, 188-9.

²⁴⁶ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización* (COOTAD), Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 3.c).

²⁴⁷ En la disposición acusada de inconstitucionalidad se exigía que: “La primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado, Contraloría General del Estado, los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Procuraduría General del Estado y las Superintendencias, las representaciones ciudadanas a los distintos organismos y cuerpos colegiados, podrán participar en los procesos de selección para la designación de sus reemplazos, previa renuncia ciento ochenta días antes de la convocatoria a concurso o conformación de las ternas [...]”.

²⁴⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 007-14-SIN-CC”, en *Caso No. 0012-14-IN*, 22 de octubre de 2014, 16.

²⁴⁹ *Ibíd.*, 13.

²⁵⁰ *Ibíd.*, 6.

convocados para designar a sus reemplazos”. Es así como el legislador no pretendió coartar a los funcionarios la posibilidad de que participen en los respectivos concursos, sino que estableció como requisito su “renuncia previa” a la convocatoria dentro de un plazo determinado. No obstante, en su análisis la CCE soslaya el argumento ofrecido por la representante de la Asamblea Nacional y se centró más bien en el principio de eficiencia, el cual no viene al caso.

Es digno de hacerse notar que, en sentido similar a las sentencias que versan sobre el principio de coordinación, en la sentencia No. 007-14-SIN-CC la CCE tampoco desarrolla el contenido y alcance del principio de eficiencia. Simplemente, afirma que el requisito de “renuncia previa” de los funcionarios, “*a priori* no encuentra justificación constitucional”; a pesar de que, como se dijo, la representante de la AN alegó que su fundamento se encuentra en el inciso tercero del artículo 210 CRE. Por supuesto, la CCE podía haber criticado que el tiempo fijado (180 días) era desproporcionado, pero no que la medida legislativa carecía de sustento constitucional. En cualquier caso, la magistratura, empeñada en abordar este problema constitucional desde la óptica del principio de eficiencia, declara lo siguiente:

[L]a eficiencia administrativa no se vincula a la necesidad de renuncia del candidato en funciones previo 180 días de su nominación para participar en el concurso, puesto que mientras no se inicie el proceso de selección y durante la ejecución del mismo, no existe un justificativo idóneo que demuestre el nivel de afectación en el desempeño del ejercicio laboral de la autoridad en funciones, ni que su desempeño pueda sufrir afectación.²⁵¹

A decir la verdad, la cuestión, rectamente entendida, no era determinar si la medida legislativa hubiese afectado o no el desempeño del funcionario, sino que si la exigencia de “renuncia previa” armoniza o no con lo que se establece en el inciso tercero del artículo 210 CRE. No obstante, la CCE concluye que “es una medida no necesaria para garantizar el derecho de eficiencia en la administración pública, más bien la continuidad de la autoridad hasta el inicio del proceso y durante la fase de selección garantiza este principio constitucional”. En suma, la alta corte ecuatoriana recurre al principio de eficiencia para permitir que las primeras autoridades sigan en ejercicio de sus funciones durante el proceso de selección, a pesar de que la CRE dice lo contrario.

De cualquier manera, al final persiste la perplejidad acerca cuál es el contenido y alcance del principio de eficiencia, un asunto que no resuelve la CCE. Por lo pronto, se

²⁵¹ *Ibíd.*, 14.

puede anticipar que así como el principio de coordinación no pretende resguardar exenciones fiscales a favor de las empresas públicas, tampoco el principio de eficiencia está encaminado a eximir a ciertas altas autoridades de una renuncia anticipada para que puedan presentarse en los respectivos concursos públicos de oposición y méritos.

A este respecto, es menester aclarar que en el orden jurídico-administrativo el principio de eficiencia presenta, siquiera, dos dimensiones: una de carácter procedimental y otra de índole económica. El legislador ecuatoriano ha reconocido ambas dimensiones en el COA. La *procedimental* se recoge en el artículo 4 cuando establece que “[l]as actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales”.²⁵² En cambio, la *económica* se incluye en el artículo 5, al establecer a la eficiencia como uno de los criterios para el uso de recursos públicos. Esta última dimensión “presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos - beneficios”.²⁵³

4.4 Principio de legalidad

El principio de legalidad previsto en el artículo 226 CRE no es ajeno a la función instrumental adscrita a los principios organizativos de la administración pública, y así lo ha entendido la CCE en la sentencia No. 216-18-SEP-CC:

[E]l principio de legalidad garantiza que las instituciones públicas y sus delegatarios ejerzan el poder público respetando los derechos constitucionales de todos los ciudadanos, por lo tanto *su vigencia se constituye en una garantía de protección frente a los operadores administrativos y judiciales*, cuyas potestades, atribuciones y

²⁵² En este sentido, la dimensión procedimental se concreta “en la exigencia de una diligente tramitación de los procedimientos administrativos”, que implica, por un lado, “que la Administración se abstenga de realizar trámites inútiles o innecesarios”, y, por otro, la “optimización de las actuaciones desarrolladas, evitando la reiteración o repetición injustificada de actuaciones”. Vid. Jaime Rodríguez-Arana y Miguel Ángel Sendín, “El procedimiento administrativo”, en *Derecho Administrativo Español* (La Coruña: Netbiblo, 2009), 2:155.

²⁵³ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-826/13”, en *Expediente D-9623*, 13 de noviembre de 2013. En este sentido, Gamero apunta que “se trata de que la Administración logre el máximo rendimiento de los recursos disponibles, ya sea porque se llevan a cabo un mayor número de actuaciones con menor cantidad de recursos, ya sea porque con los mismos recursos se logran más amplios objetivos”. Cf. Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, “El concepto de Administración Pública y sus bases constitucionales”, en *Manual Básico de Derecho Administrativo* (Madrid: Tecnos, 2017), 96. Edición en formato digital.

competencias solamente nacen de la Constitución y la ley.²⁵⁴

La vertiente competencial del principio de legalidad no debe ser confundida con su vertiente aplicativa. Mientras que la primera, como se subrayó arriba, delimita las fuentes normativas (*i.e.* la Constitución y la ley) de las cuales deben emanar las “competencias y facultades” de la administración pública, la segunda designa el ámbito normativo al cual debe someterse la actuación de los diversos órganos administrativos. De ahí que se haya hecho notar, con relación a este último caso, la pertinencia respecto del ordenamiento jurídico ecuatoriano del término *principio de juridicidad*, en tanto que, al tenor de este, toda actuación administrativa a nivel aplicativo se encuentra subordinada a un complejo normativo que incluye otras fuentes, además de la ley formal y la Constitución. Sin embargo, merece subrayarse que la CCE ha sido asaz imprecisa sobre este asunto. Por ejemplo, en la sentencia No. 009-17-SIN-CC se establece que:

El *principio de legalidad* constituye el principio rector del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y *obliga al sometimiento pleno de la administración a la ley y al Derecho*, la sujeción de la actividad de la administración pública al bloque normativo. Implica la supremacía de la Constitución y la ley como expresión de la voluntad general frente a todos los poderes públicos, implica además, la sujeción de la administración a sus propias normas y los reglamentos; es decir, todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar legitimadas y previstas por la ley, *la ley es el único mecanismo* de atribución de potestades a la administración tal como lo prescribe el artículo 226 de la Constitución [...].²⁵⁵

Como puede apreciarse en el fragmento transcrito, la CCE confunde las dos vertientes del principio de legalidad a la que se aludió antes. De hecho, la argumentación ofrecida por la CCE constituye un caso claro de *non-sequitur*, pues la conclusión a la cual arriba no se desprende de las premisas que aduce como soporte. Primero, se refiere a que la administración pública está sujeta a la “ley y al Derecho”, al “bloque normativo” e incluso “a sus propias normas y los reglamentos”, lo cual como se vio se relaciona más bien con lo que hoy se entiende como *principio de juridicidad*. Y luego, apunta a que “la ley es el único mecanismo de atribución de potestades a la administración”. Aun cuando, aquí sí sería adecuado aludir al *principio de legalidad en sentido estricto*, la CCE también yerra en este punto; puesto que según el mismo artículo 226 CRE que el organismo cita, la ley no es el “único mecanismo”, sino también la Constitución.

²⁵⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 216-18-SEP-CC”, en *Caso No: 0360-10-EP*, 20 de junio de 2018, 12. Énfasis añadido.

²⁵⁵ Corte Constitucional, “Sentencia No. 009-17-SIN-CC”, 16.

Ciertamente, este fallo no es un ejemplo aislado de esta confusión conceptual. Otra muestra lo representa la sentencia No. 007-13-SCN-CC, en la cual nuevamente la CCE no solo identifica las dos vertientes del principio de legalidad, sino que incluso llega a asimilar los principios de juridicidad y constitucionalidad. En este sentido, la alta corte declara:

De esta manera, la función pública en su conjunto, está sometida a las disposiciones constitucionales y legales, por lo que todas las servidoras y servidores públicos tienen la obligación imperativa de cumplir irrestrictamente el marco constitucional y legal vigente. Esta premisa constituye una garantía institucional esencial dentro del Estado constitucional de derechos, denominada *juridicidad o constitucionalidad*, mediante la cual todas las esferas del poder público deben someterse a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente.²⁵⁶

En cualquier caso, en el fragmento transcrito de la sentencia No. 009-17-SIN-CC, asimismo, se advierte otra imprecisión cuando la CCE equipara la Constitución y la ley como “expresión de la voluntad general”. Como se reflexionó en el capítulo primero, la idea de que ambas fuentes normativas son producto de la “voluntad general” acarrea un serio inconveniente que pone en entredicho el principio de constitucionalidad. Sería ocioso repetir lo dicho allí, por lo que me remito a ello.²⁵⁷ No obstante, es llamativo que sea la Corte Nacional de Justicia (CNJ), y no el máximo guardián de la CRE, la que tenga mayor claridad sobre este aspecto. Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, mediante Resolución No. 10-09 ha proferido:

Si se tiene en cuenta que *la Constitución es la manifestación básica de la voluntad del pueblo*, principio fundamental que garantiza a las personas el respeto a sus derechos en un sistema democrático, es la supremacía de la normativa constitucional y el respeto de voluntad expresada en ella. De esta manera la libertad y la dignidad del individuo están respaldadas en la Constitución, *cuyos preceptos no pueden ni deben ser puestos de lado por el legislador ordinario, que en su actuación cumple un mandato impuesto por el poder constituyente*, como marco de referencia y de límites para el contenido de sus actos así como de los otros poderes del Estado [...].²⁵⁸

²⁵⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 007-13-SCN-CC”, en *Caso No: 0016-11-CN*, 05 de marzo de 2013, 13. Énfasis añadido. En otros fallos la CCE también declara: “A través de la justicia constitucional se busca la superación de los principios de la mera legalidad por el *principio de juridicidad o constitucionalidad*, es decir, se impone la supremacía constitucional en la defensa de los derechos humanos”. Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 0027-12-SEP-CC”, en *Caso No: 0355-10-EP*, 06 de marzo de 2012, 13 y “Sentencia No. 245-12-SEP-CC”, en *Caso No: 0789-09-EP*, 24 de julio de 2012, 15.

²⁵⁷ Vid. capítulo primero (acápites 3.3).

²⁵⁸ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, “Resolución No. 10-09”, en *Juicio No: 0560-2006*, 10 de febrero de 2009. Énfasis añadido.

Pues bien, una vez que se tiene claro la premisa teórica de que es la CRE, y no la ley, la “manifestación básica de la voluntad del pueblo”, se puede comprender por qué en caso de un conflicto normativo debe prevalecer el texto constitucional sobre la voluntad del legislador.²⁵⁹ Justamente, con el objetivo de proteger la “voluntad del pueblo”, el constituyente ecuatoriano ha previsto una serie de dispositivos para garantizar el *principio de constitucionalidad*. Entre ellos vale la pena destacar a la *consulta de constitucionalidad*, la cual se estudiará a continuación.

4.4.1 La consulta de constitucionalidad como potencial dispositivo de constitucionalización del derecho administrativo

El artículo 428 CRE obliga al juez, que considere que una *norma jurídica* contradice a la Constitución (y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos), a suspender la tramitación de la causa y elevar la correspondiente consulta a la CCE. De este modo, el control judicial que ejerce el órgano máximo de interpretación constitucional se activa no solamente en un plano abstracto -mediante la acción de inconstitucionalidad-, sino también en un plano concreto, cuando conocen y resuelven las consultas de normas jurídicas que elevan los operadores judiciales frente a una “duda razonable y motivada” acerca de su constitucionalidad.

En la línea del ordenamiento jurídico español, la CCE ha interpretado la expresión “duda razonable y motivada”, contemplada en los artículos 4 del COFJ y 142 de la LOGJCC, en el sentido de que en la petición de consulta de constitucionalidad que los jueces elevan ante ella se debe “justificar de manera suficiente, razonada y coherente que la norma [acusada] no cumple con los principios constitucionales y por tal no puede ser aplicada en el caso concreto”.²⁶⁰ Así pues, aquella “ha de referirse a una duda objetiva, objetivamente justificable, y no a una mera convicción subjetiva o, menos aún, sospecha o curiosidad del juez”.²⁶¹

²⁵⁹ En este orden de ideas, Thomas Paine hace muchos años aseveró: “Las *leyes* que promulgan los gobiernos no controlan a los hombres sino como individuos, pero la nación, por conducto de su *constitución*, controla a todo el gobierno, y tiene la capacidad natural para hacerlo. Por lo tanto, la facultad última de control y la facultad constituyente inicial no son sino una y la misma facultad”. Cf. Thomas Paine, “De las constituciones”, en *Derechos del Hombre* (Madrid: Alianza Editorial, 1984), 200.

