

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

La constitucionalización del derecho administrativo. Del principio de legalidad formal al principio de legalidad material

Sofía Daniela Andrade Guerrero

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Sofía Daniela Andrade Guerrero, autora de la tesis “La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Del principio de legalidad formal al principio de legalidad material, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención de mi título de Magister 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 formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso.

Quito, 2020.

Sofía Daniela Andrade Guerrero

0104225982

Resumen

En el presente trabajo de investigación se propone vislumbrar el alcance de la obligación de los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente sus normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución, conforme lo establece el artículo 84 de la Constitución del Ecuador. En ese orden, analiza la evolución del proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo con acento en el Ecuador, lo que implica profundizar respecto de los cambios conceptuales del Estado de legalidad y el Estado constitucional de derechos y justicia.

Paralelamente, se explica a cerca del principio de legalidad como base fundamental del obrar de la Administración Pública y la salvaguarda de la Constitución. Correlativamente al aproximarse al principio de legalidad y el principio de aplicación directa de la Constitución es necesario profundizar en la comprensión de la adecuación formal y material de acuerdo a lo determinado en la Carta Magna.

Bajo el contexto de los nuevos paradigmas constitucionales, se propone tener presente al principio de interpretación integral de la Constitución en el sentido de que las normas sean entendidas de manera conjunta y no aisladas, de manera que se garantice la efectividad de todo el texto constitucional, lo que es coherente con el artículo 11 de la Norma Primera que dispone que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Bajo este contexto, se analiza dos sentencias constitucionales: acción de protección y acción de inconstitucionalidad.

En resumen, este trabajo académico se enfoca en delimitar la obligación de que los administradores públicos adecuen formal y materialmente el ejercicio de su potestad normativa a los derechos de la Constitución, terreno que viene demarcado por la observancia de los principios de legalidad, jerarquía normativa e interpretación exclusiva de la Constitución por parte de la Corte Constitucional.

Palabras claves: constitucionalización, principio de legalidad, adecuación formal y adecuación material.

Dedicatoria

A quienes nunca han dejado de creer en mí y les amo infinitamente

Mis padres Javier y Marilú

A mis amigos más fieles, mis hermanos Vivian, Javier y Tomás

A quien con su paciencia, amor y cariño llena mi vida, Sebastián

Agradecimiento:

Mi gratitud y respeto con el doctor Christian Masapanta, tutor del presente trabajo, por sus valiosos conocimientos, sin duda un excelente profesor.

Y un agradecimiento especial a Sebastián, quien con su paciencia, amor y conocimientos me ha apoyado y motivado para la realización de la presente tesis.

Tabla de Contenidos

| | |
|--|----|
| Introducción..... | 13 |
| Capítulo primero..... | 15 |
| Constitucionalización del derecho administrativo..... | 15 |
| 1.1. El Fenómeno de la constitucionalización del Derecho Administrativo y su proceso..... | 15 |
| 1.2. Constitucionalización del Derecho Administrativo ecuatoriano..... | 20 |
| 1.2.1. Del Estado de legalidad al Estado constitucional de derechos en el Ecuador | 23 |
| 1.2.2. Constitución como norma suprema en el ordenamiento jurídico..... | 26 |
| 1.3. Principios, derechos y garantías constitucionales aplicables a la Administración Pública en el ejercicio de su potestad normativa..... | 29 |
| 1.3.1. Principios..... | 29 |
| 1.3.2. Derechos..... | 31 |
| 1.3.3. Garantías..... | 35 |
| Capítulo segundo..... | 41 |
| Legalidad formal y legalidad material..... | 41 |
| 2.1. Principio de legalidad y su naturaleza jurídica..... | 41 |
| 2.2. Principio de legalidad en la realidad ecuatoriana..... | 45 |
| 2.3. Posición de la Administración Pública frente al principio de legalidad..... | 49 |
| 2.4. La obligación de los órganos administrativos de adecuar, formal y materialmente las normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución..... | 55 |
| 2.4.1. Adecuación formal de la norma jurídica..... | 58 |
| 2.4.2. Adecuación material de la norma jurídica..... | 60 |
| Capítulo tercero..... | 67 |
| La obligación de adecuar formal y materialmente la normativa a los derechos constitucionales: realidad y desafíos..... | 67 |
| 3.1. Análisis de los fallos..... | 67 |
| 3.1.1. Análisis de la Sentencia No. 081-14-SEP-CC dentro del Caso No. 1031-11-EP..... | 67 |
| 3.1.2. Análisis de la Sentencia No. 007-17-SIN-CC dentro del Caso No.0038-16-IN..... | 71 |
| 3.2. Realidades..... | 76 |
| 3.3. Desafíos..... | 78 |
| Conclusiones..... | 83 |
| Bibliografía..... | 85 |

Introducción

Bajo la disposición constitucional de que todo órgano con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución, se realiza un estudio que englobe los aspectos relevantes que permitan vislumbrar el alcance del contenido del artículo 84 de la Constitución.

En efecto, el primer capítulo se remonta a los antecedentes históricos que implantaron la concepción de la constitucionalización del Derecho Administrativo y su proceso, profundizando en el Ecuador, además analiza el salto conceptual del Estado de legalidad al Estado constitucional de derechos y justicia, con especial acento de la Constitución como Norma Suprema en el ordenamiento jurídico. Además, se aborda los principios, derechos y garantías constitucionales aplicables a la Administración Pública en el ejercicio de su potestad normativa.

En el segundo capítulo, se estudia el principio de legalidad y su proyección en la doctrina hasta aterrizar en la realidad ecuatoriana, partiendo de esta premisa se explica la posición de la Administración Pública frente al principio de legalidad. Consecuentemente, se explora la disposición constitucional que tienen los órganos administrativos con potestad normativa de obligatoriamente adecuar formal y materialmente sus normas a la Carta Magna.

El tercer capítulo, cubre el análisis concretamente de dos fallos de la Corte Constitucional en el primer caso se trata de una acción de protección; y, en el segundo caso una acción de inconstitucionalidad, con la finalidad de ejemplificar los problemas que trae la inobservancia a la Norma Suprema. Del mismo modo, se explica a cerca de las realidades y desafíos en relación a las garantías constitucionales-normativas como mecanismos de protección de los derechos constitucionales que han sido determinados por el constituyente.

Y finalmente, se plantean conclusiones al presente trabajo investigativo a fin de delinear el alcance del artículo 84 de la Norma Suprema.

Capítulo primero

Constitucionalización del derecho administrativo

1.1.El Fenómeno de la constitucionalización del Derecho Administrativo y su proceso

En el siglo XIX el orden jurídico giraba en torno al acatamiento de la ley, lo cual cambió a partir del siglo XX, ya que la Constitución concebida como Norma Suprema cobra fuerza¹ y deja de ser únicamente un documento político convirtiéndose en un documento jurídico, lo que contribuyó a que la constitucionalización del derecho sea considerada como un tema de interés universal.²

Éste fenómeno tiene su origen en Europa y especialmente en Alemania, lo que ha llevado a que varios países lo adopten como es el caso de Italia, España, Francia, entre otros; y, como parte de las referencias históricas que contribuyeron a que las constituciones del mundo cobren fuerza vinculante está la ley fundamental de Bonn, es decir la Constitución alemana de 1949, el surgimiento del Tribunal Constitucional federal en 1951; la Constitución Política italiana de 1947 y la creación de la Corte Constitucional en 1956; asimismo la creación de la Corte Constitucional en Portugal (1982); y, la Constitución Política de Bélgica en el año 1984.

La estrecha relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo dio paso a la constitucionalización del derecho administrativo, el cual es tan dinámico que fácilmente puede adaptarse a modelos de gobierno distintos o a su vez servir de instrumento de la democracia que responda a las necesidades de la sociedad ya que a través de este proceso se busca una mejor organización general del Estado, en el que estemos orientados no únicamente bajo el principio de legalidad sino a un camino guiado por la primacía de los preceptos constitucionales.

¹ Eduardo García de Enterría, *Curso De Derecho Administrativo*. TII (Madrid: Ed. Civitas A.), 118. “La fuerza normativa de la Constitución es actualmente concebida como su aptitud para reglar no sólo las relaciones políticas sino el comportamiento global de una sociedad. Es necesario tomar conciencia que la vieja concepción que limitaba el texto a un documento declamatorio y retórico, propio para caldear los espíritus pero que no entraba en el austero menester de los juristas, es ya historia pasada. Hoy la Constitución domina no solo el campo de la justicia constitucional sino la totalidad de la vida jurídica de la sociedad, con un influjo efectivo y creciente”.

² Vicente de Jesús Arrieta, *La Constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia*. (Colombia: Revista Pensamiento Americano, 2009), 65.

La constitucionalización del Derecho Administrativo forma parte del grupo de fenómenos que marcan la crisis del Derecho Administrativo, la del servicio público, la de los establecimientos públicos, la huida, su convencionalización, contractualización y reforma de este derecho.³ La connotación importante es que se realiza en un Estado de derecho y no simplemente en un Estado legal, pudiendo ser visto como un “nuevo constitucionalismo”.

Esta teoría consiste en que la materialización del derecho por medio de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la relación del derecho con la moral y la importancia de la argumentación, vienen a retar los fundamentos clásicos de la forma como se ha entendido el derecho, en especial mediante el proceso que ha sido llamado constitucionalización del derecho.⁴

Además de estas influencias jurídicas, la Constitución considerada como norma suprema en el Estado implica una concepción distinta en cuanto al manejo de las normas en el Derecho y la forma de comprender la incorporación de nuevas herramientas de interpretación; y, de aplicación y adecuación de normativa bajo la observancia de preceptos constitucionales. Por ello, sin lugar a duda, deberá observarse también aspectos de carácter social, político y económico tales como la institucionalidad del Estado, su estructura, pluriculturalidad de la sociedad que demandan la concreción de la seguridad jurídica y el reforzamiento de la justicia constitucional.

Bajo este contexto, la actividad pública deberá estar encaminada al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en todos los procedimientos administrativos que se ejecuten. Indudablemente las actuaciones de los servidores públicos deberán estar sujetas al principio de legalidad y a los actos normativos que se dicte dentro de la esfera administrativa. La conducta de la administración, tanto en el plano normativo como ejecutivo debe apegarse estrictamente al ordenamiento jurídico en el que la observancia de la Constitución es primordial para poder construir un sistema de garantía de los derechos de los administrados.

De tal forma, el autor Miguel Carbonell asocia este fenómeno de la constitucionalización con las siguientes características:

³ Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón, *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*. (Bogotá: Universidad Externa de Colombia, 2014.), 11.

⁴ Wilson Yesid Suarez, *La Constitucionalización del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiana*. (Colombia: Javeriana, No. 129., 2014), 320.

- “a. Una constitución rígida, es decir que no tenga constantes modificaciones, en aquellos ordenamientos en los que existan principios con mayor razón no se podrá modificar en modo alguno, ni siquiera en el procedimiento de revisión constitucional.
- b. La garantía jurisdiccional de la Constitución, con ésta condición se pretende explicar que a través de la garantía permite hacer que la rigidez deba imponerse frente a las leyes y a todo el ordenamiento jurídico.
- c. La fuerza vinculante de la Constitución, este punto es muy importante, pues hace referencia a que todas las normas constitucionales son vinculantes y son aplicables y obligatorias para todos sus destinatarios. Si bien es cierto que anteriormente no todas las normas constitucionales eran aplicables, el proceso de constitucionalización pretende dotar de carácter normativo a todas las disposiciones que se encuentran en la constitución, puesto que es fundamental para poder hablar de que sean normas vinculantes.
- d. La sobreinterpretación de la Constitución, es cuando no se limitan a una interpretación literal de la constitución, sino a que exista la facultad de poder extraer del ordenamiento jurídico normas implícitas, idóneas para poder regular todo aspecto de la vida social y política de los ciudadanos.
- e. La aplicación directa de las normas constitucionales, por un lado, se refiere a que el texto constitucional rige tanto para particulares como también para autoridades u órganos público; y, por otro lado, los jueces tienen la libertad de aplicar la constitución entendiéndola como la norma fundamental.
- f. La interpretación conforme de las leyes, Es decir, al momento de que el juez resuelva un caso pueda aplicar la interpretación de la ley que sea más favorable.
- g. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.- que la constitución prevea un sistema de solución de diferencias entre órganos del Estado a través del cual permita a órganos jurisdiccionales resolver aplicando normas constitucionales”.⁵

Al referirnos al proceso de constitucionalización del derecho administrativo implica cambios en la operación de la administración pública, por lo que las actuaciones de los órganos con potestad normativa deberán estar encaminadas al reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales en todas las normas administrativas, es así la importancia de comprender que “(...) la línea de continuidad entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo presenta características especiales, porque la jerarquía de la norma constitucional ecuatoriana corrige los problemas que derivan de la ausencia de ley que fije un procedimiento administrativo común y el sinnúmero de leyes que han creado procedimientos administrativos especiales”.⁶

⁵ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. (México: UNAM, 2008), 34, 35, 36, 37 y 38.