²⁶⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 001-13-SCN-CC”, en *Caso No: 0535-12-CN*, 06 de febrero de 2013, 5.

²⁶¹ García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “El ordenamiento administrativo. La Constitución como norma jurídica”, 82.

Ahora bien, la pregunta que surge en este momento es si este dispositivo ha servido para el proceso de constitucionalización del derecho administrativo. A este respecto, conviene primero notar que todos los jueces ordinarios constituyen un componente fundamental del sistema constitucional, pues juegan un papel central en a constitucionalización del ordenamiento jurídico, o bien directamente cuando armonizan las disposiciones jurídicas con la CRE, o bien indirectamente cuando coadyuvan en la depuración del ordenamiento jurídico, al momento que elevan a consulta de la CCE normas de *dudosa constitucionalidad*. Naturalmente, el objetivo de la consulta de constitucionalidad no es simplemente buscar que la CCE expulse normas jurídicas tachadas de inconstitucionales, sino evitar en lo posible que estas sean aplicadas por los jueces consultantes en casos específicos. En suma, la función de este dispositivo es brindar a los jueces ordinarios una vía para inaplicar las normas jurídicas que consideran inconstitucionales.

Se trata de un eficaz dispositivo,²⁶² cuando resulta bien empleado, pues permite que todos los jueces se involucren en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico en cada una de sus áreas, y tiene la ventaja que se lo emplea con ocasión de la aplicación concreta de una norma jurídica, con lo cual se atenúa el nivel de abstracción que caracteriza a las acciones de inconstitucionalidad. En este sentido, si bien es cierto que, de acuerdo con el penúltimo considerando de la LOGJCC, la CCE tiene la responsabilidad de liderar el “proceso de constitucionalización”, no está por demás decir que esta tarea se dificulta si no viene acompañada por una colaboración activa por parte de los jueces para identificar normas jurídicas que, a su criterio, no se adecúan a la CRE, y así instar la correspondiente declaración de inconstitucionalidad por parte de la CCE.

Por lo que respecta al ámbito jurídico-administrativo, interesa señalar que la consulta de constitucionalidad ha sido tan mal utilizada que *todas* las que han planteado los Tribunales de lo Contencioso Administrativo (TCA), la CCE ha resuelto negarlas de

²⁶² Ciertamente, este dispositivo no ha estado exento de críticas. Por ejemplo, Alarcón apunta que la exigencia de consulta de constitucionalidad no es “acorde al modelo Estado Constitucional”, pues “quita la facultad de aplicación directa y de control constitucional difuso a los jueces de todo el país”, con lo cual “sería contradictorio asumir que rige del todo la normatividad y supremacía de la Constitución”. Cf. Pablo Alarcón, “Una metodología comparativa crítica. Su aplicación al caso ecuatoriano” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 257, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5141>. A decir verdad, este argumento no me resulta persuasivo, pues ni el control difuso garantiza la plena normatividad de la Constitución, si los jueces no están imbuidos del “reflejo constitucional” (Favoreu). Además, es digno de hacerse notar que la consulta o cuestión de (in)constitucionalidad es un dispositivo recogido en ordenamientos jurídicos que cuesta imaginar que, a pesar de todas las críticas que se les pueda dirigir, no sean “acorde[s] al modelo Estado Constitucional”. Por citar solo tres: Alemania, Italia y España.

plano.²⁶³ Esto a primera vista podría conducir a una conclusión preliminar: no ha existido una colaboración efectiva por parte de los TCA respecto a la identificación de alguna norma jurídico-administrativa contraria a la CRE y que por tanto, debía ser condicionada su interpretación o, en su defecto, expulsada del ordenamiento jurídico.²⁶⁴ Sea como fuere, es mejor no anticiparse y echar un breve vistazo a las sentencias que versan sobre consultas de constitucionalidad planteadas por los distintos TCA, a fin de apoyar o refutar tal conclusión.

El principal problema de las primeras sentencias de la CCE, en materia de consulta de constitucionalidad, radica en la poca claridad que tenía la misma magistratura constitucional y los jueces ordinarios respecto del sentido y alcance de este dispositivo previsto en el artículo 428 CRE. Esto responde a la deficiente regulación por parte del legislador en la LOGJCC. Frente a ello ha sido la CCE la que, recién el 6 de febrero de 2013, fijó un conjunto de requisitos para la presentación de la consulta de constitucionalidad. Precisamente, en la sentencia No. 001-13-SCN-CC, entre otras cosas, se prescribe que los jueces “no pueden elevar una consulta de constitucionalidad *tan pronto sea presentada una demanda*, sino sustanciar [...] [el] proceso hasta que la aplicación de una disposición normativa de dudosa constitucionalidad, sea absolutamente necesaria para continuar con el proceso, o para decidir la cuestión”.²⁶⁵

Es así como no llama la atención que la CCE, en el año 2009, haya admitido a trámite una consulta de norma del TCA No. 3, no solo antes de que este último avoque conocimiento de la causa, sino sobre una disposición que no le servía realmente “para decidir la cuestión”.²⁶⁶ En efecto, en la sentencia No. 0002-09-SCN-CC, de 7 de julio de

²⁶³ Ecuador Corte Constitucional, sentencias No. 0002-09-SCN-CC, 011-10-SCN-CC, 016-10-SCN-CC, 012-12-SCN-CC, 001-13-SCN-CC, 015-13-SCN-CC, 017-13-SCN-CC, 018-13-SCN-CC, 031-13-SCN-CC y 046-13-SCN-CC. Las 10 sentencias han sido identificadas a través de la búsqueda en la página web de la CCE, <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx?opcion=relatoria>. Consultado el 9 de julio de 2019.

²⁶⁴ Según la CCE “la expulsión normativa debe ser la última medida adoptada por el juez constitucional, dando de esta forma cumplimiento a lo que doctrinariamente se conoce como el principio de *in dubio pro legislatore*”. Cf. Ecuador Corte Constitucional, Sentencia N° 016-10-SCN-CC, en *Caso No: 0018-10-CN*, 05 de agosto de 2010, 4. Vid. también la LOGJCC, sobre todo, los arts. 76.3 (*In dubio pro legislatore*) y 76.6 (Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso).

²⁶⁵ Corte Constitucional, “Sentencia N° 001-13-SCN-CC”, 7. Énfasis añadido.

²⁶⁶ Sobre este aspecto, la Constitución española es más precisa, pues el art. 163 no sólo exige que la norma consultada sea “aplicable al caso”, sino que de su “validez dependa el fallo”; de este modo, se pretende evitar que los órganos jurisdiccionales utilicen este mecanismo con meros fines dilatorios. Para estos efectos, el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional complementa que “[e]l órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión [o consulta] una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese [...]”. Cf. España *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado 239, 5 de octubre de 1979, art.

2009, la CCE examina una consulta planteada por el TCA No. 3, cuyo objetivo era evitar la “afectación a la norma constitucional relacionada con el debido proceso, pues [a decir de sus integrantes] de la sentencia que dicten [en materia de propiedad intelectual] no cabría impugnación por vía de recursos ordinarios, sino solamente el recurso extraordinario de Casación [...]”.²⁶⁷ Es decir, al establecer el art. 76.7.m) CRE el derecho al recurso, dicho tribunal estimó que, como serían “única instancia” en la causa, se estaría vulnerando tal derecho.

La CCE en el fallo aludido señaló que era “justificada la preocupación de los jueces consultantes”;²⁶⁸ sin embargo, considero que fue más bien desacertada la actuación del TCA No. 3, pues a la vez que apelaba a una supuesta violación del derecho al recurso, que a la postre fue descartada por la propia CCE, estaban conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva. De hecho, lo curioso es que los integrantes del TCA No. 3 plantean la consulta de una disposición infraconstitucional no para resolver la cuestión principal con base en ella, sino más bien para evadirla. A este respecto, en la sentencia No. 008-13-SCN-CC la CCE ha subrayado:

*Es importante señalar que la consulta de constitucionalidad por ninguna causa podrá convertirse en un mecanismo de dilación de la justicia o como vía de escape de las juezas y jueces para no cumplir con su deber constitucional de impartir justicia oportuna; de tal manera la consulta procederá única y exclusivamente cuando exista una motivación razonada de porqué el juez acude a este mecanismo, pues un proceder contrario deviene en la existencia de jueces pasivos, no comprometidos con la protección de derechos que se desatienden de la resolución oportuna de las causas sin un legítimo motivo constitucional.*²⁶⁹

Pero si de algo adolecen las subsiguientes consultas de constitucionalidad presentadas por los distintos TCA, es de la ausencia de un “legítimo motivo constitucional”. De ahí que cada una de ellas, como se anticipó, hayan sido rechazadas por la CCE, al establecer que los TCA inobservaron la obligación básica de motivar debidamente sobre las normas que estiman inconstitucionales y lo que les condujo a

35.2. Interesa aclarar que la Constitución española, a diferencia de la CRE que exige a los jueces que cualquier norma jurídica deba ser consultada, limita la consulta a normas con rango de ley.

²⁶⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 0002-09-SCN-CC”, en *Caso N° 0004-09-CN*, 07 de julio de 2009, 3.

²⁶⁸ *Ibíd.*, 11.

²⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 008-13-SCN-CC”, en *Casos No: 0033-09-CN, 0012-10-CN, 0026-10-CN, 0029-10-CN, 033-11-CN, 0040-11-CN, 0043-11-CN, 0052-11-CC, 0016-12-CN, 0344-12-CN, 0579-12-CN, 0598-12-CN, 0623-12-CN y 0624-12-CN*, 14 de marzo de 2013, 22. Énfasis añadido.

suspender la tramitación de la causa.²⁷⁰ En las sentencias No. 001-13-SCN-CC, 15-13-SCN-CC, 018-SCN-CC y 031-13-SCN-CC, la CCE no solo advierte un déficit argumentativo de las consultas de constitucionalidad, sino que directamente censura la actuación de los jueces de los TCA debido a la desnaturalización de tal dispositivo.

En efecto, en las cuatro últimas sentencias referidas se puede observar que las consultas no solo que no cuestionaban la constitucionalidad de una norma, sino que pretendían ilegítimamente que la CCE se pronuncie sobre aspectos relacionados, ora a la competencia de los TCA para resolver sus respectivos casos, ora a conflictos de aplicación entre normas infraconstitucionales. Es así como en la sentencia No. 031-13-SCN-CC la CCE determinó, en forma concluyente, que esta carecía de “competencia para orientar el quehacer jurídico de la justicia ordinaria, mucho menos pronunciarse acerca de conflictos que se produzcan al emplear normas legales, lo cual debe ser resuelto mediante la aplicación de los principios procesales”.²⁷¹

Como se puede apreciar, un dispositivo que debía haber servido para una colaboración efectiva de los jueces contencioso-administrativos en el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, en la práctica se ha transmutado en una herramienta de elusión de su “deber constitucional de impartir justicia oportuna”. No se puede negar que a este escenario han contribuido, como se dijo, tanto la deficiente regulación por parte de legislador como el tardío pronunciamiento de la CCE en cuanto a los presupuestos de presentación de la consulta de constitucionalidad.²⁷² No obstante, considero que ni ello exime o reduce la responsabilidad de jueces que no comprenden la importante función que desempeña este dispositivo en el sistema constitucional.

De ahí que sea necesario reconsiderar tanto el rol de los jueces administrativos en la arquitectura constitucional como la potencialidad de la consulta de constitucionalidad como dispositivo de constitucionalización del Derecho Administración en acción; es decir, en su aplicación e interpretación práctica. A decir verdad, la proyección efectiva de las normas constitucionales en el orden jurídico-administrativo no es posible sin la colaboración y diálogo activo entre la CCE y los jueces administrativos. La consideración

²⁷⁰ Vid. sentencias No. 0011-10-SCN-CC, 016-10-SCN-CC, 012-12-SCN-CC, 017-13-SCN-CC y 046-13-SCN-CC.

²⁷¹ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia N° 031-13-SCN-CC, en *Casos No: 0020-09-CN, 0026-09-CN, 0027-09-CN y 0015-10-CN*, 23 de mayo de 2013, 9.

²⁷² Vid. Corte Constitucional, “Sentencia N° 001-13-SCN-CC”, 6-7, 8-9. Aquí se establece que la consulta de constitucionalidad “deberá contener al menos lo siguientes presupuestos”: 1) “Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta”, 2) “Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos”, y 3) “Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto”.

de la CCE como el guardián *máximo* de la CRE no equivale a que sea el *único*, cada juez administrativo es un guardián concreto, permanente y cotidiano del respeto al principio de supremacía constitucional en los casos que conoce.

Ahora bien, es sabido que, con base en el artículo 428 CRE, la CCE ha declarado en sendos fallos que “los *jueces* están vedados para inaplicar normas jurídicas”,²⁷³ por lo que *siempre* deben “necesariamente, elevar la consulta ante la Corte [Constitucional]”.²⁷⁴ No obstante, se suscita una perplejidad acerca de si las *autoridades administrativas*, al no estar obligadas a plantear la consulta de constitucionalidad, podrían o no inaplicar directamente una norma jurídica que estiman contraria a la CRE. Con base en un argumento *a fortiori* se podría decir que si los propios jueces no están facultados a inaplicar una norma jurídica, con mayor razón, las autoridades administrativas *no* estarían habilitadas. En cambio, aplicando un argumento *a contrario* se podría alegar que, debido a la falta de referencia expresa (o silencio) en el artículo 428, las autoridades administrativas *sí* estarían habilitadas para inaplicar una norma jurídica que contraría a la CRE; más aún cuando no existen disposiciones constitucionales que se lo nieguen. En efecto, en el texto constitucional se señala que:

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 [*principio de jerarquía normativa*].²⁷⁵

Las juezas y jueces, *autoridades administrativas* y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente [*principio de aplicación directa*].²⁷⁶

Se ha considerado que la consulta de constitucionalidad estaría en contradicción con los principios de jerarquía normativa y de aplicación directa, pues los jueces frente a una antinomia entre la CRE y una norma jurídica inferior no podrían directamente inaplicar esta última apelando al criterio jerárquico, sino que deberían elevar la respectiva consulta ante la CCE.²⁷⁷ Empero, en opinión de Oyarte no se configura ninguna

²⁷³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 055-10-SEP-CC”, en *Caso No: 0213-10-EP*, 18 de noviembre de 2010, 22.

²⁷⁴ Corte Constitucional, “Sentencia N° 001-13-SCN-CC”, 5.

²⁷⁵ Art. 425, inciso 2 CRE.

²⁷⁶ Art. 426, inciso 2 CRE.

²⁷⁷ Alarcón, “Una metodología comparativa crítica. Su aplicación al caso ecuatoriano”, 201.

contradicción. La confusión se debería al desconocimiento sobre el verdadero alcance del principio de aplicación directa.²⁷⁸ A decir de este autor, este principio “se emplea *a falta de norma secundaria*, y no cuando ésta existe y es inconstitucional”,²⁷⁹ es decir, si no existe una norma infraconstitucional los jueces están obligados a aplicar directamente la CRE, pero si existe y se configura una contradicción con la norma suprema, deben necesariamente elevarla a consulta de la CCE.²⁸⁰

Aun cuando el planteamiento de Oyarte resulta sugerente, conduce a un nuevo problema. El juez, frente a una contradicción entre una norma infraconstitucional y la CRE, tiene la posibilidad de pedir la colaboración de la CCE para evitar aplicar una norma que estima inconstitucional. Así, se salvaguarda el principio de supremacía constitucional. Sin embargo, qué ocurre con una autoridad administrativa que no está habilitada para plantear la consulta de inconstitucionalidad: ¿debería inaplicar la norma jurídica que estima inconstitucional con la finalidad de hacer prevalecer la CRE?

Se trata de una cuestión controvertida; no obstante, considero que una cosa es que una autoridad administrativa *crea o estime* que una norma es inconstitucional y otra que *efectivamente* lo sea, eventualidad que según la CRE solamente podría ser definida por propia la CCE. Justamente, este último órgano detenta el “monopolio de rechazo”, o sea, es la *única* autoridad que puede declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas. Al final se impondría el “principio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas”,²⁸¹ siendo la CCE la única habilitada para desvirtuarlo.²⁸²

²⁷⁸ En este sentido, Oyarte esgrime: “Una cosa es que se apliquen directamente preceptos constitucionales no desarrollados por la normatividad secundaria y otra, muy distinta, que se pretenda asumir la facultad de declarar una contradicción entre la norma secundaria y la Constitución. Ello implica confundir el principio de aplicación directa con el ejercicio del control de constitucionalidad”. Cf. Oyarte, *Derecho constitucional*, 1106-7.

²⁷⁹ *Ibíd.*, 1107.

²⁸⁰ Conviene notar que la línea jurisprudencial de la CCE no ha sido estable respecto al alcance del *principio de aplicación directa*. Por citar algunos fallos relevantes: i) en la sentencia No. 001-10-SIN-CC (caso Ley de Minería) se establece que la aplicación directa procede no sólo en caso de “ausencia de ley”, sino también por “*evidentes* contradicciones”; ii) en las sentencias No. 055-10-SEP-CC y 001-13-SCN-CC se establece que los jueces al “advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la” CRE deben suscitar ineluctablemente la consulta de constitucionalidad, por lo que se excluiría la posibilidad de que pueda inaplicarse una norma jurídica por antinomias *evidentes*; y iii) en la sentencia No. 11-18-CN/19 (caso matrimonio igualitario) se señala que “[I]a aplicación directa quiere decir que la Constitución, como cualquier otra norma, si tiene relación con el caso, debe ser aplicada, *exista o no regulación normativa* [...] El juzgador debe tratar de armonizar el sistema jurídico a través de una interpretación constitucional o, si no es posible *cuando hay antinomias*, de la aplicación directa de la Constitución”. Énfasis añadido.

²⁸¹ Conforme el art. 76.2 de la LOGJCC: “Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.- Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas”.

²⁸² En sentido contrario, Doménech opina que “el que los órganos administrativos no estén facultados para elevar una cuestión [o consulta] de inconstitucionalidad lo único que implica es, sencillamente, que la única posibilidad que les queda para hacer prevalecer la norma jurídica suprema de nuestro ordenamiento sobre las leyes que la contravengan es, obviamente, inaplicarlas por su propia

Ciertamente, eso no quiere decir que las autoridades administrativas estén exentas de procurar interpretar todas las disposiciones jurídicas en armonía con el texto constitucional (*interpretación conforme*).

4.4.2 Aplicaciones concretas del principio de legalidad

El principio de legalidad no solo designa la proclamación genérica de sometimiento de todos los poderes públicos a la ley (*legalidad en sentido estricto*) o al Derecho en sentido amplio (*juridicidad*), sino que en la CRE presenta varias aplicaciones concretas. De este modo se habla, por ejemplo, del principio de legalidad en materia penal (76.3), sancionadora administrativa (art. 76.3) y tributaria (art. 301). En las dos primeras materias este principio impone que todo acto u omisión para ser castigado o sancionado debe estar *tipificado previamente por una ley* como infracción penal o administrativa. En la tercera materia, dicho principio postula que todo tributo para que pueda ser exigido debe estar establecido por una “ley previa” (*nullum tributum sine lege*).²⁸³ En lo que sigue se abordará las dos primeras variantes específicas del principio de legalidad, aunque prestando especial atención a la legalidad sancionadora administrativa.

Así, en el ámbito penal y sancionador administrativo, el principio de legalidad proscribire que una persona pueda ser condenada o sancionada por una conducta que al momento de cometerse no hubiese estado tipificada por una ley como delito o infracción administrativa. De acuerdo con el artículo 76.3 CRE este principio integra el conjunto de garantías básicas del derecho al debido proceso, y si bien guarda una estrecha relación con el *principio de reserva legal* no son sinónimos como se suele considerar.²⁸⁴ De hecho, el principio de reserva legal es solo uno de los componentes del principio de legalidad.

En este sentido, el principio de legalidad en materia penal y sancionadora administrativa encierra una triple garantía: i) de previsibilidad o *lex praevia*, que exige

autoridad. El que la Administración carezca de la facultad de plantear una cuestión [o consulta] de inconstitucionalidad significa que no puede descargar sobre otro sujeto la responsabilidad de hacer prevalecer la Constitución sobre las normas contrarias a ésta”. Cf. Gabriel Doménech Pascual, “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales”, *Revista de Administración Pública*, n.º 155 (2001): 97, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=153&IDA=24375>.

²⁸³ En esta línea, la CCE ha señalado que “[e]l principio constitucional de legalidad que integra la tesis de *nullum tributum sine lege* que significa no hay tributo sin ley previa [...]”. Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 006-13-SIN-CC”, en *Casos No: 0036-10-IN, 0038-10-IN, 0039-10-IN, 0027-11-IN, 0032-12-IN y 003-12-IN*, 25 de abril de 2013, 43.

²⁸⁴ Oyarte, “Principio de legalidad o de reserva de ley”, 31. Este autor ecuatoriano asimila ambas expresiones.

una *previsión* legal de las infracciones y sanciones; ii) de tipicidad o *lex certa*, que obliga a que el legislador utilice términos precisos, claros e inteligibles al momento de describir las infracciones y las sanciones que correspondan; y iii) de reserva legal o *lex scripta*, que excluye a toda fuente normativa que no sea la ley formal respecto de la fijación de infracciones y sanciones.²⁸⁵

Este desglose conceptual tiene importantes implicaciones prácticas, pues es común que se produzca la vulneración autónoma de las garantías que integran el principio de legalidad. Como botón de muestra, en la sentencia No. 182-14-SEP-CC la CCE examina un caso en materia disciplinaria donde la *infracción* y la *sanción* se encuentran fijadas en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), esto es, en una ley formal; con lo cual obviamente no se viola la garantía de reserva legal (art. 132.2 CRE). Sin embargo, si se conculca la garantía de previsibilidad al aplicarse una sanción disciplinaria a un servidor judicial por un hecho que aconteció antes de la entrada en vigor de dicho cuerpo legal. A este respecto, en la sentencia mencionada la CCE determinó que:

[S]i tomamos en consideración que la infracción imputada al doctor Alfredo Albuja se cometió el 28 de febrero del 2008, el Consejo de la Judicatura debió sustanciar el sumario administrativo e imponer la sanción al accionante, en base a las normas que se encontraban vigentes a la fecha del cometimiento de la infracción, ya que atendiendo al principio de “irretroactividad”, las normas solo pueden ser aplicadas hacia el futuro y de manera retroactiva, únicamente cuando sean más favorables a los ciudadanos y en el caso *sub judice*, el Consejo de la Judicatura sancionó al doctor Alfredo Albuja en base al Código Orgánico de la Función Judicial, que entró en vigencia con posterioridad al cometimiento de la infracción.²⁸⁶

A la luz de lo anterior, es curioso que en la sentencia aludida la CCE declare que se vulneró al accionante, entre otros derechos, el “debido proceso en la *garantía de tipicidad*”, cuando en realidad su análisis gira en torno a la garantía de previsibilidad, pues no ofrece ningún argumento que apunte a que el legislador no habría descrito con la debida minuciosidad y detalle la infracción o la sanción administrativa prevista en el COFJ, sino más bien que el Consejo de la Judicatura impuso retroactivamente una sanción a un servidor judicial. Sin embargo, hay que decir que este no es un ejemplo aislado, ya que la CCE en la sentencia No. 038-13-SEP-CC también asocia restrictivamente la garantía de tipicidad con la simple *previsión* legal:²⁸⁷

²⁸⁵ La reserva legal será abordada en un apartado independiente.

²⁸⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 182-14-SEP-CC”, en *Caso No: 1581-10-EP*. 22 de octubre de 2014, 14-5. Énfasis añadido.

²⁸⁷ En el artículo 29 del COA también se reduce la tipicidad a la mera *previsión* legal: “*Principio de tipicidad*. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones *previstas* en la ley”.

[L]a tipicidad es un condicionamiento esencial de la materia penal conforme lo determina la Constitución de la República, puesto que garantiza que las personas sean juzgadas por actos que se encuentren establecidos en la ley como delito o infracción penal, este principio del derecho penal es conocido también como *nullum crimen nulla poena sine lege*.²⁸⁸

A decir verdad, la garantía de tipicidad encierra una exigencia al legislador que va mucho más allá de una *lex praevia*; pues, como se dijo, requiere una *lex certa*, o sea, que la infracción y la sanción estén descritas mediante un *lenguaje claro y determinado*.²⁸⁹ En otras palabras, con base en la garantía de tipicidad, “[l]as infracciones y las sanciones no sólo tienen que estar *previstas* con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de *precisión* tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley”.²⁹⁰

Es así como pueden darse casos en los cuales se observe la garantía de previsibilidad al existir una ley previa, pero no la garantía de tipicidad, en razón de que la conducta o la sanción están descritas en forma indeterminada.²⁹¹ En virtud de estas dos garantías del principio de legalidad, la CCE ha destacado su íntima relación con el *derecho a la seguridad jurídica*, principalmente, en lo atinente a la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas.²⁹² Empero, es preciso relieves que el principio de legalidad cuenta con un plus de exigencia, dado que requiere la dictación no de *cualquier norma jurídica* sino de una de carácter legal (garantía de reserva de ley).

Ahora bien, la CCE subraya que la garantía de tipicidad “constituye un elemento fundamental en materia sancionadora que no es exclusivo del ámbito penal, sino también

²⁸⁸ Cf. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 038-13-SEP-CC”, en *Caso No: 1748-11-EP*, 24 de julio de 2013, 12.