⁶ Edgar Neira, *Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común*, en Asociación Escuela de Derecho PUCE. (Quito: Libro Ruptura 47, AED, 2004), 82.

En el complejo proceso de constitucionalización el rol que desempeña la Corte Constitucional y las autoridades de la administración pública requerirá de un trabajo mancomunado por diferentes actores, para poder dotar de mayor legitimidad al proceso. De este modo, la constitucionalización se muestra como una entidad dinámica en constante lucha contra una entidad estática a la que comúnmente se acostumbran los países.

El autor Jorge Zavala Egas,⁷ sostiene que el proceso de constitucionalización “es el proceso histórico a través del cual los documentos políticos limitantes del poder público -las constituciones-, incluyendo una carta ética de derechos, cuyos titulares son los sujetos que conforman la comunidad, marcan un espacio infranqueable para la intrusión de este poder y que, expresados en normas, principios jurídicos, llegan a ser de aplicación directa, justiciables y con jerarquía normativa suprema”.

En este marco de ideas, existen tres visiones del proceso de constitucionalización: “(1) la perspectiva idealista que subyace a los planteamientos de Ronald Dworkin acerca de la visión del derecho como integridad; (2) la perspectiva analítica representada por Robert Alexy acerca de los márgenes de acción; (3) y la visión constructiva e integradora del proceso de constitucionalización del derecho”.⁸

Según la primera posición, la constitucionalización del derecho ha de verse como un tipo de concepción interpretativa en la que el protagonista es el juez; y, la integración del derecho se realiza a partir de la interpretación sea al momento de tener antinomias o de solucionar anomias o cuando la ley necesite un método de interpretación sea semántica, estructural o pragmática.⁹

La segunda visión tiene su origen en la teoría jurídica, que tiene dos extremos siendo la principal corriente de Robert Alexy, con el tema antes indicado de la infraconstitucionalización y la supraconstitucionalización y lo propuesto como “*constitucionalización adecuada*”. La infraconstitucionalización consiste en un “*demasiado poco*” en el proceso de regulación constitucional. Es decir, desde esta percepción, la Constitución no regula o reglamenta todos los aspectos jurídicos primordiales que debe

⁷Jorge, Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*. (Guayaquil: EDILEX S.A., 2011), 137.

⁸ Wilson Yesid Suárez Manrique, “*La Constitucionalización del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*”. (Colombia: Javeriana, No. 129. 2014), 339,

⁹ *Ibíd*, 339.

regular; es así que como un segundo momento y como fuente principal de regulación jurídica es el legislador.

Ahora bien, la posición contraria, la supraconstitucionalización, se refiere a un “*demasiado mucho*” en la que respecta regulación constitucional, es decir, la Constitución regula más de lo que debería regular, con lo que lleva a que el legislador pierda facultades en la reglamentación jurídica. Si bien es importante que la actividad administrativa esté regulada por leyes y normas administrativas, es necesario que la construcción de éstas se apegue a los principios y derechos fundamentales.¹⁰

Para Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón la tercera visión es conocida como constitucionalización constructiva, en la que se trata de no caer en los excesos del idealismo, de lo irrealizable, del ultrarracionalismo ni de lo analítico, estructural y falta de contenido. Se centran en la academia y no en la labor del juez ni la del legislador, su proceso de constitucionalización constructivo es una noción que se define por sus caracteres esenciales: histórico-evolutivo, se construye mediante pactos; es holístico, práctico y teórico, y moderadamente racional; por lo tanto en esta visión no se busca un modelo ideal sino constitucionalizar de forma paulatina y prudente.¹¹

Es preciso hacer hincapié que la constitucionalización y su proceso implica primordialmente la necesidad de construir paulatinamente normas jurídicas que propendan la estabilidad de la administración pública y den sentido a las disposiciones constitucionales. Y, como lo indica el autor Andrés Fernando Ospina éste fenómeno es “un verdadero derecho social y contrario al mito de la tecnicidad del derecho administrativo, por ello la Constitucionalización del derecho administrativo opera de distinta manera en cada Estado”.¹²

De esta forma, mal podría inclinarme taxativamente hacia una de las tres visiones del proceso de constitucionalización, ya que cada una de las posiciones tiene fuertes argumentos que en complemento podría beneficiar a esta nueva concepción de dicho proceso. Por una parte, acertadamente la figura del juez ha recobrado fuerza bajo este Estado constitucional de derechos y justicia considerado como creador de derecho y quien se encarga de la protección de los derechos de las personas.

¹⁰ *Ibíd*, 342.

¹¹ *Ibíd*, 343.

¹² Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón, *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*. (Bogotá: Universidad Externa de Colombia, 2014), 12.

Por otra parte, en la segunda visión se considera como fuente principal de regulación jurídica al legislador, que si bien tiene un papel primordial al momento de la construcción de las normas, en ocasiones pueden éstas estar correctamente expedidas pero materialmente contraponerse con los derechos, entonces se debe propender a una revisión exhaustiva de las normas, pues para el caso que nos amerita del presente documento desde los órganos con potestad normativa hasta aquellos de las funciones del Estado deben adecuar sus normas jurídicas a la Constitución.

Y finalmente, la tercera visión muy adecuadamente considera al proceso de constitucionalización constructivo en la que se tiene una noción práctica y teórico enmarcado en la academia, lo cual generaría estabilidad en la administración pública.

1.2. Constitucionalización del Derecho Administrativo ecuatoriano

El Ecuador hasta la Constitución de 1998 se regía bajo una concepción de un estado liberal de derecho en el que las actuaciones eran sujetas a la ley; pero en el año 2008 se vio la necesidad de un proceso de transformación institucional a través de la expedición de una nueva Constitución, esta transformación se hace tanto en la parte dogmática que hace referencia a los derechos, como en la parte orgánica, que define las estructuras del proceso.

Con la instauración del Estado constitucional de derechos y justicia en el Ecuador se ha incorporado nuevas tendencias interpretativas del Derecho, que presupone que la finalidad última del Estado radica en la garantía de los derechos fundamentales. Así como también, la incorporación de la Constitución como eje normativo para la aplicación directa en las actuaciones administrativas; a fin de que no se remita únicamente a un control de legalidad sino a un control constitucional.

Desde esta perspectiva, la constitucionalización del derecho administrativo en el Ecuador significa una concepción renovada del concepto legalista que se tenía del Derecho Administrativo, que representa para los funcionarios públicos mayor exigencia en la necesidad del conocimiento y adecuado manejo de las herramientas o métodos constitucionales o jurisprudenciales de sus actos.

En este sentido, frente a los nuevos paradigmas constitucionales la concepción absoluta que consagra la norma como principio y límite de la actividad estatal, así como de

la delimitación de los derechos de las personas y las potestades públicas, se requiere vislumbrar *el alcance de la obligación de los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente sus normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución*, conforme lo establece el artículo 84 de la Constitución ecuatoriana.¹³

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

Al respecto, cabe señalar que además de la Asamblea Nacional, todo órgano con potestad normativa en cumplimiento a una disposición constitucional deberá adecuar sus normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución. Es decir, tienen una obligación de garantizar la dignidad del ser humano, lo que nos podría llevar a pensar que realizarían un control de constitucionalidad de aquellas normas que se ha expedido o han expedido y sean violatorias de derechos. Control que lo realiza la Corte Constitucional o de otra manera, encontrar un mecanismo mediante el cual se pueda adecuar formal y material las normas jurídicas a los derechos contemplados en la Norma Suprema, para dar cumplimiento a dicha disposición.

Como se puede identificar este fenómeno de constitucionalización en el Ecuador nos permite ir más allá de lo formal, es decir, identificar preceptos amplios que se encuentran establecidos en la Constitución, como es el caso del articulado 84, que bajo esta concepción garantista de derechos, abre la posibilidad de realizar una adecuación de las normas jurídicas por parte de las autoridades administrativas a los derechos, discusión que será desarrollada a lo largo de la tesis.

Por otra parte, es bastante cierto que las diferentes autoridades en el ejercicio de sus atribuciones al momento de emitir sus decisiones o actos normativos inobservan la Norma constitucional y en ocasiones aún peor, aluden no tener la capacidad de suplir errores, lo que lleva a una cadena de violaciones constitucionales. Cuando la realidad debe ser diferente,

¹³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 84.

pues toda autoridad tiene como deber garantizar los derechos, entre los que se incluye los del debido proceso y seguridad jurídica, ante lo cual es obligación de subsanar cualquier defecto de forma, en el que incurran los administrados.

Es decir, todos los servidores públicos en la administración pública están llamados a garantizar el respeto y efectivo goce de los derechos, con la constitucionalización del Derecho Administrativo, básicamente se pretende un manejo adecuado de la administración pública, en el que las actuaciones administrativas de dichos servidores no solo se remitan a expedir normas jurídicas, sino que éstas garanticen la protección de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En este sentido, Miguel Carbonell sostiene que la “subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino en la naturaleza de la democracia”.¹⁴ Efectivamente, como lo establece el autor la aplicación de los principios generales nos enmarca en una verdadera democracia, situación en la que prevalecerá principalmente la protección de los derechos de las personas, sobre la aplicación de la norma, puesto que dichas normas formalmente pueden estar bien expedidas, pero materialmente pueden colisionar con los derechos. De ahí, lo fundamental de observar la Carta Magna al momento de la elaboración de la normativa que les corresponde a los órganos con potestad normativa.

Como conclusión de este acápite, la constitucionalización del Derecho Administrativo en el Ecuador implica, desde una visión garantista del administrado, un cambio de paradigma en el que, si bien no se puede prescindir del principio de legalidad, en base al cual se originó el derecho administrativo, la protección de los derechos recogidos en la Constitución representa el fin primordial para aquellas autoridades administrativas que expiden normas jurídicas en la Administración Pública.

Y en efecto el proceso de constitucionalización supone la observancia de la Norma Suprema por parte de dicha Administración, la misma que requiere un mayor conocimiento del ordenamiento jurídico para la legitimación de sus actos.

¹⁴ Miguel Carbonell, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Neoconstitucionalismo (s)*, (Madrid: Trotta, 2003), 19.

1.2.1. Del Estado de legalidad al Estado constitucional de derechos en el Ecuador

En el caso ecuatoriano, en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila, explica acerca de tres modelos de Estado: 1) el Estado absoluto; 2) el Estado de derecho o Estado legal de derecho; y, 3) el Estado constitucional de derechos.¹⁵

Al referir al primer modelo de Estado, la autoridad radica en el monarca, quien determinaba las normas y la estructura del poder. Éste poder se concentra en una sola persona, razón por la cual, no existiría un reconocimiento de derechos. Por su parte, el segundo modelo se caracteriza porque la ley determina la autoridad, existe la noción de la división tripartita del poder; y, “los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley”.¹⁶

El tercer modelo, es el Estado constitucional en donde el eje principal es la Constitución que determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La Norma Suprema es directamente aplicable por cualquier persona, juez o autoridad, cuya autoridad competente para sancionar es la Corte Constitucional.¹⁷ Sobre este tipo de Estado el autor acota que:

“La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; y, procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.

En suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. (...). La Constitución es, además, norma jurídica directamente

¹⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia en La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. (Editor Ramiro Ávila, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Ecuador, 2008), 20.

¹⁶ *Ibíd.*, 20.

¹⁷ *Ibíd.*, 20.

aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento (...)”.¹⁸

Si bien es cierto que en la Constitución se contempla su aplicación de forma directa, en la práctica es necesario contar con leyes ya que no deben ser entendidas de forma individual sino en su conjunto. Claro, no se puede negar que existe una evolución del Estado constitucional frente al Estado legal, existen una mayor interpretación constitucional y un compromiso de respeto hacia los derechos constitucionales.

Ahora bien, continuando con el análisis de estos dos últimos modelos de Estado, el autor Ramiro Ávila Santamaría sostiene que son claves tres preguntas para diferenciarlos: ¿quién?, ¿cómo? y ¿qué?

¿Quién?

En el Estado legal la autoridad se imponía por la fuerza, era superior a la ley, existía grados de temor y de inseguridad. El Estado legal de derecho significa un cambio, la autoridad está sometida a la ley y únicamente se puede hacer lo establecido en la ley. El Estado constitucional viene a ser un avance, las máximas autoridades están definidas en la Constitución tanto su nominación, su forma de designación y sus competencias.

Con nuestra constitución del 2008 las autoridades que ocupan espacios de poder son principalmente el pueblo que mediante organizaciones colectivas, la participación y la democracia directa se ve reflejado su voluntad; los asambleístas también forman parte de las autoridades, el presidente, los jueces, el Consejo de participación ciudadana y control social, el Consejo nacional electoral y la Corte constitucional ocupan un papel fundamental.

¿Cómo?

En el Estado legal para el proceso de elaboración de las leyes, se deberá realizar conforme lo determinado en la ley, a diferencia de los Estado pre-legales en los que no hay procedimientos preestablecidos para expedir normas. Mientras que en el Estado constitucional el procedimiento a seguir para la elaboración de la ley debe estar contemplado

¹⁸ *Ibíd*, 21

en la Constitución, “Esta garantía se denomina, en el constitucionalismo, vigencia o validez formal”.¹⁹

¿Qué?

Según el tratadista Ramiro Ávila preguntarte ¿qué es lo que se debe legislar o normar? Nos va servir para poder distinguir el Estado legal y el Estado constitucional.

El Estado legal depende de la configuración del parlamento, quienes resolverán a través de votación, a diferencia del Estado constitucional en la que los legislativos para emitir las leyes deberán tomar en consideración que estas no podrán ser contrarias a la Constitución o a los derechos, dando como resultado que además de requerir de validez formal se necesita de validez material. De manera que, el Derecho Administrativo surge de la necesidad de poner límites al abuso del poder por parte del Estado, se determina la posibilidad de construcción de normas a fin de evitar arbitrariedades, siendo fundamental el principio de legalidad.

Para el autor Marco Morales en la Administración Pública resulta necesario la aplicación del principio de legalidad dentro de un contexto en el que este principio a más de ser estrictamente formal, debe ajustarse a lo contemplado en la Constitución y en la ley.²⁰

De este modo, el Ecuador al superar la fase liberal y bajo la expedición de la Constitución de 1998 se convirtió en un Estado Social de Derecho; y, en la actualidad bajo la construcción de la Constitución del 2008, el Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia, corriente garantista, cuyos rasgos básicos de este modelo según el autor Jorge Zavala Egas consisten en: “1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho”.²¹

De lo anotado, se infiere que los derechos fundamentales son parte de los valores que irradian todo el sistema en relación a la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de esta forma se puede apreciar que la Constitución es la norma suprema y deviene

¹⁹ Santiago Andrade U., Agustín Grijalva y Claudia Storini. Ramiro Ávila Santamaría, *La Nueva Constitución en el Ecuador. Estado, derecho e instituciones*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009), 407.

²⁰ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 40.

²¹ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*. (Guayaquil: EDILEX S.A., 2011), 69.

distinta de la ley, no solo en el sentido jerárquicamente superior sino respecto a la observancia de los derechos constitucionales.

1.2.2. Constitución como norma suprema en el ordenamiento jurídico

De manera general, debo señalar que las normas constitucionales se asemejan a una construcción de reglas constitucionales, que contienen *un supuesto de hecho*, que viene a ser la hipótesis de conducta que si se produce provocará la consecuencia; y, *la consecuencia jurídica* que tiene por causal la subsunción de una conducta humana en el supuesto hecho normativo, esto nos lleva a la teoría clásica de kelsen si es A, entonces debe ser B.²²

La fuerza normativa de la Constitución es un planteamiento entre el ser y el deber ser, que para el autor Javier Pérez Royo representa el equilibrio entre la realidad social y el mandato jurídico, es decir entre como son las cosas y como la norma dice que debe ser, alcanzando el objetivo de su creación. De este modo, la Constitución al ser el reflejo de todo lo pedido por el pueblo tendrá mayor fuerza que cualquier ley y por tanto estará jerárquicamente por encima de todas las normas y debe ser aplicada.²³

Entre los problemas que se enfrenta el Ecuador es que, a partir de las normas administrativas post constitucionales, se presupone que la autoridad dotada de potestad normativa, al momento de emitir éstas normas observó únicamente la ley e inobservó la Constitución, entonces claro, formalmente pueden haber sido bien dictadas las normas, pero materialmente pueden colisionar con derechos y garantías constitucionales.

En principio la Constitución es de aplicación directa, sin embargo, ante la imposibilidad de su aplicación directa, es necesario bajo la concepción constitucionalista que el Estado vele por el cumplimiento que frente a la existencia de las normas deben encontrarse acorde a la Norma Suprema.

Al respecto el artículo 11 numerales 3 y 5 de la Constitución, dispone:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y

²² José Joaquín Ugarte, *Sistema Jurídico de Kelsen. Síntesis y Crítica*. (Chile: Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 No.1, 1995), 111.

²³ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*. (Madrid: Marcial Pons, 2016), 33.

ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

De manera que el Estado tiene como mayor deber salvaguardar los derechos y garantías contemplados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Para ejemplificar, la Corte Constitucional respecto a la conformación de la Corte Nacional de Justicia durante el período de transición, en su sentencia concluyó:

“Según se desprende del texto de la decisión del 20 de octubre de 2008, esta Magistratura tenía como meta preservar el carácter normativo de la Constitución y la eficacia directa de la Carta Fundamental; y particularmente, de las garantías jurisdiccionales de los derechos, desde el día de entrada en vigencia de la misma, propósito que, por supuesto es constitucionalmente valioso, desde la perspectiva de la definición del Estado ecuatoriano como Estado Constitucional de Derechos y Justicia. (...) En el Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la 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; 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”.²⁴

Frente a esta realidad, se desprende que existen sentencias que la Corte Constitucional emite garantizando la aplicación directa de la Constitución para resolver conflictos que se presenten en la sociedad. Sin embargo, lo que atañe en la presente investigación es analizar la obligación de los órganos con potestad normativa de adecuar las normas jurídicas a los

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC, Resolución s/n. Suplemento del Registro Oficial 466, 13-XI-2008.

derechos, lo cual dentro de esta concepción constitucional es completamente acertada, no obstante, es complicado definir los medios, mecanismos o el camino por el cual se debe realizarlo, evitando caer en discrecionalidades.

El autor Jaime Cárdenas Gracia señala que “(...) la Constitución es omnipotente y que por tanto la ley pasa a segundo plano”.²⁵

De este modo, la Administración Pública es quien juega ésta gran tarea de tutelar los derechos fundamentales de los administrados, como finalidad principal de su actividad estatal, es por ello, que se puede señalar que frente a los excesos del poder administrativo que se ven reflejados a diario a través de las decisiones de la autoridad administrativa, que en muchas ocasiones son arbitrarias, exorbitantes, inmotivadas, o desproporcionadas, la cultura de la aplicación de la Constitución se ha convertido en el mayor desafío del Derecho Administrativo, así como la adecuación de las normas jurídicas a los derechos establecidos en la Constitución.

Evidentemente resulta necesario comprender y analizar el alcance de la obligación de los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente sus normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución²⁶ bajo este nuevo modelo constitucional de derechos y justicia, en el que se debe garantizar el adecuado proceso de construcción de dichas normas.

En consecuencia, se requiere entender que la Constitución es norma fundamental en cualquier Estado y un instrumento jurídico vinculante a todos los órganos y autoridades del Estado, siendo la máxima expresión de la soberanía popular. De ahí, surge lo sustancial es decir esa parte formal, en la que se determina las funciones, competencias y regulaciones de los órganos del Estado; y, el material que define el contenido mismo de la carta magna para el reconocimiento de derechos y la construcción de garantías constitucionales a fin de limitar el poder y la vulneración de los derechos.

²⁵ Jaime Cárdenas Gracia, *Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico en Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. (México: Limusa, 2006), 45.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador, artículo 84.

1.3.Principios, derechos y garantías constitucionales aplicables a la Administración Pública en el ejercicio de su potestad normativa

1.3.1. Principios

Como se analizó en el anterior acápite, bajo la incorporación de un modelo de Estado constitucional, el Ecuador instauró una Constitución que contiene esencialmente principios, derechos, y garantías. Es importante partir del hecho de que nuestra Constitución tiene una serie de principios a través de los cuales se sustenta el ordenamiento jurídico y son la base fundamental para que se efectivicen las garantías. Además, constituyen la regla básica que guía el funcionamiento adecuado y equilibrado de una Constitución formal de un Estado.

Se puede señalar que según Lucas Verdú los principios constitucionales son: “Las afirmaciones incondicionales, evidentes, duraderas, sin perjuicio de su adaptación, formuladas o no, aunque suficientemente claras, por tanto reales, que cimientan y legitiman el ordenamiento fundamental de un pueblo conforme a exigencias axiológicas”.²⁷ De este modo, los principios no deben ser confundidos con las garantías, éstos son la base para que se puedan ejecutar las garantías.

En la Constitución del Ecuador se establecen principios fundamentales, principios de aplicación de los derechos, principios de participación, principios de la administración de la justicia, principios de la función judicial y principios de las relaciones internacionales. Por lo que, estos principios dentro del sistema jurídico representan una expresión de los valores que están recogidos en su mayor parte en normas.

En la esfera de la Administración Pública, el administrador público y la función administrativa no solo se rigen conforme a la normativa jurídica vigente, sino además a sus actos que deberán estar apegados a las normas constitucionales. De este modo, bajo su principio de responsabilidad en su actuación, deberán estar sus actuaciones enmarcadas a lo determinado en el artículo 227 ²⁸de la Constitución ecuatoriana:

“Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración,

²⁷ Salvador O. Nava Gomar, *El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia*, (México: UNAM, 2003), 31.

²⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 227.

descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

Por lo tanto, la visión de los servidores públicos deberá estar direccionada al ámbito social y sus actuaciones sujetas a evaluación con la finalidad de conseguir mayor calidad, eficiencia, celeridad en el desarrollo de sus funciones. De manera, que bajo ninguna excepción el obrar administrativo puede convertirse en arbitrario, despótico, totalitario ni atrabiliario. Y, además, se debe hacer notar que sí las actuaciones de la administración pública son contrarias a las disposiciones constitucionales, acarrea responsabilidades para estos servidores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 233²⁹ de la Constitución ecuatoriana:

“Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.