²⁸⁹ En este sentido, la Corte Constitucional colombiana ha declarado que “el principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la *obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad* el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento [...]”. Cf. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-412/15”, en *Expediente D-10485*, 1 de julio de 2015. Énfasis añadido.

²⁹⁰ Alejandro Nieto, “El principio de legalidad”, en *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 2005), 202. Énfasis añadido.

²⁹¹ Roxin ofrece ejemplos ilustrativos sobre preceptos que serían inadmisibles por su carácter indeterminado: i) “el que *infringiere el bien común de modo intolerable*, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años”, y ii) “el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, *será castigado*”. En el primer ejemplo es la *conducta* la que es indeterminada; en cambio, en el segundo, la *sanción*. Cf. Claus Roxin, “El principio de legalidad en relación con la interpretación y la vigencia temporal de las leyes penales”, en *Derecho penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (Madrid: Civitas, 1997), 141. Énfasis añadido.

²⁹² Entre otras, vid. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 076-14-SEP-CC”, en *Caso No: 1678-11-EP*, 30 de abril de 2014, 15.

corresponde al ámbito administrativo”.²⁹³ Obviamente, la cobertura a este último ámbito no solo cuenta con un respaldo jurisprudencial, sino que la misma CRE lo reconoce expresamente en el artículo 76.3.²⁹⁴ Además, es menester indicar que allí no se establece que la garantía de tipicidad pueda ser modulada a tenor del ámbito de aplicación. No obstante, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, en la resolución No. 975-2016, ha sostenido que:

[L]as normas administrativas sancionatorias como la del artículo 38 literal e) del Reglamento General a la Ley Orgánica de Aduanas,²⁹⁵ que no serían posibles en el Derecho Penal sí lo son en el Derecho Administrativo Sancionador, pues evidentemente pretender una tipicidad “taxativa” de todas las infracciones que en el ámbito aduanero se podrían dar por las prestadoras de un servicio no es factible, y mucho menos cuando el sistema aduanero debe adaptarse con inusitada rapidez al mundo globalizado del siglo XXI [...].²⁹⁶

Es verdad que la aplicación estricta de la garantía de tipicidad en ciertos sectores jurídico-administrativos requeriría de la promulgación no solo de leyes interminables, sino que también de alteraciones frecuentes con el objetivo de que aquellas se adapten a la cambiante realidad. Sin embargo, cabe reiterar que, pese a ello, la CRE no prevé que la garantía tipicidad pueda atenuarse cuando se refiera a materia sancionadora. De modo que el argumento de que esta materia requiere mayor “flexibilidad en la adecuación típica” se sustenta más en cuestiones fácticas que jurídicas. Se trata, como sugiere Nieto, de una “imposición de la realidad, dado que es físicamente imposible realizar una tipificación exhaustiva por medio de leyes”.²⁹⁷ Pero que sea imposible una tipificación de ese carácter por parte legislador no significa que se deba renunciar a fijar, en lo posible, límites y condiciones claras frente a su actuación, a fin de evitar que conceda un margen de discrecionalidad excesivo a las autoridades administrativas o que se configure una

²⁹³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 003-14-SIN-CC”, en *Casos No: 0014-13-IN, 0023-13-IN y 0028-13-IN*, 17 de septiembre de 2014, 91.

²⁹⁴ La ampliación a la órbita administrativa también fue recogida en el artículo 24.1 de la Constitución ecuatoriana de 1998.

²⁹⁵ El artículo 38.e) del Reglamento General a la Ley Orgánica de Aduanas disponía que: “Para la suspensión o revocatoria de la concesión de las bodegas de almacenamiento temporal se aplicarán las causales establecidas para los depósitos aduaneros, contempladas en este reglamento, *sin perjuicio de las indemnizaciones o sanciones pecuniarias que por incumplimiento del concesionario prevea el contrato*”.

²⁹⁶ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, “Resolución No. 975-2016”, en *Juicio No: 222-2013*, 10 de agosto de 2016, 7. Énfasis añadido. En idéntico sentido la Corte Constitucional colombiana ha señalado que, en el derecho administrativo sancionador, “las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, *no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en material penal*, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”. Cf. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-921-01”, en *Expediente D-3428*, 29 de agosto de 2001. Énfasis añadido.

²⁹⁷ Nieto, “El principio de legalidad”, 205.

deslegalización de la materia sancionadora.

Aunque este último fenómeno se tratará con mayor detalle luego, es preciso indicar que la CCE ha sido bastante laxa y permisiva en materia sancionadora, pues no solo que no ha fijado criterios que impidan relajaciones excesivas de las garantías de tipicidad y de reserva legal, sino que ha llegado a admitir que la simple *delegación expresa* del legislador constituye un fundamento suficiente para que vía reglamento se pueda regular directamente infracciones y sanciones administrativas.²⁹⁸ Considero que el error del máximo órgano constitucional es que asume que el legislador tiene la potestad de abdicar libremente de sus obligaciones constitucionales. Sin embargo, con ello la CCE olvida que la tipicidad y la reserva legal no son meras técnicas que el legislador puede modular como le plazca, sino auténticas garantías normativas cuya inobservancia no se debería tolerar.

Así las cosas, afirmar que la garantía de tipicidad se torna más flexible en el ámbito sancionador no implica que por ello el legislador esté habilitado para hacer *remisiones en blanco*, con la finalidad de que sean las propias administraciones públicas las cuales definan o describan los elementos básicos del *ilícito administrativo*, situación que insisto está vedada por mandato constitucional expreso (art. 76.3 CRE). Sobre este particular, la Corte Constitucional colombiana ha declarado que la garantía de tipicidad, en materia sancionadora, le impone al legislador fijar explícitamente:

(i) [L]a descripción de la *conducta* o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la *sanción*, lo que implica la descripción de todos los aspectos relativos a ella, esto es, el tipo de sanción a imponer, el término o la cuantía de la misma, la *autoridad* competente para aplicarla y (iii) el *procedimiento* que debe seguirse para proceder a su imposición.²⁹⁹

Pero si con las garantías de previsibilidad y tipicidad se persigue desde la perspectiva del ciudadano que este sepa a qué atenerse con antelación (*certidumbre normativa*), y desde la perspectiva de la autoridades que estas no apliquen normas en forma retroactiva ni dispongan de un margen de discrecionalidad excesivo; la reserva legal tiene otra connotación. De hecho, la previsibilidad y la tipicidad bien se podrían alcanzar sin necesidad de que se exija, con base en el principio de reserva legal, una *ley formal* que determine las infracciones y sanciones de carácter penal o administrativo (art.

²⁹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 200-14-SEP-CC”, en *Caso No: 0598-11-EP*, 13 de noviembre de 2014, 3-4.

²⁹⁹ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia SU.1010/08”, en *Expediente T-1.410.120*, 16 de octubre de 2008. Énfasis añadido.

132.2 CRE). Por ello, se puede decir que la reserva legal trasciende cuestiones de naturaleza técnico-normativa, y le subyace un fuerte componente ideológico-político que se vincula con la idea de que las decisiones esenciales deben provenir del órgano con mayor representatividad, o sea, el Parlamento.³⁰⁰

4.5 Principio de reserva de ley

No se puede desconocer que la subordinación de la ley a la constitución afecta la posición otrora hegemónica del legislador, de manera que hoy este “debe resignarse a ver sus leyes tratadas como ‘partes’ del derecho, y no como ‘todo el derecho’”.³⁰¹ No obstante, es innegable que se trata de “partes del derecho” aún muy relevantes dentro del sistema de fuentes. Para ello basta revisar las materias que las constituciones, por lo general, reservan a la ley formal; esto es, al producto normativo que emana del Parlamento.³⁰²

De este modo, el *principio de reserva de ley* está imbricado con la idea de ley formal, y exige que sea esta última la que regule con mayor o menor densidad normativa ciertas materias reservadas a nivel constitucional, con lo cual se descarta que fuentes subordinadas a la ley puedan invadir la zona reservada o que bajo pretexto de desarrollar los contenidos legales los altere o innove. Así pues, este principio a la vez que protege al legislador frente a las incursiones ilegítimas de otras fuentes en su ámbito material de competencia, le impide a aquel que se despoje de su obligación normativa. De ahí que el principio de reserva de ley resulta vulnerado no solo cuando una fuente distinta a la ley se inmiscuye en su parcela normativa, sino también cuando el propio legislador abdica de sus obligaciones normativas y las transfiere a otro órgano.

Ahora bien, en la actualidad algunas constituciones incorporan una categoría normativa excepcional denominada *ley orgánica*, a la cual se encomienda la regulación

³⁰⁰ Así lo ha reconocido la CCE, la cual señala “que la reserva de ley busca garantizar que la regulación de ciertas materias esenciales para la existencia del Estado, se hagan a través del procedimiento legislativo, en atención a que en virtud del principio democrático el órgano legislativo es el que, en un Estado de Derecho, tiene mayor legitimidad popular”. Cf. Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC”, 17-8. En la misma línea, en otro fallo la alta corte señala: “El principio de reserva de ley pretenden que ciertos ámbitos del derecho sean regulados únicamente mediante una disposición normativa de carácter legal para asegurar su legitimidad por la sujeción al principio de democrático”. Cf. “Sentencia No. 023-166-SIN-CC”, en *Caso No. 0054-09-IN*, 6 de abril de 2016, 23. Vid. también “Sentencia No. 161-18-SEP-CC”, en *Caso No. 1601-12-EP*, 2 de mayo de 2018, 27.

³⁰¹ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 153. Énfasis original.

³⁰² Sobre el concepto de ley formal, vid. Elías Díaz, “Teoría general del Estado de derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 131 (1963): 25, 30, 32. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=523&IDA=8533>.

de ciertas materias de singular importancia. En lo que concierne a la CRE, en el artículo 133 CRE el constituyente ecuatoriano determinó un conjunto de “supuestos tasados” que no pueden regularse sino mediante la forma de ley orgánica. Además, fijó explícitamente una “mayoría absoluta” para su aprobación, modificación, derogación o interpretación.

Así pues, en la CRE la ley orgánica se reviste de ciertos rasgos restrictivos de carácter material y formal que buscan, por un lado, evitar que el legislador abuse de esta categoría al conferir libremente carácter orgánico a una infinidad de supuestos, y por otro, procurar que la regulación de ciertas materias que el constituyente estima esenciales reciban el respaldo de una mayoría cualificada, esto es, de un concurso más extenso de voluntades en la Asamblea Nacional. Sin embargo, es de notar que el legislador ecuatoriano ha difuminado el rasgo formal que diferencia a la ley orgánica y a la ley ordinaria, dado que en el art. 53 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa se exige un *quorum* igual (*i.e.* mayoría absoluta) para aprobar ambas categorías normativas.

La incorporación de la forma de ley orgánica en la CRE da lugar a que la vulneración del principio de reserva de ley se produzca, además de los casos arriba descritos, cuando una *ley ordinaria* entra a regular asuntos que le conciernen a la ley orgánica. Precisamente, con fundamento en ello la CCE, en la sentencia No. 010-18-SIN-CC, declaró la inconstitucionalidad del artículo 153 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador³⁰³ por contravenir el art. 133 CRE. En lo principal la CCE advirtió “que la categorización establecida en el artículo 133 de la Constitución, debe ser aplicada minuciosamente atendiendo a la materia que estrictamente reservada a las leyes orgánicas y no en base a interpretaciones subjetivas o excesivas, que den como resultado la declaratoria de orgánica de cualquier cuerpo normativo”.³⁰⁴

Con arreglo a lo anterior, se configuran al menos dos criterios para distinguir las modalidades de reserva de ley: la forma de ley exigida (*reservas de ley orgánica y ordinaria*) y el grado de densidad regulatoria requerida (*reservas de ley absoluta y relativa*). A continuación, se precisará con mayor detalle sobre este último par de reservas, ya que es a través de ellas que se articula la actuación y/o concurrencia normativa del legislador y la administración pública.

³⁰³ En lo pertinente este artículo asignaba carácter orgánico a las disposiciones de la Ley de Equidad Tributaria.

³⁰⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 010-18-SIN-CC, en *Caso No. 0010-08-TC y 0014-09-IN*, 16 de mayo de 2018, 26.

4.5.1 Reservas de ley absoluta y relativa

Mientras la *reserva de ley absoluta* precisa una regulación exhaustiva y agotadora por la ley de la materia reservada, la *reserva de ley relativa* requiere que la ley dicte tan solo los principios o aspectos esenciales. De este modo, la reserva relativa autoriza a que dichos principios o aspectos esenciales puedan ser complementados por disposiciones reglamentarias.³⁰⁵ Pero ¿cómo distinguir en un texto constitucional entre reservas de ley absoluta y relativa?