De manera, que los principios que rigen la administración pública constituyen también mandatos de optimización que fortalecerán las decisiones de las autoridades administrativas para obtener un adecuado manejo, construcción y adecuación de las normas jurídicas con la finalidad de actuar conforme a la Constitución, velando por los derechos de las personas. En el mismo contexto, es necesario recalcar que otro de los principios aplicables en la Administración Pública y que debe ser siempre considerado es el principio de seguridad jurídica que se proyecta en el ejercicio de la potestad normativa y no en las manifestaciones individuales del órgano en el ejercicio de sus funciones.

²⁹ Ibíd, artículo 233.

1.3.2. Derechos

En este orden de ideas, es importante recordar que el paso del Estado liberal al Estado constitucional representó una evolución en materia de derechos humanos. Se inició con la división tradicional: derechos civiles y políticos, para posteriormente emerger en los derechos de segunda generación conocidos en el Estado social como los derechos económicos, sociales y culturales; para que finalmente en el Estado constitucional se den los derechos de tercera generación conocidos por ser muy novedosos como el derecho al medio ambiente saludable, el derecho a la libertad de comunicación, los derechos de protección, entre otros.

Para lo cual, el autor Luigi Ferrajoli recalca la función del derecho como: “(...) un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido elabora el modelo garantista de derechos mediante el cual postula un cambio estructural en la aplicación del derecho y la concepción de la democracia, que se traduce en el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de poder al derecho, tanto en el plano de procedimiento como en el contenido de sus decisiones.”³⁰

De manera que efectivamente puede existir una centralidad de derechos, que concretamente radica en el reconocimiento y la garantía de los derechos constitucionales, por parte del Estado, para ello el autor Norberto Bobbio sostiene que:

“la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, con relación al estado, invierten el punto de vista del análisis y la centralidad estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido”.³¹

De esta forma, en un Estado Constitucional la protección de los derechos fundamentales es esencial ya que toda actividad jurídica del Estado debe estar encaminada a

³⁰ Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez, *Los Derechos Fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. (México: UNAM, 2011), 51.

³¹ Norberto, Bobbio, *La era de los derechos, en el Tercero ausente*. (Madrid: Cátedra, 1997), 154

ello, por lo que, no necesariamente los derechos deben constar por escrito en la Constitución para su protección, los mismos que corresponden “(...) a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso”.³²

Por otra parte, en el texto constitucional del 2008, se reconoce en el artículo 3 numeral 1 el deber del Estado de garantizar el efectivo goce de los derechos,³³ es decir la vinculación de estos órganos de la administración a los derechos fundamentales. Y, como el más alto deber respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.³⁴

En este contexto, al referirnos al efecto vinculante de los derechos se hace referencia al legislador, autoridades administrativas y todo poder normativo incluido el constituyente, que determina un paralelismo propio que permita que las administraciones públicas cumplan con una función de tutor y garante de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Al referirnos a los derechos principalmente se debe comprender que los derechos son de inmediato cumplimiento y aplicación por parte de cualquier autoridad pública.³⁵

Asimismo, debo recalcar que a pesar de haber indicado en líneas anteriores que un derecho fundamental no necesariamente debe constar por escrito en la Constitución para su aplicación u observancia, criterio muy particular, resulta esencial en el Ecuador identificar los derechos básicos fundamentales y establecer garantías que sean coherentes con los principios constitucionales a fin de que exista una armonía y convivencia pacífica entre los individuos.

La Constitución del Ecuador en el artículo 11 determina los principios de aplicación a los derechos:

“Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la

³² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. (Madrid, Trotta, 1998), 916.

³³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 3 numeral 1.

³⁴ *Ibíd*, artículo 11 numeral 9.

³⁵ *Ibíd*, artículo 426.

ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (...).”.

Siendo de esta forma, el más alto deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Carta Constitucional, lo cual está estrictamente ligado al principio de responsabilidad de la Administración Pública mencionado en líneas anteriores. A lo cual, correlativamente el Estado a través de sus órganos administrativos para el caso que nos atañe viene a ser garante fundamental de los principios y reglas del debido proceso.

El artículo 76³⁶ de la Norma fundamental dispone que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido

³⁶ Constitución de la República del Ecuador; Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
 - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

proceso”, que son las garantías básicas, que deben velar su cumplimiento las autoridades tales como la proporcionalidad entre infracciones y sanciones, la presunción de inocencia, entre otras. Así como también el listado de derechos que son enumerados en el numeral 7 del referido artículo.

Acertadamente, el debido proceso es de los más importantes derechos que deberá observar la administración pública al momento de emitir normas jurídicas o de adecuarlas a los derechos previstos en la Constitución. Indudablemente el derecho a la seguridad jurídica integra éste debido proceso, siendo un soporte al sistema jurídico en el que las normas jurídicas deberán tener congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación. El artículo 82 de la Norma primaria del Ecuador establece:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Es decir, bajo la premisa del artículo 84 de la Constitución, todas las autoridades en la Administración Pública con potestad normativa al emitir sus normas jurídicas deberán cuidar del cumplimiento al derecho a la seguridad jurídica o adecuar dichas normas a los derechos contemplados en la Carta Magna.

Aún más en el campo normativo las normas jurídicas deben reunir requisitos para una correcta estructuración de la seguridad jurídica: necesidad de leyes escritas, y su publicidad; la exigencia de claridad en las leyes; ausencia de lagunas normativas en el sistema jurídico. En suma, el derecho a la seguridad jurídica es tan importante porque comprende todos los derechos del individuo y la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

respeto de todas las situaciones derivadas de la expedición, adecuación y aplicación de normas válidas y vigentes.

1.3.3. Garantías

En este marco, resulta razonable realizar un análisis acerca de las garantías, las cuales, a diferencia de los derechos fundamentales, son una autolimitación del Estado, con la finalidad de brindar los mecanismos adecuados que protejan los derechos de las personas. También, considerados como mandatos de optimización que inteligenciarán las decisiones para mayor consecución del bien común y de la protección de los derechos fundamentales, lo cual también es considerado como un principio³⁷. Por tanto, un Estado tiene la obligación de crear garantías necesarias para protegerlos.

Al respecto, Luigi Ferrajoli distingue dos tipos de garantías por un lado las primarias que implican la obligación correlativa de respetar los derechos; y, por otro lado, las garantías secundarias, que imponen la obligación al Estado de crear los mecanismos adecuados para reparar judicialmente la lesión causada a los derechos. De este modo, la concepción que se tiene de garantías bajo la Constitución ecuatoriana del 2008 es muy aceptable, el artículo 11 de la referida norma, en el numeral 8 determina que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.³⁸

Asimismo, podemos reconocer que la Constitución ecuatoriana tiene tres garantías constitucionales, en el artículo 84³⁹ las garantías normativas que vincula a todo órgano con potestad normativa, 85⁴⁰ las garantías de políticas públicas que hace referencia a una de las

³⁷ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*. (Colombia: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2004), 215.

³⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 numeral 8.

³⁹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

actividades fundamentales de la función ejecutiva y 96⁴¹ las garantías jurisdiccionales que son aquellos mecanismos judiciales que permiten la efectiva protección de los derechos y su reparación de aquellos derechos que hayan sido vulnerados.

De igual manera, se establece para los derechos de las personas tres garantías normativas: “a. Su efecto de vinculación a todas las personas, autoridades e instituciones. b. Sólo por la categoría normativa ley se puede regular los derechos constitucionales. c. Que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos”.⁴²

En la misma línea, en nuestra Constitución se contempla como deber del Estado la protección de los derechos a las personas mediante la expedición de normas jurídicas que se encuentren acorde a la Norma Suprema, sin embargo, en caso de que el Estado no cumpla con este deber, es necesario reconocer a los jueces la potestad de declarar la vulneración de los derechos constitucionales por haber omitido el Estado la protección de los mismos, a través de las diferentes acciones constitucionales.

Efectivamente las garantías son indispensables para la protección de los derechos, consecuentemente la administración pública deberá emitir sus normas administrativas en ese mismo contexto, además de precautelar en caso de encontrarse con normas violatorias de derechos.

Y, como mecanismos de protección, se presentan las garantías jurisdiccionales tales como: la acción de protección, la acción extraordinaria de protección, la acción de acceso a la información pública, el habeas corpus, el habeas data, y la acción por incumplimiento,⁴³

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 96.- Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos.

Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas.

⁴² Javier, Jiménez Campos, *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías*. (Madrid: Trotta, 999), 29.

⁴³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 86.

que constituyen la posibilidad de judicializar los derechos, es decir, aquí hablamos de una jurisdicción constitucional en las actuaciones administrativas

En el mismo marco, es necesario hacer énfasis en las garantías normativas, por ser el tema central de la investigación, de este modo, como se indicó anteriormente este tipo de garantías son conocidas como primarias ya que pretenden asegurar que los derechos se desarrollen con efectividad en la sociedad. Aún más con mayor ímpetu al tratarse de un Estado de derechos y justicia, las garantías ocupan un papel fundamental al ser mecanismos de protección de los derechos y de ello la importancia de expedir normas conforme a la Constitución y a la Ley.

Por otra parte, las garantías normativas deben estar encaminadas a la protección de los derechos más no a garantizar el cumplimiento de la ley, por lo que, con el proceso de Constitucionalización del derecho administrativo se lograría cambiar la concepción misma del derecho y se entendería como un sistema garantista encaminado a proteger los derechos de las personas.

A partir de esta concepción los derechos tienen mayor relevancia como lo establece Ferrajoli y como lo indica la Constitución, en virtud de que el derecho desde una perspectiva garantista cubriría todas las actividades del poder público, colocando a todas las funciones del Estado como agentes u operadores que a través de sus actividades vigilen y garanticen el respeto a los derechos de las personas. Y consiguientemente, la ausencia de las garantías, deriva a una clara violación de los derechos de las personas, por esta razón, y como lo sostiene Guastini, los derechos fundamentales brindan fortaleza al sistema jurídico.

De ahí que, vivir bajo un Estado constitucional de derechos y justicia garantiza el respeto a la división de funciones del Estado y “la construcción de las garantías frente a cada uno de los tres poderes considerados aisladamente y frente a cada uno de los órganos que son titulares de las diferentes funciones estatales”⁴⁴ Así, se enfatiza que frente a las actividades que desarrollan cada una de las funciones del Estado se requiere establecer garantías, sobre todo las normativas que como ya se explicó suponen que todo órgano con potestad normativa

⁴⁴ Riccardo Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Neoconstitucionalismo(s) Ed. Miguel Carbonell. (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 229.

tenga la obligación de “adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales”.⁴⁵

Es decir, al momento de crear una norma jurídica, obligatoriamente la autoridad con potestad normativa debe limitar su contenido a lo que establezcan los derechos de las personas que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Con las garantías normativas se pretende asegurar que la Administración Pública, las funciones del Estado y demás autoridades con potestad normativa, no creen normas que atenten contra los derechos fundamentales, sino todo lo contrario que estén acorde a los derechos que corresponde a cada uno de los ciudadanos.

En este sentido, me permito resaltar lo señalado por Antonia y Florentina Navas, que sostienen que el concepto de garantías normativas debe ser visto de una forma más extensiva, no solo como aquellas garantías que se dirigen a defender los derechos de las personas frente a la actividad del Estado, sino también ante cualquier arbitrariedad proveniente de una persona particular. Así, se puede analizar la expresión “garantías normativas” como todas aquellas disposiciones constitucionales que, sin incidir directamente en materia de derechos y libertades, se dirigen a la defensa de los mismos, bien por que supongan una limitación a la actuación de los particulares, bien, y muy especialmente, porque supongan una limitación a la actuación de los poderes públicos.⁴⁶

De acuerdo a los argumentos detallados a lo largo del capítulo, con la Constitucionalización del derecho administrativo se pretende superar el concepto tradicional legalista que se tenía del Derecho Administrativo para dar paso a un manejo adecuado de las actuaciones de los órganos con potestad normativa, quienes deberán utilizar herramientas o métodos constitucionales a fin de que sus normas estén encaminadas al reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales. De ello que, a través de este documento se busca vislumbrar el alcance de la obligación de los órganos con potestad normativa conforme lo establecido en el artículo 84 de la Constitución ecuatoriana.