Algunos autores advierten que un criterio para identificar y distinguir entre ambas modalidades de reserva sería apelar a las fórmulas que el propio constituyente incorpora en el texto constitucional. Por ejemplo, se entendería que se trata de una reserva absoluta cuando se recogen frases tales como: “sólo por ley”, “la ley regulará”, “sino por ley”, “por ley”, “únicamente por ley” y otras similares. En sentido contrario, la previsión de fórmulas menos rígidas denotaría que se está ante una reserva relativa, a saber: “de acuerdo con la ley”, “según disposiciones de ley”, “en base a la ley” y otras de la misma naturaleza.³⁰⁶

Ahora bien, la CCE para diferenciar entre reservas de ley absoluta y relativa, antes que atender a las fórmulas de la propia CRE, recurre directamente a la voluntad del legislador. De esta manera, en la sentencia No. 009-17-SIN-CC advierte que: “si no se permite por la ley colaboración reglamentaria alguna, nos encontramos ante una reserva de ley **absoluta**; mientras que si se permite la colaboración reglamentaria, con sujeción en todo caso a la ley, nos encontramos ante una reserva de ley **relativa**”.³⁰⁷ El riesgo de este criterio es que al final la modalidad de reserva, en lugar de provenir de la CRE, queda al albur de la voluntad del legislador de regular una materia en forma agotadora o no. En la sentencia No. 023-16-SIN-CC la CCE ofrece el mismo criterio de distinción:

Podemos hablar de *reserva absoluta* cuando la propia ley incluye todos los elementos necesarios de una materia determinada con lo cual se impide que se acuda a otras fuentes secundarias o de rango inferior para complementar el mandato legal, este principio absoluto inmoviliza la actuación de la administración.

³⁰⁵ Riccardo Guastini, “Reserva de ley”, en *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos* (Lima: Raguel, 2016), 228.

³⁰⁶ Santiago Muñoz Machado, “Los dominios de la ley y el reglamento”, en *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: El reglamento* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 7:79. Vid. también Guastini, “Reserva de ley”, 230-1.

³⁰⁷ Corte Constitucional, “Sentencia No. 009-17-SIN-CC”, 17.

En cambio la *reserva de ley relativa* surge cuando la ley contiene solamente los elementos esenciales de una determinada situación jurídica; por lo tanto, es necesario recurrir a normas de rango inferior para poder conocer o complementar una disposición normativa, ahí es necesaria la actuación de los órganos de la administración pública.³⁰⁸

Lamentablemente, esta línea jurisprudencial respecto al sentido y alcance del principio de reserva legal tampoco ha sido rectificadas por la nueva Corte Constitucional.³⁰⁹ En efecto, en la sentencia No. 038-13-IS y acumulado,³¹⁰ dicho órgano declaró que, si bien la propia CRE “establece una reserva de ley para la regulación del ejercicio de derechos y garantías constitucionales, *se admite que normas inferiores a la ley puedan hacerlo siempre que existan [sic] delegación expresa del legislador [...]*”.³¹¹ A este respecto, conviene advertir que se trata de una patente desnaturalización del principio de reserva legal, lo cual abre la puerta a la posibilidad de que el legislador renuncie o abdique de su función normativa a favor de normas de jerarquía inferior a la ley.

De hecho, la nueva CCE contempla esta peligrosa posibilidad cuando en la sentencia antes citada señala: “[A] pesar de estar facultado el presidente de la República de Ecuador para emitir normas generales de interés común, a través de reglamento, en la LOPC³¹² *no existe disposición expresa del legislador* para que, a través de este acto normativo, se regule este derecho [*i.e.* a la consulta previa]”.³¹³ Es decir, que si hubiese existido una disposición legal expresa en la LOPC, para la CCE estaría justificada, por ese simple hecho, la función reguladora del Ejecutivo respecto de una materia estrictamente reservada para el legislador orgánico (art. 133.2 CRE).³¹⁴

Así las cosas, la CCE invierte la lógica del principio de reserva de ley, pues de una *garantía normativa*³¹⁵ la transforma en una mera opción del legislador. En realidad,

³⁰⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 023-16-SIN-CC”, en *Caso No: 0054-09-IN*, 6 de abril de 2016, 24-5.

³⁰⁹ En la actualidad, dicho órgano constitucional se encuentra integrado por los siguientes jueces: Ramiro Ávila, Carmen Corral, Agustín Grijalva, Enrique Herrería, Alí Lozada, Daniela Salazar, Hernán Salgado, Karla Andrade y Teresa Nuques.

³¹⁰ Este fallo trata sobre el “incumplimiento parcial” de la sentencia No. 001-10-SIN-CC, con relación a la falta de regulación mediante ley orgánica del ejercicio de los derechos a la consulta previa (art. 57.7 CRE) y a la consulta prelegislativa (art. 57.17 CRE).

³¹¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 038-13-IS y acumulado”, en *Caso No: 0038-13-IS*, 13 de diciembre de 2019, 11. Énfasis añadido.

³¹² Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

³¹³ Corte Constitucional, “Sentencia No. 038-13-IS y acumulado”, 12. Énfasis añadido.

³¹⁴ En el art. 133.2 CRE se dispone que “[s]erán leyes orgánicas: 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

³¹⁵ La CRE prevé varias garantías normativas, entre las que se pueden destacar las siguientes: i.- la reserva de ley (arts. 132 y 133), ii.- obligación de adecuación de las normas a los derechos (art. 84), iii.- la sujeción o vinculación de todas las personas y autoridades a la Constitución (art. 426), iv.- la

al contrario de lo que arguye la alta corte, la reserva de ley representa una *imposición constitucional* -antes que una opción legislativa- de que determinadas materias sean reguladas por ley, con lo cual se prohíbe que el legislador “por razones de comodidad o de conveniencia política”³¹⁶ abdique a favor de la administración de su función normativa, ora mediante *deslegalizaciones*,³¹⁷ ora a través de *remisiones en blanco*.³¹⁸

En cualquier caso, debe tenerse presente que la doctrina no es unánime respecto al criterio de distinción entre reservas de ley relativa y absoluta. En efecto, se trata de una cuestión harto discutida en la esfera académica que va desde una posición *rígida* a una de *intensidad variable*. De acuerdo con la primera, la diferencia entre reservas relativa y absoluta radica en la permisión o no al³¹⁹ legislador para que formule remisiones a favor de algún reglamento. En cambio, la segunda no maneja un criterio tan tajante, sino que diferencia ambas reservas según el tipo de colaboración reglamentaria admisible o legítima. Así pues, según esta posición, mientras en la reserva de ley absoluta se admiten solamente reglamentos *ejecutivos*, en la reserva de ley relativa si serían legítimos reglamentos *integrativos*.³²⁰

Sea como fuere, lo que sí rechazan firmemente ambas posiciones es un criterio como el esgrimido por la CCE, esto es, que la distinción entre ambas reservas dependa de la voluntad del legislador. En este sentido, es preciso relieves que una reserva no es absoluta o relativa al tenor de lo que disponga una ley determinada, sino porque se desprende de las disposiciones de la CRE y de otros criterios sustantivos que se deben tomar en cuenta al momento de valorar la extensión de la reserva. Acerca de este espinoso tema, Muñoz Machado ofrece algunos parámetros útiles para estimar el “carácter o no absoluto” de la reserva, y así determinar los límites de la colaboración reglamentaria:

irreformabilidad de los derechos y garantías constitucionales (arts. 441 y 442), y v.- el contenido esencial de los derechos (art. 11.4).

³¹⁶ Francisco L. Hernández González, “La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. Mitos y realidades”, *Revista de Administración Pública*, n.º 163 (2004): 494, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=649&IDA=26864>.

³¹⁷ Santiago Muñoz Machado, “La articulación técnica de las relaciones entre la ley y el reglamento”, en *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: El reglamento* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 7:109. “Una deslegalización es una decisión incluida en una ley por la que se permite que las normas de valor reglamentario puedan, en lo sucesivo, regular materias que, hasta entonces, estaban contenidas en leyes”.

³¹⁸ Se considera *remisiones en blanco* las que permiten al reglamento una regulación independiente de una materia, al no contener la ley remitente ni siquiera los elementos básicos que constriñan el desarrollo reglamentario. Vid. Manuel Rebollo Puig, “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”, *Revista de Administración Pública*, n.º 125 (1991): 163, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=123&IDA=23747>.

³¹⁹ En cambio, la CCE concibe la reserva –en forma equivocada– como una permisión del legislador al cierre o apertura reglamentaria.

³²⁰ Guastini, “Reserva de ley”, 230.

[L]a literalidad de las proposiciones o conceptos utilizados por la Constitución para definir la reserva; la medida en que la normativa que va a aprobarse afecta a la regulación de los derechos fundamentales; en el marco de estas regulaciones, si se trata de la ordenación de prestaciones a favor de los ciudadanos o restricciones de los derechos, en cuyo caso (legislación penal o sancionadora administrativa, por ejemplo) la reserva ha de entenderse de modo más estricto, sencillamente porque están en juego valores sobre los que se asienta el sistema constitucional entero [...].³²¹

Como se observa, en materia penal y sancionadora administrativa la reserva de ley debe ser entendida en términos más rigurosos. De ahí que, si se recurre a los parámetros delineados por el jurista español, con el objetivo de interpretar las disposiciones pertinentes de la CRE, se podrá notar que en ambas materias no se admite ni remisiones en blanco ni deslegalizaciones. El artículo 132.2 establece claramente que: “Se *requerirá de ley* en los siguientes casos: [...] Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.³²² Es decir, la CRE impone que sea una ley la que determine las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, sean de carácter penal o administrativo; por tanto, deben reputarse inconstitucionales los ilícitos penales o administrativos *creados* por una fuente distinta a la ley.

Arriba se sugirió que en materia sancionadora se admite cierta flexibilidad en la adecuación típica; es decir, no es preciso la misma prolijidad en la descripción de las infracciones y sanciones que se requiere en el área penal. Sin embargo, una cosa es que en materia sancionadora sea diferente la intensidad de precisión exigida al legislador y otra que este renuncie de plano a establecer los elementos básicos del ilícito administrativo que han de constreñir el desarrollo reglamentario.³²³ En otras palabras, la modulación de la garantía de tipicidad en materia sancionadora no puede conducir de ningún modo a la transferencia del legislador de su función normativa a favor de la administración pública. Así pues, toda remisión en blanco a la potestad reglamentaria para que fije autónomamente nuevas infracciones o sanciones contradice flagrantemente los artículos 132.2 y 76.3 CRE.

Pero si la CRE en este ámbito es bastante clara, en la sentencia No. 200-14-SEP-CC la CCE construye una “argumentación”, a partir de un caso disciplinario, que merece

³²¹ Muñoz Machado, “Los dominios de la ley y el reglamento”, 81.

³²² Vid. también art. 76.3 CRE.

³²³ Vid. *supra* p. 97. A este respecto, Nieto sostiene que “la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que ‘cree’ figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma”. Cf. Alejandro Nieto, “El mandato de tipificación”, en *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 2005), 310. Énfasis original.

un rechazo enérgico. Se trata de un pronunciamiento con ocasión de una acción extraordinaria de protección presentada contra una sentencia de la Única Sala de la Corte Provincial de Napo, mediante la cual este órgano judicial decidió admitir una acción de protección frente a una resolución administrativa dictada por el Tribunal de Disciplina de la Policía Nacional, por haber sancionado al subteniente Santiago Egas Rivadeneira por una *falta disciplinaria contenida en un reglamento*. En tanto que la infracción y la sanción no constaba en una ley, el órgano judicial napense resolvió en su momento que se vulneró el principio de reserva de ley contemplado en el artículo 132.2 CRE. Sin embargo, la CCE consideró que “no hubo la suficiente razonabilidad al momento de pronunciarse” y conceder la acción de protección.³²⁴ En lo principal el máximo órgano constitucional adujo que:

[E]n el caso sub júdice la sanción disciplinaria impuesta al legitimado activo de la acción de protección fue aplicada por el Tribunal de Disciplina de la Policía Nacional, ante la comisión de una falta disciplinaria contenida en el respectivo reglamento de la institución y de conformidad al procedimiento en el previsto, por lo que no se observa transgresión en el proceso de juzgamiento, al principio de reserva de ley contenido en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución, como lo afirmó en su sentencia de segunda instancia la Única Sala de la Corte provincial de Justicia de Napo, *ya que existe una delegación expresa* para, mediante reglamento, aplicar sanciones disciplinarias conforme lo dispone el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, que a su vez es concordante con lo que establece el inciso final del artículo 160 de la Constitución.³²⁵

El extracto transcrito refleja fielmente la reprochable concepción del principio de reserva de ley que maneja la CCE. Para la magistratura constitucional el hecho de que exista una *delegación expresa* por parte del legislador es un título suficiente para que la administración pública esté habilitada para tipificar infracciones y sanciones. De este modo, no le preocupa en absoluto la remisión en blanco que se realiza en el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional (LOPN), que señala: “El Tribunal de Disciplina tiene la facultad de juzgar *las faltas disciplinarias previstas en el respectivo Reglamento y de acuerdo con el procedimiento señalado en el mismo*”. Es más advierte en forma equivocada que tal enunciado legal “es concordante” con el inciso final del artículo 160 CRE. En lo pertinente, esta disposición constitucional señala: “Las infracciones disciplinarias serán *juzgadas* por los órganos competentes establecidos en la ley”.