En este marco, resulta razonable que los órganos con potestad normativa se constituyan en garantes del respeto y ejercicio de los derechos de las personas, a través de normas correctamente expedidas que hayan sido realizadas al amparo de la Carta Magna por

⁴⁵ Constitución de la República del Ecuador, artículo 84.

⁴⁶ Antonia Navas, Florentina Navas, *El Estado Constitucional*. (Madrid: Dykinson, S.L., 2009), 347.

su jerarquía suprema en el ordenamiento jurídico. En este orden queda claro que se necesita realizar un análisis del principio de legalidad en la Administración Pública y lo que conlleva la adecuación formal y material que deben realizar dichos órganos, lo cual se desarrollará en el siguiente capítulo de la presente investigación.

Capítulo Segundo

Legalidad formal y legalidad material

2.1. Principio de legalidad y su naturaleza jurídica

A partir del reconocimiento de la necesidad de un régimen jurídico especial para regular los asuntos propios de la administración del Estado, ese nuevo derecho, llamando Derecho Administrativo, fue consolidándose progresivamente y creando principios propios para regular la actividad, entre los que principalmente está el principio de legalidad.⁴⁷ El tratadista español Eduardo García de Enterría sostiene que el Derecho Administrativo y por consiguiente el principio de legalidad surge a partir de la Revolución francesa en 1789 para combatir la arbitrariedad, abuso del poder y la inseguridad jurídica.⁴⁸

Ciertamente el principio de legalidad aparece cercano a la teoría de la división de poderes en lo que se desprende del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.⁴⁹ A lo que Montesquieu sostiene la necesidad de buscar un equilibrio entre los poderes políticos, dividiéndolos y limitándolos entre sí con la finalidad de asegurar la seguridad jurídica.

Para cumplir con la expedición de normas con mayor rapidez, tanto en la medida que exige la práctica y reconocimiento de la legitimidad democrática de todos los Jefes de Estado y en sí de la Administración, se fue implementando técnicas jurídicas que otorguen mayores normas reglamentarias.

En torno a esta circunstancia, el principio de legalidad fue reconocido en los ordenamientos de los diferentes Estados, en el que cada poder público debía actuar en su propia orbita de atribuciones con sus propias normas, es decir, todo acto de autoridad debe ajustar su actuación al orden legal, de lo contrario se está frente a un acto ilegal.

⁴⁷ Libardo Rodríguez Rodríguez, *La explicación histórica del derecho administrativo* (México: UNAM, 2009), 300.

⁴⁸ *Ibíd.*, 303.

⁴⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 16: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

Como se puede apreciar el principio de legalidad tiene orígenes remotos, desde siempre su reconocimiento marco la esfera de la actuación de las personas, de ahí que se acentuó en las distintas formas de gobierno.

En general éste principio fue fundamental en el Estado legal de derecho, en donde el derecho termina por reducirse a la ley, gracias a la influencia de la teoría positivista; sin embargo, años más tarde con el Estado de derecho el principio de legalidad es considerado uno de los logros más importantes, comprende en sí dos figuras jurídicas: el principio de legalidad administrativa, o también llamado preeminencia de la ley, y la reserva de ley; distinción que tiene su origen en el hecho de que cada uno de estos institutos surte efectos en diferentes campos del derecho.

Cuando nos referimos al primero de los principios, debemos situarnos en la esfera aplicativa de éste, mientras que aludir al segundo, implica centrar nuestra atención en su esfera normativa⁵⁰.

En tal sentido, a fin de completar la idea, el autor Jorge Santos señala que “la existencia del Estado de derecho, tanto en la construcción dogmática de la tradición continental del Rechtsstaat nacida en Alemania, como en la de la tradición anglosajona del rule of law que tiene origen en el Reino Unido, implica fundamentalmente dos elementos: el primero referido a la sumisión del Estado y principalmente de la Administración al ordenamiento jurídico (incluyendo, por supuesto, a la Constitución) y el segundo relativo al reconocimiento y protección de los derechos de los ciudadanos, en especial de sus derechos fundamentales (...)”.⁵¹

En este aparte, podemos darnos cuenta que hace años atrás bajo ese tipo de Estado se tenía ya la concepción y aplicación de la Constitución y la protección de los derechos, es decir el principio de legalidad fue evolucionando por lo que desde inicios no se podría entender que la acción de la Administración Pública debe estar predeterminado por la ley, siendo necesario aún más mermar la rigidez de la vinculación a la legalidad, sino romper con esa concepción tradicional.

⁵⁰ Véase González García, E. *Principio de legalidad tributaria en la Constitución de 1978, Seis estudios sobre el derecho constitucional e internacional tributario*. (Madrid: Edersa, 1980), 62.

⁵¹ Jorge Santos Rodríguez, *La Transformación de la vinculación de la administración pública*. (Colombia: Revista Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, 2006), 172.

Por tanto el principio de legalidad pierde fuerza y se da vida a un Estado constitucional de derechos y justicia, menos legalista cuyo eje central es la norma constitucional; de ahí, que acertadamente el tratadista Gustavo Zagrebelsky sostiene que “El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte”⁵².

En este punto resulta necesario diferenciar el Estado de legalidad del Estado constitucional, ante lo cual el autor Ramiro Ávila sostiene que en el Estado de legalidad la ley viene a ser lo fundamental, determina la autoridad y la estructura del poder, existe la clásica división: ejecutiva, legislativa y judicial, resaltando que la función legislativa tiene mayor implicación que las demás, que el ejecutivo únicamente tiene una esfera de acción enmarca en lo establecido en la ley; y, el judicial es “boca de la ley”. Los derechos, competencias y garantías de las autoridades, se define por medio de la ley.

En este Estado, la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes, los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente el código civil y el código penal), las garantías formales están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia ordinaria el reconocerlos y protegerlos.⁵³ Mientras que en un Estado constitucional las cosas toman otro sentido, la Constitución es la que determina la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder.

La Constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez, al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que

⁵² Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*. (Madrid: Trotta Editorial, 1995), 24.

⁵³ Ramiro Ávila Santamaría. *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*. (México: UNAM, 2009), 778.

tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público.⁵⁴

Acertadamente, el autor realiza una diferenciación que en la actualidad nos demuestra que el paradigma del Estado constitucional se vincula y limita a todo poder, garantiza los procedimientos y se evita la discrecionalidad, su enfoque se enmarca en los derechos que vinculan a los poderes del Estado. El juez ocupa un papel fundamental ya no es “boca de ley”⁵⁵ sino “cerebro y boca de la constitución”

Estos cambios tuvieron su origen en la llamada crisis de la legalidad y el papel actual de la ley cuando explica la doctrina⁵⁶ que los sistemas jurídicos inició el debate de la primacía de la Constitución sobre las leyes, así se superó el legalismo y se llegó al constitucionalismo.

Bajo ese momento de cambios, la ley ya no era suficiente para cubrir y regular todos los aspectos económicos, tecnológicos, sociológicos, por ello a través de la teoría de la formación del derecho por grados sistematizada por Kelsen⁵⁷, se otorgó un papel a los principios generales del Derecho⁵⁸, a los reglamentos y demás actos normativos con carácter general. Es así que entra en crisis el principio de legalidad por la constatación de la existencia de leyes de reducida generalidad o bajo nivel de abstracción fruto de la necesidad de igualdad material en el Estado constitucional, se desvirtúan los tradicionales caracteres de generalidad y abstracción de las leyes. Además, como resultado de la pluralidad de las sociedades modernas, la ley pierde su característica de homogénea para expresar una heterogeneidad de valores e intereses.⁵⁹

Justamente el principio de legalidad está para intervenir cuando no exista el apego debido a las leyes, en ese momento el Estado debe activar todos sus poderes a fin de precautelar al subordinado que se encuentre afectado, tomando en consideración que no es únicamente someter a cualquier ley sino subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, es decir una legitimación sustancial y no formal.

⁵⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. (Quito: Editorial Abya- Yala, 2011), 21.

⁵⁵ *Ibíd.*, 23.

⁵⁶ Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. (Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2009), 117.

⁵⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho, 16a ed.* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979), 135.

⁵⁸ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid: Iustel, 2006), 420.

⁵⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*. (Madrid: Trotta Editorial, 1995), 34.

Así mismo, este principio ha sido asemejado con el de juridicidad que exige vinculación con las normas sin hacer distinción alguna, vigila que la Administración en base a sus atribuciones y en el ejercicio de éstas se encargue de la protección de los derechos fundamentales de las personas.

De ello, se desprende que “(...) la vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se da en diferentes niveles, teniendo una presencia mucho más fuerte en el Ejecutivo que el Jurisdiccional y finalmente, una apenas deducible influencia en el legislativo”.⁶⁰ De esta manera, éste principio se opone a los actos que estén en contraste con la ley, a los actos no autorizados por la ley y a los actos no regulados completamente por la ley,⁶¹ siendo pilar fundamental en el sistema administrativo.

Dados estos hechos, a nivel Latinoamérica el constitucionalismo cobra mayor fuerza, esta teoría basada en principios coloca a la Constitución como la cúspide del ordenamiento jurídico, lo que acaba con la errónea concepción de que las autoridades públicas únicamente pueden realizar lo señalado en la ley, la norma suprema será la que guie y dirija todo proceso, cumpliendo con todas las leyes y normas existentes del sistema jurídico entendido al derecho en su conjunto.

Sin embargo, es importante hacer notar que no desaparece por completo la teoría del positivismo, aún más en materias del derecho en el que este principio de legalidad es la herramienta primordial de aplicación como es en el Derecho Administrativo.

Como se ha podido apreciar en un breve resumen el principio de legalidad surge en Francia como reacción al principio monárquico, existe límite de la acción del juez y la administración, se caracteriza por estar ligado a todos los principios constitucionales y el respeto al ordenamiento jurídico; no obstante con el pasar de los años y los diferentes modelos de Estado a lo largo de la historia se ha empezado a visualizar la necesidad de una habilitación normativa y una medida de garantía de los derechos de las personas, lo que nos lleva a la explicación del principio de legalidad en la actualidad ecuatoriana.

2.2.Principio de legalidad en la realidad ecuatoriana

⁶⁰ Karla Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. (México: UNAM, 2005), 55.

⁶¹ Roberto Islas Montes, *Sobre el principio de legalidad*. (México: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2009), 102.

Una vez que se ha explicado los hechos históricos del surgimiento del principio de legalidad es necesario conocer su implicación en la realidad ecuatoriana, partiendo de que, su reconocimiento ha sufrido varios cambios por corrientes que sostienen la necesidad de trascender de la concepción tradicional de considerar a la Constitución como la norma suprema y cúspide de todo el ordenamiento jurídico, sino a su proyección como un conjunto de valores y principios encaminados a la protección de los derechos de los ciudadanos, teniendo como principio la aplicación directa de la Constitución, lo cual ha traído oposición por su complicación de ejecución en la práctica.

Ahora bien, para llegar a esta realidad, se tuvo que enfrentar a una transformación partiendo de un Estado de derecho consagrado en la Carta Magna de 1998, donde el principio de legalidad era intocable en éste Estado positivista⁶²; para que años más tarde con la expedición de la Constitución del 2008 el Ecuador⁶³ se consagre como un Estado constitucional de derechos y justicia, considerado como una época del garantismo donde el principio de legalidad tiene una connotación diferente, que será explicada a lo largo del análisis de este capítulo.