Como se aprecia, en la CRE no se prescribe que las infracciones disciplinarias puedan ser *fijadas* o creadas por la administración pública, sino simplemente que serán

³²⁴ Corte Constitucional, “Sentencia No. 200-14-SEP-CC”, 11.

³²⁵ *Ibíd.*, 9. Énfasis añadido.

juzgadas o aplicadas por los órganos competentes. La diferencia es grande. Ciertamente, la LOPN establece el órgano competente conforme lo exige la CRE, pero ilegítimamente remite la definición de las “faltas disciplinarias” y del “procedimiento” a un reglamento; lo cual, como se dijo, no es admisible, dado que se trata de elementos básicos del ilícito administrativo, que el legislador está obligado a fijarlos directamente. No obstante, la CCE, al no contar con estándares para evaluar el alcance legítimo de las remisiones legales, consideró que el legislador se encuentra plenamente habilitado para *delegar* su función normativa, olvidando que la reserva de ley no le confiere a aquel la posibilidad de disponer de ella a su antojo, sino que se trata de una obligación constitucional ineluctable.³²⁶

4.5.2 La flagrante conculcación del principio de reserva legal en materia policial disciplinaria

Desde el 2011 al interior de la Policía Nacional del Ecuador se activó un proceso “técnico” de autodepuración del personal. Este proceso dio lugar a una serie de actos normativos y administrativos que vulneran abiertamente el principio de reserva legal consagrado en el artículo 132.2, que reza: “Se *requerirá de ley* en los siguientes casos: [...] Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”. A pesar de esta clara disposición constitucional, el entonces ministro del Interior, José Serrano, emitió el Acuerdo No. 5233-A, de 4 de enero de 2015,³²⁷ en el cual se establece un conjunto de “[r]equisitos para permanencia”,³²⁸ cuya inobservancia faculta al Ministerio del Interior [hoy Ministerio de Gobierno] a emitir el “acto administrativo de separación definitiva [e inmediata] correspondiente”. Es decir, en una norma de carácter infralegal se fija los

³²⁶ “La reserva legal lo es siempre de una ‘materia’ determinada de modo que una ley no puede utilizarse para contrariar a la Constitución, que ha dispuesto tal reserva entregando al reglamento dicha materia”. Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “Las relaciones entre ley y reglamento. En particular, la legislación delegada”, en *Curso de derecho administrativo* (Bogotá-Lima: Temis-Palestra, 2008), 1:255.

³²⁷ Ecuador Ministerio del Interior, *Acuerdo No. 5233-A*, Registro Oficial 488, 27 de abril de 2015.

³²⁸ Las causales “constitutivas de no idoneidad para la prestación del servicio policial”, y de la consecuente separación, son las siguientes: “1) Transgresión de normas constitucionales, legales, y reglamentarias inherentes al ejercicio de la misión institucional, a excepción de faltas disciplinarias leves o graves; 2) Incumplimiento de disposiciones contenidas en instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos; 3) Comisión de faltas disciplinarias atentatorias, o reincidencia en faltas disciplinarias con rangos superiores a dos mil quinientas horas de arresto o seis reprobaciones; 4) Ser calificado no idóneo para el curso de ascenso; 5) Reprobar el componente poligráfico de la evaluación integral de control confianza; 6) Ser detenido en delito flagrante o tener formulación de cargos; o, 7) Obtener una calificación anual que lo coloque en lista tres”. Cf. *Ibíd.* art. 1.

elementos básicos del ilícito disciplinario, a saber: la descripción de la(s) *conducta(s)*, la determinación de la *sanción* y el *procedimiento* que debe seguirse para su imposición.

Es de notar que con base en este inconstitucional acuerdo ministerial cientos de servidores policiales han sido separados definitivamente de sus funciones. Además, interesa señalar que, si bien puede considerarse “legítimo” el fin que se persigue con este denominado proceso “técnico” de autodepuración de la Policía Nacional,³²⁹ ello no autoriza a ningún órgano del Estado a inobservar y/o sortear los principios constitucionales que rigen su actuación. Tampoco podría justificarse esta medida en la mera existencia de una “delegación o disposición expresa” del legislador, como lo admite la propia CCE; visto que, como se ha remarcado, el principio de reserva legal es tanto una *garantía* del administrado como una *obligación* normativa insoslayable del legislador.

Afortunadamente, el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo (sede Quito) no acoge la inadecuada concepción del principio de reserva legal preconizada por la CCE. En efecto, al conocer una acción propuesta por el señor Cabo Primero de Policía Kléber Iván Yasig Quishpe, quien fue separado con base en el mentado Acuerdo No. 5233-A, dicho tribunal adujo de manera contundente que ni la normativa internacional anticorrupción³³⁰ “faculta, a pretexto de juridicidad, inobservar las normas legales, *ni tampoco autoriza para que se emitan normas de inferior jerarquía [a] la ley que establezcan condiciones de cesación de los servidores policiales*”.³³¹ En análogo sentido, en otro caso de separación de un servidor policial, dicho tribunal profirió que:

[E]s oportuno mencionar que el principio de legalidad, tiene algunos alcances dentro del ordenamiento jurídico, y en materia sancionatoria, es menester que toda *conducta humana* tachada de infracción debe encontrarse previamente prescrita como tal en la *normativa legal*, así como, la *sanción* a la que haya lugar, y conocer claramente todos los elementos normativos y subjetivos que integran el alcance de la infracción, puesto [que] en caso contrario se estaría frente a un caso de discrecionalidad.³³²

³²⁹ De hecho, en el considerando 18 del Acuerdo No. 5233-A se expresa: “Que, por su naturaleza, las funciones que realizan las servidoras y servidores policiales, [sic] deben garantizar a las ciudadanas y ciudadanos los derechos consagrados en la Constitución de la República y otros instrumentos de Derechos Humanos, a efecto de *erradicar la corrupción, la desconfianza social, y la comisión de delitos o conductas antijurídicas que implique el uso indebido de bienes y equipos destinados al servicio policial, afectando significativamente la convivencia social pacífica y el patrimonio público*”. Cf. *Ibid.* considerando 18. Énfasis añadido.

³³⁰ Esto es, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

³³¹ Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (sede Quito), “Sentencia”, en *Juicio Especial No: 17811201700072*, 8 de mayo de 2018, 8. Énfasis añadido.

³³² Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (sede Quito), “Sentencia”, en *Juicio Especial No: 17811201501103*, 18 de mayo de 2018. Énfasis añadido.

Así las cosas, resulta paradójico que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes defiendan el cumplimiento irrestricto del principio constitucional de reserva de ley, mientras que la CCE promueva y admita una controvertida interpretación de aquel; máxime cuando con ello coloca en una clara situación de riesgo a los derechos de los administrados. En lo que atañe a esta cuestión, la actuación de la CCE debe ser firmemente rechazada, pues se trata del órgano al cual se encomienda tanto la protección de la CRE como el liderazgo del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Sin embargo, al desconstitucionalizar la reserva legal,³³³ enerva la función garantista³³⁴ que le reviste. Conviene recordar que el principio de reserva legal no es uno más de la CRE, sino uno de capital importancia, ya que articula la actuación y colaboración normativa entre el legislador y la administración pública. Este escenario no hace sino confirmar el argumento de que a la postre la garantía de la CRE no puede recaer de manera exclusiva en una corte constitucional, sino que es necesario una opinión pública constitucional vigorosa que incida en la rectificación de decisiones que no se ajustan con los principios y derechos constitucionales.

³³³ La desconstitucionalización se entiende como el “vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la constitución”, esto es, un proceso inverso a la constitucionalización. Vid. Néstor Pedro Sagüés, “El concepto de ‘desconstitucionalización’”, en *La Constitución bajo tensión* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales, 2016), 109.

³³⁴ La reserva de ley cumple una función dual: i) *democrática* (i) y ii) *garantista*. A la primera ya se refirió arriba cuando se abordó el fuerte componente político-ideológico que le subyace; en cambio, la segunda se vincula con la idea de que la reserva de ley “sirve para la *tutela* de los derechos fundamentales de los ciudadanos en contra del Poder Ejecutivo (especialmente en contra de este, que dispone directamente de la coerción)”. Vid. Guastini, “Reserva de ley”, 224.

Conclusiones

La constitucionalización de los principios rectores de la actuación administrativa ha provocado que adquieran una posición central y prevalente dentro del ordenamiento jurídico. Esto ha repercutido en que en la actualidad no se dude de su *valor supralegislativo*, y que por tanto se erijan en parámetros de control de validez de las actuaciones de *todos* los poderes públicos, incluido el principal órgano de creación del derecho, esto es, el legislativo. No obstante, como se ha subrayado en este trabajo, la simple adscripción de rango constitucional de un principio no constituye una garantía suficiente para su efectiva irradiación o impregnación en el orden jurídico-administrativo. Más aún cuando tales principios requieren, por su alto grado de indeterminación, del desarrollo previo adecuado, armónico y riguroso para que se conviertan en auténticos faros de actuación de todos los operadores jurídicos.

Precisamente, esta labor de concretización recae en el órgano máximo de interpretación constitucional, a saber, la CCE. De ahí que este trabajo se haya concentrado en una parte del material jurisprudencial producido por esta magistratura con el objetivo de conocer qué significado y alcance se ha asignado a ciertos principios que rigen la actuación administrativa. Así pues, conviene reiterar que la especial atención que se ha prestado a la actuación de la CCE no responde a una decisión metodológica arbitraria, sino que se fundamenta en que el desarrollo del contenido de los principios de este órgano se proyecta a todo el orden jurídico, y en particular influye, por el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, en las decisiones que toman los demás operadores jurídicos (*i.e.* jueces ordinarios o servidores administrativos).

Para esto efectos, se ha procurado identificar algunas sentencias de la CCE en las que *directa y expresamente* se refiere a los principios rectores de la actuación administrativa; así, el universo jurisprudencial se ha delimitado. A este respecto, lo problemático no es solo que la CCE en las sentencias estudiadas no se ha ocupado en forma copiosa en desarrollar los principios constitucionales relativos al orden jurídico-administrativo, sino que cuando lo ha hecho los ha distorsionado e incluso desconstitucionalizado. Se podrá decir que la CCE, como cualquier órgano judicial, no está exento de equivocarse; empero, el principal inconveniente es que lo hace un órgano cuyas decisiones tienen fuerza vinculante frente a todos los demás órganos del Estado.

Así pues, la constitucionalización del orden jurídico-administrativo se compromete cuando el propio órgano que debe liderar dicho proceso, en lugar de

coadyuvar a ello, distorsiona o desconstitucionaliza principios como el de reserva legal, la cual presenta una función dual: i) *democrática* (i) y ii) *garantista*. La primera impele a que las decisiones esenciales o que interfieran en los derechos fundamentales emanen del órgano con mayor representatividad, esto es, el Parlamento. En cambio, la segunda sirve para garantizar que la regulación de los derechos fundamentales sea materia reservada al legislador, y de este modo sustraerla de la injerencia del Ejecutivo.

Sin embargo, en manos de la CCE en las sentencias analizadas la reserva legal se ha transmutado de una garantía normativa en una opción legislativa; es decir, según la alta corte el carácter de la reserva (relativa o absoluta) depende de la voluntad del legislador en permitir o no colaboración reglamentaria. Este criterio sin sustento teórico alguno incide en que la CCE admita sin mayores problemas *remisiones en blanco* que la CRE expresamente prohíbe. Lo más paradójico, como se ha enfatizado, es que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes defiendan, el cumplimiento irrestricto del principio constitucional de reserva de ley, mientras el guardián máximo de protección de la CRE con su desacertada línea jurisprudencial enerva el principio de reserva legal.

En lo que toca a los principios organizativos de las administraciones públicas, conviene notar que en las sentencias analizadas de la CCE no se encuentra mayor desarrollo acerca de su contenido y alcance, y cuando se ha recurrido a alguno de ellos se ha tergiversado su objetivo primordial. En efecto, la alta corte ha apelado por un lado al *principio de coordinación* para amparar exenciones tributarias de una empresa pública, y por otro al *principio de eficiencia* para eximir a ciertas altas autoridades de una renuncia previa para que puedan presentarse en los respectivos concursos públicos de oposición y méritos. Se trata de un empleo jurisprudencial bastante impreciso que no se condice con el verdadero contenido y alcance de tales principios, esta tergiversación se produce en la casuística debida presuntamente a la visión ideológica del Estado a la época de expedición de las sentencias.

Pero no solo existe imprecisión por parte de la CCE respecto de los principios antes aludidos, sino de otros que son cardinales en cuanto a la *actuación* de la administración pública. De este modo, la magistratura confunde las vertientes competencial y aplicativa del principio de legalidad. O asume la equivalencia entre los principios de juridicidad y constitucionalidad por la forma de interpretación jurídica de los principios y la influencia de las corrientes doctrinarias. Se trata de un asunto harto criticable, pues al ser el máximo órgano de interpretación constitucional lo que menos se le puede exigir es un grado razonable de precisión y rigor.

Por citar un ejemplo, la CCE, al referirse a una de las aplicaciones concretas del principio de legalidad en materia penal y sancionadora administrativa, no desarrolla con precisión cada una de las garantías que encierra dicho principio, y más bien las asimila. A este respecto, es menester tener presente que el principio de legalidad comprende una triple garantía: i) de previsibilidad, ii) de tipicidad) y iii) de reserva legal. Cada una de estas garantías tiene un contenido y alcance específico. Así, conviene remarcar que la tipicidad no solo exige una ley previa, sino una descripción de la infracción y la sanción en un lenguaje claro y determinado. En materia sancionadora administrativa, si bien se admite cierta flexibilidad en la adecuación típica, de ningún modo esto puede dar lugar a que el legislador renuncie de plano a fijar, al menos, los elementos básicos del ilícito administrativo.

El ejercicio de dilucidación conceptual realizado en este trabajo respecto a los principios constitucionales rectores de la actuación administrativa no tiene un mero afán teórico, pues son las imprecisiones, distorsiones y desconstitucionalizaciones las que generan una relajación de las obligaciones normativas que corresponden al legislador. Además, ello conduce a que se avale prácticas legislativas que no se ajustan a la CRE, como las remisiones en blanco, o que se admita la creación de ilícitos administrativos en normas de jerarquía inferior a la ley. Este escenario no hace sino confirmar que la constitucionalización del orden jurídico no puede recaer de manera exclusiva en la Corte Constitucional, por lo que es imprescindible que los actores sociales y la academia vigilen de forma activa la actuación de todos los órganos del poder público en aras de evitar, en lo posible, que se desvíen y/o vacíen las normas, principios o valores de la CRE.

Bibliografía

- Alarcón, Pablo. “Una metodología comparativa crítica. Su aplicación al caso ecuatoriano”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5141>.
- Albert, Richard. “La enmienda de las reglas que regulan la enmienda constitucional”. En *Formas y función de la enmienda constitucional*, 281-364. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Atienza, Manuel. “Dos versiones del constitucionalismo”. *Doxa*, n.º 34 (2011): 73-88. doi: 10.14198/DOXA2011.34.04
- Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.
- Badeni, Gregorio. “La constitución”. En *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 59-192. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Barak, Aharon. “Los orígenes históricos de la proporcionalidad”. En *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 205-41. Lima: Palestra, 2017.
- Barberis, Mauro. “Normas jurídicas”. En *Introducción al estudio del derecho*, 105-45. Lima: Palestra, 2015.
- Barker, Robert S. “Derechos humanos: 200 años de experiencia constitucional”. En *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, 127-80. Lima: Grijley, 2005.
- Beladiez Rojo, Margarita. “La vinculación de la Administración al Derecho”. *Revista de Administración Pública*, n.º 153 (2000): 315-49. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=151&IDA=24338>.
- Bernal Gómez, Beatriz. “El derecho en la modernidad. El movimiento codificador en Europa y América”. En *Historia del derecho*, 161-208. Ciudad de México: Nostra Ediciones, 2010.
- Bernal Pulido, Carlos. “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional

- replacement doctrine”. *International Journal of Constitutional*, n.º 2 (2013): 339-57. <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>
- . “Las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales”. En *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 511-63. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- . “Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo”. *Fundamentos*, n.º 9 (2017): 39-70. https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/03_carlosbernal.pdf
- Bobbio, Norberto. “Coherencia del ordenamiento jurídico”. En *Teoría general del derecho*, 180-212. Bogotá: Temis, 2007.
- . *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”. En *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, 17-45. Madrid: Trotta, 2000.
- . “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. En *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, 44-71. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- Borja y Borja, Ramiro. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, vol. 2. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1950).
- Bryce, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- Burt, Robert A. “El Marshall madisoniano”. En *Constitución y conflicto*, 173-87. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- Clavero Arévalo, Manuel Francisco. “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 7 (1952): 51-104. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=7&IDA=21716>
- Colón-Ríos, Joel. “¿Puede haber enmiendas constitucionales inconstitucionales? Una mirada al derecho comparado”. En *La constitución de la democracia*, 177-243. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Corral, Fabián. “Las políticas públicas”. *El Comercio*. 29 de diciembre de 2012.

- Corral, Fabián. “Derogatoria de la legalidad”. *El Comercio*. 20 de junio de 2019.
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2015.
- Díaz, Elías. “Teoría general del Estado de derecho”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 131 (1963): 21-48.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=523&IDA=8533>.
- . “Prólogo a la novena edición”. En *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 2010. Edición electrónica.
- Dippel, Horst. “El concepto de Constitución en los orígenes del constitucionalismo norteamericano (1774-1776)”. *Fundamentos*, n.º 1 (2010): 25-83.
https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/sesto/pdfs/01_dippel.pdf
- Doménech Pascual, Gabriel. “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales”. *Revista de Administración Pública*, n.º 155 (2001): 59-106.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=153&IDA=24375>.
- Esteve Pardo, José. “La Administración garante. Una aproximación”. *Revista de Administración Pública*, n.º 197 (2015): 11-39.
<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.197.01>
- Fauré, Christine. “Las declaraciones de los derechos del hombre”. En *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, 15-34. Ciudad de México: FCE, 1995.
- Favoreu, Louis. “El bloque de la constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5 (1990): 45-68.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1232&IDA=35340>
- . “La constitucionalización del derecho”. En *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, 37-62. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. “El subsistema penal ordinario”. En *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 695-762. Madrid: Trotta, 1995.
- . “Derechos fundamentales”. En *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 37-72. Madrid: Trotta, 2004.
- . “El garantismo entre positivismo jurídico y constitucionalismo”. En *Garantismo*, 23-38. Madrid: Trotta, 2013.

- . “Poderes, derechos y garantías”. En *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del derecho*, vol. 1, 556- 683. Madrid: Trotta, 2013.
- Figuerola, Laureano. “Lección 12”. En *Apuntes de Derecho político y mercantil comparado, redactados por varios cursantes con arreglo a las explicaciones (sic) del Dr. Laureano Figuerola Catedrático de dicha asignatura en la Universidad Central y curso de 1859 a 1860*, 79-83. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20402>
- Gamero Casado, Eduardo. “Los conceptos de Derecho Administrativo y de Administración pública”. En *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, 55-83. Granada: Comares, 2015.
- Gamero Casado, Eduardo y Severiano Fernández Ramos. “El concepto de Administración Pública y sus bases constitucionales”. En *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 61-107. Madrid: Tecnos, 2017. Edición en formato digital.
- . “La posición jurídica de los ciudadanos”. En *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 108-50. Madrid: Tecnos, 2017. Edición en formato digital.
- . “La organización administrativa”. En *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 190-246. Madrid: Tecnos, 2017. Edición en formato digital.
- Galán, Lola. “Sí al divorcio en Irlanda por sólo 9000 votos”. *El País*. 26 de noviembre de 1995.
- García de Enterría, Eduardo. “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un *status* de jurisdicción plena y efectiva”. *Revista de Administración Pública*, n.º 179 (2009): 167-183. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/45811/27324>
- . “La lucha contra las inmunidades del poder”. En *Democracia, ley e inmunidades del poder*, 15-103. Pamplona: Civitas, 2011.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, “La Administración Pública y Derecho Administrativo”. En *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, 25-59. Madrid: Civitas, 2006.
- . “El ordenamiento administrativo. La Constitución como norma jurídica”. En *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, 43-88. Bogotá-Lima: Temis-Palestra, 2008.
- . “El reglamento”. En *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, 155-211. Bogotá-Lima: Temis-Palestra, 2008.

- . “Las relaciones entre ley y reglamento. En particular, la legislación delegada”. En *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, 212-55. Bogotá-Lima: Temis-Palestra, 2008.
- Garton Ash, Timothy. “Reino Unido necesita una Constitución”. *El País*. 30 de mayo de 2009.
- Goldsworthy, Jeffrey. “Constitutional Interpretation”. En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michael Rosenfeld y Andrés Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012. Edición electrónica.
- Gordillo, Agustín. “El derecho administrativo”. En *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*, 103-25. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- . “Servicios públicos”. En *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*, 399-411. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Grau, Luis. *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas 1787-1992*. Madrid: Universidad Carlos III, 2010.
- Grijalva, Agustín. “Evolución histórica del control constitucional en Ecuador”. En *Constitucionalismo en Ecuador*, 171-96. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Guastini, Riccardo. “A propósito del neoconstitucionalismo”. *Gaceta Constitucional*, n.º 67 (2013): 231-40. <https://es.scribd.com/doc/158778583/Riccardo-Guastini-A-proposito-del-neoconstitucionalismo>
- . “Sobre el concepto de Constitución”. En *Estudios de teoría constitucional*, 28-45. Ciudad de México: Fontamara, 2013.
- . “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Estudios de teoría constitucional*, 147-77. Ciudad de México: Fontamara, 2013.
- . “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”. En *Estudios de teoría constitucional*, 179-205. Ciudad de México: Fontamara, 2013.
- . “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento”. En *La sintaxis del derecho*, 175-95. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- . “Reserva de ley”. En *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, 215-35. Lima: Raguél, 2016.
- . *Lecciones de teoría del derecho y del estado*. Puno: Zela, 2019.

- Hamilton, Alexander. “El federalista, LXXVIII”. En *El federalista*, editado por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, 330-36. Ciudad de México: FCE, 2010.
- . “El federalista, LXXXIV”. En *El federalista*, editado por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, 365-73. Ciudad de México: FCE, 2010.
- Hauriou, André, Jean Gicquel y Patrice Gélard, “El reconocimiento del individuo como parte integrante e, incluso, fin de la sociedad política”. En *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 211-46. Madrid: Ariel, 1980.
- Hernández González, Francisco L. “La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. Mitos y realidades”. *Revista de Administración Pública*, n.º 163 (2004): 169-99. <http://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=649&IDA=26864>.
- Hesse, Konrad. “El significado de los derechos fundamentales”. En *Escritos de Derecho Constitucional*, 151-75. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . “La interpretación constitucional”. En *Escritos de Derecho Constitucional*, 57-75. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ibler, Martin. “Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”. *Respublica*, n.º 2 (2010): 35-47.
- Jefferson, Thomas. “Carta a James Madison” (15 de marzo de 1789). En *Escritos políticos*, 396-98. Madrid: Tecnos, 2014.
- . “Carta al juez Spencer Roane”. 6 de septiembre de 1819. <https://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-judge-spencer-roane/>.
- Kägi, Werner. *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Madrid: Dykinson, 2005.
- Kelsen, Hans. “La función de la constitución”. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’*, n.º 5 (2010): 150-57. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/351/268>
- Kramer, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

- Laporta, Francisco. "Ley y Constitución". En *El imperio de la ley. Una visión actual*, 219-42. Madrid: Trotta, 2007.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, vol. 1. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1998.
- Lavroff, Dmitri Georges. "El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3 (1981): 43-61.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=305&IDA=24562>
- Loewenstein, Karl. "La constitución". En *Teoría de la Constitución*, 149-231. Barcelona: Ariel, 1986.
- Loughlin, Martin. "What is Constitutionalisation?". En *The Twilight of Constitutionalism?*, editado por Petra Dobner y Martin Loughlin, 47-69. New York: Oxford University Press, 2010.
- Manili, Pablo Luis. "Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad". En *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni Figueroa Mejía, 122-24. Ciudad de México: UNAM, 2014.
- Mason, George. "Objections to The Constitution of Government formed by the Convention". 17 de septiembre de 1787.
<http://edu.lva.virginia.gov/docs/MasonsObjections.pdf>
- Maurer, Harmut. *Derecho administrativo alemán*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- McIlwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- Mir Puigpelat, Oriol. "El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional". *Revista de Administración Pública*, n.º 162 (2003): 47-87.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=160&IDA=24515>
- Montaña Pinto, Juan. "Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales". En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, vol. 2, 25-37. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

- Muñoz Machado, Santiago. “La constitucionalización de la legalidad”. En *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: Los principios de constitucionalidad y legalidad*, vol. 3, 99-136. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . “La estructura normativa de la Constitución vigente”. En *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: La Constitución como norma*, vol. 5, 91-137. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . “Las leyes de las Cortes Generales”. En *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: La ley*, vol.6, 64-93. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . “Los dominios de la ley y el reglamento”. En *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: El reglamento*, vol. 7, 36-93. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- . “La articulación técnica de las relaciones entre la ley y el reglamento”. En *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general: El reglamento*, vol. 7, 93-115. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- Nieto, Alejandro. “El principio de legalidad”. En *Derecho Administrativo Sancionador*, 201-50. Madrid: Tecnos, 2005.
- . “El mandato de tipificación”. En *Derecho Administrativo Sancionador*, 297-370. Madrid: Tecnos, 2005.
- Morand-Deviller, Jacqueline. “La jurisdicción administrativa”. En *Derecho administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017). Edición electrónica.
- Oyarte, Rafael. “Principio de legalidad o de reserva de ley”. En *Debido proceso*, 31-135. Quito: CEP, 2016.
- . *Derecho constitucional*. Quito: CEP, 2019.
- Paine, Thomas. “De las constituciones”. En *Derechos del Hombre*, 192-219. Madrid, Alianza Editorial, 1984.
- Parada, Ramón. “El Derecho administrativo. Cuestiones básicas”. En *Derecho Administrativo*, vol. 1, 17-38. Madrid, Open, 2014.
- Parejo Alfonso, Luciano. “La Administración pública y el Derecho administrativo”. En *Lecciones de Derecho administrativo*, 15-45. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- . “La organización administrativa y sus principios rectores”. En *Lecciones de Derecho administrativo*, 163-94. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