Este principio de legalidad se encuentra establecido en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador,⁶⁴ se sustenta en el respeto de las normas jurídicas, cuyo marco de aplicación adquiere fuerza en el Estado de derecho, la Constitución es la norma suprema en torno a la cual se desarrollan los parámetros de actuación de las

⁶² En relación a la posición del principio de legalidad en el Estado de derecho, la Corte Constitucional, manifestó: “El Estado de Derecho en su versión francesa, conocido también como Estado de legalidad o Estado legicéntrico, se identifica por ser un Estado legislativo, lo que implica la supremacía del Parlamento sobre los otros poderes del Estado; la reducción de todo el Derecho a la ley; la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del Estado (principio de legalidad); la subordinación a la ley, de los derechos de los ciudadanos; la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley; y a la conversión de la Constitución en una simple ley de organización del poder, que puede ser modificada por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes. En definitiva, en el modelo de Estado de Derecho francés, la Constitución queda reducida a una declaración política de principios y se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley (...)”. *Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición; Resolución S/N, Suplemento del Registro Oficial 466, 13-XI-2008.*

⁶³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 226. “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”

⁶⁴ Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

autoridades. Es decir, no se puede concebir a dicho principio como un mero respeto del ordenamiento jurídico, si lo que se busca es la habilitación normativa, en el que no se acuda únicamente a argumentaciones que pongan énfasis en la división de poderes sino se circunscriba en disposiciones constitucionales que estén encaminadas en la protección de los derechos de los ciudadanos, sin incumplir la ley, en el marco de un Estado garantista.

Así la formulación del principio de legalidad toma un matiz de claridad, nos enfoca en la competencia y en la legalidad y a su vez puede ser estático y dinámico. En su aspecto estático establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo; en su aspecto dinámico la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley;⁶⁵ es decir toda autoridad puede hacer únicamente lo que la ley permite, de este modo todo acto o procedimiento que se expida debe estar apoyado en una norma legal que en su forma y contenido tendrá disposiciones enmarcadas en la Constitución. Lo que conlleva a que no se pueda asumir al principio de legalidad como la mera conformidad a la ley, sino que los componentes como competencia y control de los organismos se proyecten en una norma jurídica encaminada a la previsión de la limitación de los derechos.

En este orden de ideas, el principio de legalidad debe estar justificado en una ley previa y su sometimiento será en primer lugar a la Constitución y luego recaerá sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Para el caso de estudio de este trabajo nos enmarcamos a las normas reglamentarias creadas por los órganos con potestad normativa de la propia administración, tomando en consideración lo que se conoce como “bloque de legalidad” (Constitución, leyes, reglamentos, principios generales, etc.) también llamado por Merkl “principio de juridicidad” de la administración; y más recientemente también se le ha denominado “principio de constitucionalidad” que significa concretamente que toda actuación se realice en el marco del ordenamiento jurídico, velando los derechos constitucionales.⁶⁶

Es así que los órganos administrativos podrían reforzar sus decisiones en caso de un conflicto normativo, poniendo a conocimiento de la Corte Constitucional, máximo intérprete constitucional, a fin de que se pronuncie sobre el orden jerárquico de aplicación normativa

⁶⁵ Roberto Islas Montes, *Sobre el principio de legalidad*. (México: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2009), 102.

⁶⁶ José A. Estévez Araujo, *La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración*. (Barcelona: anuario de filosofía del derecho vii 1990), 115.

en el marco del bloque de legalidad. En la práctica el principio de legalidad tiene críticas acerca del excesivo formalismo que exige, sin embargo, si el Estado busca un progresivo avance de la sociedad, se requiere que nuevos elementos recobren fuerza como es el caso: de los derechos, de la representación democrática, la libertad e igualdad formal. Entendiendo que no hay norma general que no pueda ser consagrada a nivel constitucional, a pesar de no ser el tema de la presente tesis es necesario referirnos de manera general, asentando que toda norma expedida debe estar al amparo de la Constitución.

En el mismo contexto, es necesario precisar que el principio de legalidad debe ser considerado como una posibilidad de protección de los derechos fundamentales aplicando normas constitucionales o generales, lo cual se convierte en verdadero reto, pues dejarlo de ver a dicho principio como un imperativo de observancia estricta de formalidad ha ocasionado serias discusiones, ya que correlativamente el más alto deber del Estado radica en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Carta Magna. (Artículo 11#9).

Claro, también debe estar ligado al principio de responsabilidad de la Administración Pública y al debido proceso, ya que en todo proceso donde se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, asegurar ésta garantía es esencial conforme lo establece el artículo 76 de la Constitución, de ahí que en ningún caso se puede sacrificar la justicia por la simple omisión de solemnidades.

En conclusión a través de este análisis de la nueva concepción del principio de legalidad en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia consagrado en el artículo primero de la Constitución⁶⁷ del Ecuador, se puede comprender que nuestra Carta Magna y la ley son elementos esenciales en el ejercicio de la actividad de la Administración Pública, aún más cuando se trata de un tema normativo que causará efectos generales. Por ello es importante hacer hincapié en la necesidad de tomar en consideración el artículo 425⁶⁸

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador, “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

que establece un orden jerárquico de aplicación de las normas, el cual debe ser acatado por toda autoridad pública, y la idea de la Constitución como ese conjunto de valores, derechos y principios.

2.3. Posición de la Administración Pública frente al principio de legalidad

Demostrado la trascendencia y evolución del principio de legalidad en el Ecuador resulta importante centrarnos en la posición de la Administración Pública frente a éste principio, ya que la problemática planteada en este trabajo de investigación es justamente vislumbrar el alcance de la obligación de los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente sus normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución, conforme lo establece el artículo 84 de la Constitución ecuatoriana, es decir se requiere realizar el análisis de este principio fundamental en el Derecho Administrativo utilizado a diario por la Administración Pública.

Tomando como punto de referencia la Revolución Francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco de la división de los poderes.⁶⁹ Desde esta perspectiva, la Administración viene a ser una organización dotada de personalidad jurídica, nota que basta para individualizarla de los órganos que actúan otras funciones públicas.⁷⁰ Así la Administración sujeto de las relaciones jurídicas administrativas puede producir normas jurídicas, para lo cual nos remitimos al jurista ecuatoriano Juan Carlos Benalcázar, quien concibe como los principales caracteres del Estado, la división de funciones, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la responsabilidad pública, señalando que tanto la soberanía como el poder del Estado tienen límites objetivos que vienen dados por la naturaleza misma del Estado y también por la norma jurídica, con la finalidad de la obtención de la justicia y el bien común.⁷¹

En tal sentido, es tan importante la racionalidad en el accionar en la Administración puesto que sí se encuentra subordinado al ordenamiento jurídico, las actuaciones

⁶⁹ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. (Madrid: 2012), 50.

⁷⁰ *Ibíd*, 57.

⁷¹ Juan Carlos Benalcázar Guerrón. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. (Quito: Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007), 13.

administrativas se encasillarán en normas jurídicas en el marco del respeto de los derechos fundamentales, sosteniendo que el principio de legalidad constituye la esfera de la actuación administrativa.

Partiendo de esta premisa, se debe entender al principio de legalidad como un principio fundamental,⁷² reconocido en los ordenamientos supremos de los diferentes Estados, que se debe a la relación de supra-subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados. Los primeros afectan a la esfera jurídica de los segundos, pues, ciertamente, el Estado dicta actos que afectan a los gobernados, por ello el principio de legalidad surge para combatir contra las ilegalidades, es decir cuando no exista el apego debido a la legalidad.

Por otra parte, gracias a la instauración del Estado Constitucional de Derechos y Justicia se ha provocado en nuestro sistema el menoscabo del principio de legalidad, en el sentido de que principalmente los órganos con potestad normativa en el ejercicio de sus funciones tienen la obligación de observar y aplicar la Constitución; y, adecuar las normas jurídicas a los derechos contemplados en la misma.

De tal modo, doctrinarios del neoconstitucionalismo ⁷³ Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell y Susana Pozzolo manifiestan el acierto del cambio del positivismo al constitucionalismo que ha enfrentado nuestro país, corrientes totalmente opuestas, no solo se refieren a realidades distintas sino que incluso carecen de implicaciones mutuas.

Posición que se encuentra en concordancia con lo sostenido por el autor Luís Cueva Carrión: “la Constitución es un instrumento que no sólo organiza el poder, sino que, además, es fundamentalmente normativa y sus normas deben aplicarse en forma inmediata y directa; su interpretación difiere de la tradicional: es sistémica, se usa el método de la ponderación, que se auxilia del test de proporcionalidad, el método de la unidad de la Constitución y el de la armonización; todo el sistema constitucional debe funcionar y ser interpretado desde una nueva perspectiva: la de los derechos fundamentales”.⁷⁴

⁷² Roberto Islas Montes. *Sobre el principio de legalidad*. (México: Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2009), 102.

⁷³ Susana Pozzolo. *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. El Canon Neoconstitucional*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010).

⁷⁴ Luís Cueva Carrión. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2009), 132.

Ahora bien, como la historia nos cuenta la teoría positivista obtuvo mayor fuerza durante la segunda mitad del siglo XIX mientras que la teoría del Estado constitucional surge después del colapso de la segunda guerra mundial. El constitucionalismo representa un fenómeno cultural y político propio del mundo moderno que hace efectivo los principios liberales, mientras que la teoría del positivismo ha sido fuertemente criticada por ser excesivamente formalista, basándose en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes y el imperio de la ley. Precisamente, un gran avance surge con el paso de la corriente positivista a la constitucionalista ya que ha generado cambios culturales fuertes en el manejo de la Administración Pública en el que únicamente se sujetaban a la ley, sin mirar la Constitución como norma suprema e incluso de aplicación directa.

Además, de que ciertamente al momento de la construcción de normas jurídicas los órganos de la Administración Pública no observaban la Constitución como instrumento de derechos, la cual efectivamente distribuye las competencias normativas, pues acertadamente lo que se ha buscado es superar el Estado de legalidad para dar paso a lo que hoy en día conocemos como Estado constitucional de derechos y justicia.

En este tipo de Estado el principio de legalidad viene a ser un componente esencial en del proceso de creación de las normas, sin embargo la Constitución será lo primordial, por esta razón, merece ser tomado en cuenta lo señalado por el tratadista Jorge Zavala Egas, quien sostiene: “el poder limitado o ejercido de acuerdo a Derecho es creador de éste y, por ello, las normas de derecho positivo no tienen otra fuente que el poder y estas mismas normas son sancionadas por el poder, de tal suerte que las normas jurídicas tienen por misión limitar el poder que las crea y que las sanciona.”⁷⁵

Indudablemente en la Administración Pública el principio de legalidad es base fundamental para la construcción de normas y la expedición de actos, no obstante, éste principio como fuente en el obrar administrativo debe reconocer la supremacía de la Constitución, en este sentido garantizará que el poder público se ejerza por las líneas correctamente constituidas y se oriente a la protección de los derechos de los administrados respetando principalmente el debido proceso.

Bajo el mismo contexto, como se mencionó en líneas anteriores al hablar del principio de legalidad debemos recurrir a la división tradicional del poder, pues resulta necesario que

⁷⁵ Jorge Zavala Egas, *La Agonía del Derecho*. (Guayaquil: Edino, 2008), 17.

las funciones del Estado actúen con independencia y garanticen la protección de los derechos constitucionales; aunque parezca repetitivo me permito hacer énfasis una y otra vez, ya que lamentablemente en la realidad la Norma Suprema es lo último a ser considerado en la construcción de las normas, lo que equívocamente nos genera posibles violaciones de derechos.

Para ello, recalcamos la postura del doctor Marco Morales Tobar quien sostiene:

“El margen de actuación de la autoridad administrativa, no le puede llevar a consideraciones extralege, su libertad de actuación y el sentido de apreciación de la realidad fáctica en ningún caso le puede alejar de la determinación racional de las cosas, de tal suerte que como veremos más adelante, el obrar administrativo no puede convertirse en arbitrario, despótico, totalitario ni atrabiliario, es decir, debe guardar ciertas formas y rituales en su proceder, a los efectos de que al momento de fiscalizar dichas actuaciones, las mismas tengan sustento en cuestiones de orden jurídico y técnico”.⁷⁶

Resulta evidente que el autor pretende demostrar que la discrecionalidad en el principio de legalidad no debe ser arbitrario, sino se debe utilizar la racionalidad y constituye una manifestación legítima de la autoridad pública, lo cual concuerdo plenamente, ya que efectivamente toda autoridad no puede actuar en contra o fuera de la ley, eso no quiere decir que en caso de detectar una norma que viole derechos se la deba seguir aplicando, en estos casos se debería aplicar las garantías constitucionales y realizar procesos de reforma, elevar a la Corte Constitucional, es decir buscar los medios para evitar la vulneración de derechos.

Ahora bien, es importante señalar que las potestades administrativas devienen del ordenamiento jurídico, cuya legitimidad de su ejercer se perfecciona con el cumplimiento de sus fines que se encuentran en la norma jurídica, es decir, las normas que son parte de ese ordenamiento jurídico distribuyen el poder entre las diferentes autoridades, limitando su ejercicio, por cuanto sin la potestad otorgada a las autoridades a través de las normas, estas no podrían actuar.

En el mismo sentido, el maestro Eduardo García de Enterría sostiene que las potestades que ostentan las autoridades públicas, parten del principio de legalidad como un mecanismo preciso, puesto que “la legalidad atribuye potestades a la Administración,

⁷⁶ Marco Morales Tobar, *Derecho Procesal Administrativo*. (Loja: Editorial de la UTPL, 2010), 30.

precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos.”⁷⁷

Entonces, para que el Estado pueda realizar y conseguir sus cometidos es necesario realizar lo que señala adecuadamente el autor Juan Carlos Cassagne: “(...) que la Administración Pública disponga de ‘poderes’ o prerrogativas para cumplir integralmente con los fines de bien común que persigue el Estado. Tales ‘poderes’ se denominan en el lenguaje técnico ‘potestades’ (...).”⁷⁸ Esto supone una amplia habilitación en nuestro derecho a la administración del Estado para participar en la creación del ordenamiento jurídico en el marco del Derecho Administrativo, tomando en consideración que siempre debe darse a fin de tutelar los intereses públicos.

Se debe tomar en cuenta que dichas potestades principalmente surgen de la Constitución, lo cual concuerda con la teoría del profesor Marco Morales Tobar, quien indica: “(...) las potestades nacen del poder que atribuye el soberano a los distintos órganos de la administración del Estado, siendo que estas facultades constan en los textos constitucionales. La estructura misma del poder está concebida en la Carta Primera y de forma concreta en la organización que dicho texto confiere al Estado.”⁷⁹ En virtud de lo cual, reiterando lo indicado es fundamental que las autoridades llamadas a expedir normas jurídicas en base a mandato constitucional, se apeguen tanto a lo adjetivo como a lo sustantivo, por cuanto se requiere de un procedimiento legal previamente establecido, así como la observancia de derechos, principios y garantías conforme a la Constitución.

Efectivamente, nos lleva a pensar que en el sistema ecuatoriano los órganos administrativos están desprovistos de atribuciones para determinar la inaplicabilidad de una norma, no obstante de acuerdo al artículo 84⁸⁰ de la Constitución existen órganos con

⁷⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. (Madrid: Editorial Aranzadi, S.A, 2013), 449

⁷⁸ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, T. II* (Lima: Palestra Editores SAC, 2010), 146

⁷⁹ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 11.

⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

potestad normativa que tienen la obligación de adecuar formal y material las normas jurídicas a los derechos establecidos en la Constitución con la finalidad de evitar violaciones a los mismos.

De ello que, favorablemente el principio de legalidad ha sufrido una transformación renovadora y se lo mira con mayor amplitud ya que la obligación de los administradores públicos, la función administrativa y el juez no solo que han de estar a lo dispuesto en el derecho positivo, es decir, la ley, sino a de confrontar sus actuaciones con las disposiciones constitucionales, ha de tener presente al Derecho en su conjunto, todo en consecución del bien común enmarcado en el principio constitucional de responsabilidad. Por consiguiente, es claro el reconocimiento de la Constitución como norma suprema en el sistema ecuatoriano, sin embargo, esto no quiere decir que en la Administración Pública todo acto del poder público no implique sometimiento al principio de legalidad, todo lo contrario, debe ajustarse a principios básicos como el de jerarquía, legalidad y seguridad jurídica.

En base a lo cual las normas existentes podrán ser claras, precisas y creadas correctamente, comprendiendo que han transcurrido por un proceso en el que no únicamente se centre en la parte formal, sino material, de lo contrario nos enfrentamos a situaciones en las que pueden colisionar los derechos, por tanto, se requiere la protección de los derechos y la sujeción de la actividad estatal al Derecho.

Recordando que entre las particularidades del Estado constitucional de derechos y justicia es contar con una Constitución escrita, rígida, normativa y axiológicamente potente⁸¹, de esta forma podríamos hablar de una posible aplicación directa de la Norma suprema y sobre todo la existencia de un órgano encargado de verificar que dé cabal cumplimiento a las disposiciones constitucionales. Así, seríamos congruentes con esa atribución constitucional otorgada a los órganos con potestad normativa de siempre adecuar formal y materialmente las normas a los derechos constitucionales.

Y, sin olvidar que las autoridades de la administración pública tienen límites en su actuación en sus tareas administrativas, estos límites son los derechos y garantías de los ciudadanos.⁸² Entendiendo como el resultado de la participación, igualdad y respeto en el

⁸¹ Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia Interpretativa 002-08-SI-CC. Quito D. M., 10 de diciembre de 2008. Registro Oficial Suplemento 487 de 12 de diciembre del 2008.

⁸² Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. (Madrid: Editorial Trotta, 2016), 65.

medio para asegurar la vida y la supervivencia, valores que fundamentan a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

2.4. La obligación de los órganos administrativos de adecuar, formal y materialmente las normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución

Partiendo de lo contemplado en el artículo primero de nuestra Constitución al proclamarse que la soberanía radica en el pueblo, “cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”,⁸³ se reconoce ampliamente al Ecuador como una sociedad organizada estructural y jurídicamente, en la que los órganos constituidos ejercerán sus potestades en base a la norma jurídica, esta potestad administrativa debe siempre estar enmarcada en la Constitución y en la ley.

De este modo, los órganos administrativos parten del principio de legalidad a fin de procurar sus fines ya sea de interés general o público, lo cual fue indicado en el acápite anterior. Recalcando justamente, que el afán de este trabajo de tesis es precisar que el hecho de utilizar el principio de legalidad en el cumplimiento de la obligación constitucional de adecuación de éstas normas jurídicas a los derechos, es fundamental, pero principalmente observando la Constitución, de ello que la adecuación tanto formal como material de dichas normas evitarían la vulneración de derechos.

Bajo la disposición constitucional del artículo 84, todo acto emanado por el poder público debe cumplir con lo establecido en la Constitución, no solo formal sino material, a más de adecuar sus actuaciones jurídicas a los derechos, previstos en la misma:

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

⁸³ Constitución de la República del Ecuador; Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Como se puede apreciar, existe una disposición constitucional que resalta una de las funciones del Estado, como es la función normativa, que se expresa a través de los distintos órganos del poder público, cuya primera manifestación de potestad normativa es la Constitución, en la que se establecen las bases del ordenamiento jurídico en función de todos los principios constitucionales. Esta potestad va dirigida a toda autoridad que tiene competencia para dictar normas como son: autoridades administrativas, la Asamblea, el propio Presidente; además que, previo a expedir dichas normas, necesariamente se debe observar los derechos a fin de que estos sean respetados.

Por otra parte, acertadamente el profesor Ramiro Ávila señala que la Constitución del 2008 de forma clara y determinante vincula a todo el Estado a la promoción y respeto de los derechos (Art. 3.1⁸⁴ y 11.9⁸⁵). Esta obligación se especifica para todos y cada una de las funciones del Estado y para los servidores públicos que la conforman⁸⁶. Las funciones y los funcionarios de estado se manifiestan mediante distintos actos jurídicos.⁸⁷ De lo que se desprende, que en el proceso de elaboración de las normas jurídicas necesariamente se debe

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador. Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. (...)

⁸⁵ *Ibíd.*, Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

⁸⁶ Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. 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. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

⁸⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción legislativa de la Asamblea Nacional*. (Quito: Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina CAN-UASB, 2012), 13.

observar los derechos fundamentales, no pueden ser considerados como obstáculos, sino más bien una forma de promover el respeto y ejercicio de estos derechos a través de normas correctamente expedidas.

La Constitución ecuatoriana concibe al desarrollo normativo como una garantía de los derechos y determina un amplio campo para su cumplimiento, cuando determina que “todo órgano con potestad normativa debe adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos”,⁸⁸ teniendo así un progreso normativo con distintos alcances, lo desarrollan todas las funciones del Estado.

Para el caso que nos atañe, la Administración Pública deberá emitir normas jurídicas en base a los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación⁸⁹, con la finalidad de dar cumplimiento a dicha disposición constitucional.

Así mismo, es importante resaltar el ámbito de aplicación de la Administración Pública, la Constitución en su artículo 225 establece:

“Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

En este punto, de forma general se puede señalar que el nivel de aplicación constitucional en la Administración Pública impone la necesidad de dilucidar el alcance que tienen los agentes administrativos cuando someten a su conocimiento la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, y de igual manera, cuando están llamados a crear o adecuar normas jurídicas que garanticen la dignidad del ser humano, que deben realizarlo conforme lo prescrito en el artículo 226 de la Carta Magna:

⁸⁸ Ramiro Ávila Santamaría. *El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción legislativa de la Asamblea Nacional*. (UASB-DIGITAL, Quito, 2012), 1.

⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 227.

“**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

De ello se colige que la atribución de potestades puede devenir de la Constitución y de la ley, además de que su ejercicio no puede rebasar los límites sino únicamente sus actuaciones administrativas podrán realizarse en el marco de sus competencias. Por lo que, la potestad normativa supone la facultad de crear, modificar o extinguir normas jurídicas que afecten derechos constitucionales. Siendo importante, analizar la posibilidad de que estos órganos con potestad normativa realicen autoevaluaciones del marco normativo expedido, sea por ellos o por anteriores autoridades, dentro de sus competencias, evitando la vulneración de los derechos.

En este mismo marco, merece hacer hincapié en que las potestades normativas deben ajustarse a principios constitucionales y no en las manifestaciones individuales de los órganos en el ejercicio de sus funciones, principalmente con el principio de legalidad se perfecciona la expedición de las normas siendo estas claras, determinadas y ciertas, vista como una forma de delimitar el ámbito de acción de los órganos públicos.

En tal sentido, las normas para que sean consideradas como válidas necesariamente deben ser emitidas conforme a los procedimientos previamente establecidos, pues es indispensable recalcar que toda autoridad administrativa tiene la obligación de armonizar su actuación a los preceptos constitucionales, de este modo, no pueden extralimitarse en sus facultades, lo cual quiere decir que se debe observar nuestra Carta Magna y las leyes en su conjunto.

2.4.1. Adecuación formal de la norma jurídica

Es necesario iniciar la adecuación formal señalando que la igualdad jurídica ha representado parte importante para la construcción de las relaciones sociales, de ahí que contribuye al reconocimiento de los derechos inherentes e inalienables de todos los hombres, y por otra parte, la igualdad de todos los ciudadanos que como lo indica la Declaración de

Derechos deberá ser igual para todos.⁹⁰ Es decir, esta concepción es más antigua, data desde la declaración de los derechos del hombre en 1789, pues bien, ya no se pretende concebirla únicamente como la igualdad de la ley, sino como un derecho subjetivo, lo que representa una estrecha relación con los derechos de las personas, por esto, la idea de que lo necesario no es el mayor número de normas, sino la consecución de los fines de las personas.