- Peltason, J. W. (ed.). *Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*. Word Book, 2004.
- Peña Freire, Antonio Manuel. “La garantía frente a los actos de la administración”. En *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, 265-96. Madrid: Trotta, 1997.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Pérez Royo, Javier. “El Derecho Constitucional”. En *Curso de Derecho Constitucional*, 33-50. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Pino, Giorgio. “Normas y jerarquías normativas”. En *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, 35-104. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- . “Principios, ponderación, y la separación entre Derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos”. *Doxa*, n.º 34 (2011): 201-28. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13>
- . *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Puno: Zela, 2018.
- Posada, Adolfo. “Idea general de las Constituciones políticas en los Estados modernos”. En *Tratado de Derecho Político*, vol. 2, 5-26. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1894.
- Prieto Sanchís, Luis. “Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI”. *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 82 (2012): 387-409.
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=H_ANUARIO_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_ESPA%DIOL
- . *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta, 2013.
- Rebollo Puig, Manuel. “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”. *Revista de Administración Pública*, n.º 125 (1991): 7-173.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=123&IDA=23747>
- Rivero, Jean. “Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 6 (1951): 289-300.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=6&IDA=21708>

- Rodríguez-Arana, Jaime. “El marco constitucional del derecho administrativo (el derecho administrativo constitucional)”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 15 (2011): 87-102. <http://hdl.handle.net/2183/10363>.
- Rodríguez-Arana, Jaime y Miguel Ángel Sendín. “El procedimiento administrativo”. En *Derecho Administrativo Español*, vol. 2, 145-243. La Coruña: Netbiblo, 2009.
- Rousseau, Jean Jacques. *Del Contrato social*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- Roxin, Claus. “El principio de legalidad en relación con la interpretación y la vigencia temporal de las leyes penales”. En *Derecho penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, vol. 1, 134-75. Madrid: Civitas, 1997.
- Ruiz Manero, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, 63-112. Madrid: Iustel, 2007.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- . “El concepto de ‘desconstitucionalización’”. En *La Constitución bajo tensión*, 97-110. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales, 2012.
- Sánchez Morón, Miguel. “Artículo 103”. En *Comentarios a la Constitución Española*, dirigido por Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde, vol. 2, 452-71. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. “Las bases históricas y conceptuales del Derecho administrativo”. En *Principios de Derecho administrativo*, vol. 1, 41-81. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- Schmitt, Carl. “El concepto positivo de Constitución”. En *Teoría de la Constitución*, 57-73. Madrid: Alianza Editorial, 2011.
- Sieyès, Emmanuel. “Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”. En *Escritos y discursos de la Revolución*, 241-65. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Soberanes Fernández, José Luis. “Christian Wolff”. En *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, 137-47. Ciudad de México: UNAM, 2009.

- Stein, Peter G. “El Derecho romano y la codificación”. En *El Derecho romano en la historia de Europa*, 144-82. Madrid: Siglo Veintiuno, 2001.
- Tomás y Valiente, Francisco. “La resistencia constitucional y los valores”. *Doxa*, n.º 15-16 (1994): 635-50. doi: 10.14198/DOXA1994.15-16.31
- Vega, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Doxa*, n.º 41 (2018): 123-50. doi: 10.14198/DOXA2018.41.07
- Vermeule, Adrian. *La abdicación del derecho. Del imperio del Derecho al Estado administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Waldron, Jeremy. “Desacuerdos y precompromiso”. En *Derecho y desacuerdos*, 305-35. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Wheare, K.C. “Cómo pueden clasificarse las Constituciones”. En *Las constituciones modernas*, 19-35. Barcelona: Labor, 1971.
- Wilson, James. “State House Yard Speech” (6 de octubre de 1787). En *Collected Works of James Wilson*, editado por Kermit L. Hall y Mark David Hall, 1: 171-77. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.
- Wood, Gordon. “La Constitución federal”. En *La revolución norteamericana*, 189-225. Ciudad de México: Debolsillo, 2015.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011¹⁰.
- Zagrebelsky, Gustavo y Valeria Marcenò. “Morfología de las normas constitucionales”. En *Justicia constitucional. Historia, principios e interpretaciones*, vol. 1, 347-77. Puno: Zela, 2018.

Fuentes normativas

Constituciones

- Alemania. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, 23 de mayo de 1949.
- Bolivia. *Constitución Política del Estado*. Gaceta Oficial. 7 de febrero de 2009.
- Bulgaria. *Constitución de la República de Bulgaria*. 13 de julio de 1991.
- Colombia. *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 116, 20 de julio de 1991.
- Ecuador. *Constitución del Estado del Ecuador*, Registro Auténtico, 14 de junio de 1830.
- Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.

Ecuador. *Constitución Política del Ecuador*. Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945.

Ecuador. *Constitución Política del Ecuador*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador, Codificación de 1996*.
Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre
de 2008.

España. *Constitución española*, 27 de diciembre de 1978.

Francia. *Carta del Medio Ambiente*. Boletín Oficial No. 51, 2 de marzo de 2005.

Francia. *Constitución francesa*, 4 de octubre de 1958.

Francia. *Preámbulo de la Constitución francesa*, 27 de octubre de 1946.

Guatemala. *Constitución Política de la República de Guatemala*. Diario Oficial. 31 de
mayo de 1985.

Honduras. *Constitución de la República de Honduras*. La Gaceta, 20 de enero de 1982.

India. *Constitución de la India*, 26 de noviembre de 1949 [26 de enero de 1950].

Sudáfrica. *Constitución de la República de Sudáfrica*. 10 de diciembre de 1996.

Leyes

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro
Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio
de 2017.

Ecuador. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Registro Oficial 642, Suplemento, 27
de julio de 2009.

España. *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Boletín
Oficial del Estado 239, 5 de octubre de 1979.

Reglamentos

Ecuador Ministerio del Interior. *Acuerdo No. 5233-A*. Registro Oficial 488. 27 de abril
de 2015.

Sentencias nacionales

- Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional. “Sentencia No. 0084/2017”. En *Expediente No: 20960-2017-42-AIA*. 28 de noviembre de 2017.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia C-921-01”. En *Expediente D-3428*. 29 de agosto de 2001.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia C-551/03”. En *Expediente CRF-001*. 9 de julio de 2003.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia C-177/05”. En *Expedientes D-5310 y D-5321*. 1 de marzo de 2005.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia SU.1010/08”. En *Expediente T-1.410.120*. 16 de octubre de 2008.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia C-141/10”. En *Expediente CRF-003*. 26 de febrero de 2010.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia C-826/13”. En *Expediente D-9623*. 13 de noviembre de 2013.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia C-412/15”. En *Expediente D-10485*. 1 de julio de 2015.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo. “Resolución No. 10-09”. En *Juicio No. 0560-2006*. 10 de febrero de 2009.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo. “Resolución No. 975-2016”, en *Juicio No. 222-2013*. 10 de agosto de 2016.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 001-08-SI-CC”. En *Caso No: 0048-08-EP*. 14 de julio de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC”. En *Casos No: 0005-08-IC y 0009-08-IC*. 10 de diciembre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 0002-09-SCN-CC”. En *Caso No: 0004-09-CN*. 07 de julio de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 001-10-SIN-CC”. En *Casos No: 0008-09-IN y 0011-09-IN*. 18 de marzo de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 0002-10-SIN-CC”. En *Caso No: 0002-09-IN*. 8 de abril de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 011-10-SCN-CC”. En *Caso No: 0011-10-CN*. 03 de junio de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 016-10-SCN-CC”. En *Caso No: 0018-10-CN*. 05 de agosto de 2010.

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia N° 055-10-SEP-CC”. En *Caso No: 0213-10-EP*. 18 de noviembre de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 012-12-SCN-CC”. En *Casos No: 0089-10-CN y 0030-11-CN*. 15 de febrero de 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 0027-12-SEP-CC”. En *Caso No: 0355-10-EP*, 06 de marzo de 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 245-12-SEP-CC”. En *Caso No: 0789-09-EP*, 24 de julio de 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia N° 001-13-SCN-CC”. En *Caso No: 0535-12-CN*. 06 de febrero de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia N° 007-13-SCN-CC”. En *Caso No: 0016-11-CN*. 05 de marzo de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 008-13-SCN-CC”. En *Casos No: 0033-09-CN, 0012-10-CN, 0026-10-CN, 0029-10-CN, 033-11-CN, 0040-11-CN, 0043-11-CN, 0052-11-CC, 0016-12-CN, 0344-12-CN, 0579-12-CN, 0598-12-CN, 0623-12-CN y 0624-12-CN*. 14 de marzo de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 015-13-SCN-CC”. En *Caso No: 0663-12-CN*. 28 de marzo de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 017-13-SCN-CC”. En *Caso No: 0276-12-CN*. 28 de marzo de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 018-13-SCN-CC”. En *Caso No: 0533-12-CN*. 02 de abril de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 006-13-SIN-CC”. En *Casos No: 0036-10-IN, 0038-10-IN, 0039-10-IN, 0027-11-IN, 0032-12-IN y 003-12-IN*. 25 de abril de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 031-13-SCN-CC”. En *Casos No: 0020-09-CN, 0026-09-CN, 0027-09-CN y 0015-10-CN*. 23 de mayo de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 038-13-SEP-CC”. En *Caso No: 1748-11-EP*. 24 de julio de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 046-13-SCN-CC”. En *Caso No: 0051-11-CN*. 07 de agosto de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 076-14-SEP-CC”. En *Caso No: 1678-11-EP*. 30 de abril de 2014.

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 003-14-SIN-CC”. En *Casos No: 0014-13-IN, 0023-13-IN y 0028-13-IN*. 17 de septiembre de 2014
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 182-14-SEP-CC”. En *Caso No: 1581-10-EP*. 22 de octubre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 007-14-SIN-CC”. En *Caso No: 0012-14-IN*, 22 de octubre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Dictamen No. 001-14-DRC-CC”. En *Caso No: 001-14-RC*. 31 de octubre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 200-14-SEP-CC”. En *Caso No: 0598-11-EP*. 13 de noviembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 007-15-SIN-CC”. En *Casos No: 009-13-IN*. 31 de marzo de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 008-15-SIN-CC”. En *Casos No: 008-13-IN*. 31 de marzo de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 040-15-SIN-CC”. En *Casos No: 0046-14-IN y 0027-15-IN*. 16 de septiembre de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 023-166-SIN-CC”. En *Caso No: 0054-09-IN*. 6 de abril de 2016.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 009-17-SIN-CC”. En *Caso No: 0011-16-IN*. 12 de abril de 2017.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 380-17-SEP-CC”. En *Caso No: 2334-16-EP*. 22 de noviembre de 2017.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 161-18-SEP-CC”. En *Caso No: 1601-12-EP*. 2 de mayo de 2018.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 010-18-SIN-CC”. En *Caso No. 0010-08-TC y 0014-09-IN*. 16 de mayo de 2018.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 216-18-SEP-CC”. En *Caso No: 0360-10-EP*. 20 de junio de 2018.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 018-18-SIN-CC”. En *Casos No: 009-15-IN, 0100-15-IN, 0102-15-IN, 001-16-IN, 0002-16-IN, 0003-16-IN, 0005-16-IN, 0006-16-IN*. 1 de agosto de 2018.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 11-18-CN/19”. En *Caso No: 11-18-CN*. 12 de junio de 2019.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia No. 038-13-IS y acumulado”. En *Caso No: 0038-13-IS*. 13 de diciembre de 2019.

Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (sede Quito). “Sentencia”. En *Juicio Especial No: 17811201501103*. 18 de mayo de 2018.

Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (sede Quito). “Sentencia”. En *Juicio Especial No: 17811201700072*. 8 de mayo de 2018,

España Tribunal Constitucional. *Sentencia No. 6/1982*. Boletín Oficial del Estado 69, Suplemento, 22 de marzo de 1982.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia No. 76/1983*. Boletín Oficial del Estado 197, Suplemento, 18 de agosto de 1983.

India Corte Suprema. “I.C. Golaknath and Ors. Vs. State of Punjab and Anrs.” 27 de febrero de 1967.

India Corte Suprema. “Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and Ors. Vs. State Of Kerala And Anr.”. 24 de abril de 1973.

India Corte Suprema. “Minerva Mills Ltd. & Ors contra Union Of India & Ors.”. 31 de julio de 1980.

Sentencias internacionales

Corte IDH. “Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. 2 de febrero de 2001.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

Actas constituyentes

Ecuador Asamblea Constituyente. *Acta 060*. 7 de junio de 2008.

Ecuador Asamblea Constituyente. *Acta 079*. 8 de julio de 2008.