Ahora bien, frente a la realidad de una sociedad que se transforma con el pasar del tiempo claramente deja en evidencia que la idea de la igualdad más allá de su dimensión formal y de la igualdad jurídica que nos atañe para este trabajo se busca el desarrollo de la justicia y obtención real de la protección y consecución de los derechos de las personas. Consecuentemente, si aterrizamos a la normativa ecuatoriana, nos encontramos frente a lo contemplado en el artículo 84 de la Constitución, que prescribe: “(...) todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades (...)”.⁹¹

Entendiendo a la adecuación formal como el respeto a los procedimientos para la construcción de las normas que garantizan un debate deliberativo, en el que exista un análisis y crítica a los argumentos y contrargumentos, soluciones y posibles mecanismos que garanticen la legalidad de las normas, de ahí que se debe tener presente que la garantía más importante es el respeto y el reconocimiento de la supremacía constitucional. Ante lo cual, lo indispensable de esa relación estrecha con las garantías normativas es asegurar que los derechos se desarrollen con efectividad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Claro está que, en caso de que estas garantías no logren dar la protección adecuada se debe activar las garantías jurisdiccionales, como se puede identificar en un Estado constitucional de derechos y justicia las garantías no van ser reducidas a la ley sino a la protección de los derechos en el que se mirará el alcance las normas a fin de que se active un sistema garantista, evitando discrecionalidades y fomentando el principio primordial de la seguridad jurídica. Asimismo, la adecuación formal, debe reflejar todo un proceso que contemple una serie de debates, discusiones, reuniones, consultas y todo mecanismo que

⁹⁰ José María Seco Martínez. *De la igualdad formal a la igualdad material. Derecho y libertades.* (Madrid: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 2017), 61.

⁹¹ Constitución del República del Ecuador, artículo 84.

genere un debido proceso hasta la consecución de una norma que tenga validez jurídica; y sean congruentes con lo determinado en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución⁹².

En base a esa nueva forma de entender al derecho y al proceso de constitucionalización del derecho administrativo, el derecho es concebido como un sistema de garantías como lo describe Ferrajoli y lo determina la Constitución. Pues, todos los órganos que forman las distintas funciones del Estado deben aplicar de manera directa e inmediata los postulados de la norma constitucional, sin necesidad de que los derechos sean desarrollados en una ley, consecuentemente se requiere que las garantías normativas guarden armonía con la Norma Suprema.

Finalmente, como lo establece el profesor Luigi Ferrajoli se debe ir “Superando la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, el Estado de derecho garantista se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; al contrario, ahora la política deberá ser el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales”.⁹³

2.4.2. Adecuación material de la norma jurídica

La llamada igualdad material se ve como un proceso más reflexivo en el que han existido luchas sociales por los derechos humanos, nuevas relaciones de justicia y la distribución de bienes en una sociedad, como lo establece el autor José María Seco Martínez puede entenderse como “el reflejo de los llamados “derechos sociales”, siendo los derechos subjetivos

frente al Estado; pero no sólo para evitar posibles discriminaciones normativas (igualdad ante

⁹² Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 numeral 3. “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

⁹³ Rodolfo Moreno Cruz, *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. lineamientos generales*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007), 829.

la ley), sino para recibir además tratamientos jurídicos diferenciados en atención a su situación de objetiva de desigualdad social”.⁹⁴

El ejercicio formal de los derechos deviene imposible en términos de igualdad, si no hay condiciones materiales para la realización de acciones conforme a tales derechos.⁹⁵ Es decir, nuevamente se enfatiza en la imposibilidad de considerar una visión individualizada o particularizada, ya que para la consecución de los fines no basta que los ciudadanos tengamos los mismos derechos, sino ir más allá lo que representa el poder ejercerlos con plenitud, ante lo cual el sujeto debe estar en las mismas condiciones.

Bajo la misma premisa del artículo 84 de la Constitución, la adecuación material de la norma jurídica se refiere a esa relación con la observancia a los derechos, es decir estrictamente debe ser elaborada la norma en apego a los derechos, no se los puede violar, restringir, ni limitar, sino todo lo contrario se requiere desarrollarlos, protegerlos, promoverlos. En el caso de haberse afectado los derechos, debe existir reparación individual de los mismos, y en caso de que el daño sea generalizado, debe haber una política pública para abordar y solucionar el problema, de ello surge la aplicación directa de la Constitución.⁹⁶

De tal modo que el desarrollo normativo pueda ayudar significativamente el contenido de los derechos, aclarar los mecanismos de cumplimiento, especificar las condiciones de plena satisfacción, destinar recursos progresivamente para su cabal disfrute, establecer normas procedimentales para garantizar su ejercicio.⁹⁷ Es decir, con la implementación de la disposición constitucional del artículo 84 la producción normativa se ha enfocado en temas de derogatoria o reformatoria, más no en el tema de adecuación; efectivamente hay un esfuerzo, sin embargo no de la manera que se requiere; pues, se necesita que exista dicha adecuación normativa con los postulados de la Constitución.

En el marco del constitucionalismo ecuatoriano, se ha considerado que el desarrollo normativo no se requiere únicamente para exigir derechos, sino que cuando sus derechos sean vulnerados, se tenga el total poder que otorga la norma suprema para acudir a los órganos competentes y exigir el cumplimiento y respeto de los mismos; y, no necesariamente

⁹⁴ José María Seco Martínez, *De la igualdad formal a la igualdad material. Derecho y libertades*. (España: Derechos y libertades No. 36, 2017), 68

⁹⁵ *Ibíd*, 69.

⁹⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción legislativa de la Asamblea Nacional*. (Quito: UASB-DIGITAL, 2012), 3

⁹⁷ *Ibíd*, 3

debe estar expedido o plasmado en la ley ya que todo derecho es exigible. Es así que los órganos con potestad normativa dentro de su producción deben encontrar mecanismos adecuados o idóneos que permitan la consecución de sus fines, generando estabilidad y confianza en los administrados como en la ciudadanía en general.

Adicionalmente, el artículo 11 numerales 4, 5, 6, 7 y 8 de la Constitución prescriben:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

Por lo tanto, como se puede observar del articulado anterior las normas constitucionales se encuentran interrelacionadas y se establece el medio de protección de los derechos, esto viene a ser las garantías normativas que vinculan a los órganos con potestad normativa y a los jueces, lo que sin lugar a duda es que la Administración Pública está obligada a través de sus órganos a velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales al momento de la expedición de las normas jurídicas.

En la actualidad y realidad ecuatoriana la norma fundamental que ampara el nuevo concepto de los derechos fundamentales y consecuentemente ha reconocido la función garantista del Estado se centra en los principios y derechos; entonces, correlativamente las garantías normativas conforme lo establece nuestra Constitución se adecuan perfectamente a la necesidad de establecer garantías frente a la actividad de cada una de las funciones del Estado, no únicamente a la función legislativa como comúnmente se considera. De este

modo, dichas garantías como ya se explicó en el desarrollo del presente capítulo, atribuyen a que todo órgano con potestad normativa tenga la obligación de “adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

Cabe indicar que al momento de crear una norma jurídica necesariamente la autoridad con potestad normativa debe limitar su contenido a lo que establezcan los derechos de las personas que se encuentra reconocidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues aunque parece que fuera repetitivo, en la práctica lastimosamente no se realiza este ejercicio, sobreentendiéndose que si la norma esta expedida es correcta y apegada a nuestro sistema, cuando resulta totalmente falso, de ahí el problema de la violación de derechos.

Dicho de otra manera, simplemente se pretende que las normas creadas por las autoridades públicas sean a través de un adecuado desarrollo de los derechos, en sujeción a los nuevos postulados de la concepción garantista del Estado, donde la Norma Suprema es la cúspide del ordenamiento jurídico y por tanto el principio de legalidad que era eje central en el derecho administrativo se convierte en una posibilidad de protección de los derechos fundamentales. De ahí que justamente las autoridades dotadas de potestad normativa tienen el deber y obligación de acatar la disposición constitucional y adecuar formal y materialmente las normas que atenten contra los derechos contemplados en la Norma Suprema.

Ahora bien, de lo analizado en el desarrollo de los dos primeros capítulos se puede enfatizar que el alcance de la obligación de los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente, se va identificando de acuerdo al ámbito de sus competencias, aplicando principios constitucionales como el de seguridad jurídica, la división de poderes, la jerarquía normativa y el principio pro legislatore.

Es importante cerrar éste capítulo haciendo énfasis en la idea de la igualdad dentro de sus dos dimensiones: igualdad formal y material, en esta línea el autor José María Seco señala que “la primera se centra en el principio de igualdad ante la ley, al tiempo que se aleja de la praxis social (contingencia). La segunda cristaliza en las luchas sociales por la igualdad sustantiva o derechos sociales de las personas, particularmente en la segunda mitad del siglo

XX, que es cuando accedemos a una conciencia de universalidad y de humanidad, especialmente en lo que hace a los derechos de las personas (derechos humanos)".⁹⁸

Acertadamente, viene a ser un proceso histórico la evolución de la igualdad y sus dimensiones, que se ha pretendido explicar en el desarrollo de la presente tesis. Hacer hincapié en la diferencia entre la igualdad formal y material es completamente adecuado ya que si bien es cierto se debe tener un respeto a los procedimientos para la construcción de las normas, velando que éstas sean claras, públicas, justas, que sea emitida por autoridad competente, es decir que cumplan con todos los requisitos de forma esenciales para la debida construcción de la norma, es esencial principalmente la observancia de la supremacía constitucional.

Preocuparnos mucho más de la sustancia de las decisiones y sus fundamentos, contribuye a una democracia eficaz en la que todos los ciudadanos están sometidos por igual a los procedimientos de aplicación de las leyes, además de vincularse a los problemas y necesidades de las personas, pues necesariamente las dos vertientes formal y material deben complementarse recíprocamente, entendiendo a la igualdad como un deber normativo del Estado y no centrarnos únicamente en la igualdad ante la ley que es la parte formal.

En este mismo contexto, es importante acotar que el reconocimiento de la igualdad formal fue un punto de partida necesario, reduce el problema de la efectividad de los derechos a un planteamiento de eficiencia normativa; pero con el pasar del tiempo ha sido insuficiente, ante lo cual se ha pretendido dar mayor fuerza a la igualdad material que gracias al Constitucionalismo se adaptado en nuestro ordenamiento.

Una vez que se ha explicado estos avances históricos de la concepción de la igualdad formal y material, debo recalcar la importancia que da a mi trabajo, ya que busco a través de una visión garantista delimitar el alcance de la aplicación del artículo 84 de la Constitución, bajo el principio de legalidad y de seguridad jurídica. Pues, en la realidad ecuatoriana es difícil romper con concepciones tradicionales, tenemos una Constitución garantista de derechos por más de 10 años que ha dado fuerza a temas como este, que generan desde luego la consecución de la dignidad humana y el reconocimiento de los derechos. Por ello, que acertadamente se incorporé en la norma constitucional la obligatoriedad de que todo órgano

⁹⁸ José María Seco Martínez, *De la igualdad formal a la igualdad material. Derecho y libertades*. (España: Derechos y libertades No. 36, 2017), 60.

con potestad normativa tenga la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

Acertadamente, el legislador da una visión conjunta y no individualizada de lo formal y material pues la construcción de las normas buscan la igualdad de la ley, la protección de los derechos y el cumplimiento de los mismos, es decir que todos tengamos igual de condiciones que nos permita alcanzar nuestros fines.

Ahora bien, una vez que se ha podido explicar y analizar a través de los dos capítulos el proceso de constitucionalización, el principio de legalidad a plenitud y he considerado necesario dar mayor fuerza a mi trabajo con el análisis de sentencias jurisprudenciales que nos ayuden a comprender el alcance de la obligación de los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente sus normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución (artículo 84).

Capítulo tercero

La obligación de adecuar formal y materialmente la normativa a los derechos constitucionales: realidad y desafíos

3.1. Análisis de los fallos

En base a lo establecido en el artículo 84 de la Constitución ecuatoriana, en este capítulo se analizará dos sentencias constitucionales a través de las cuales se pretende ejemplificar algunos de los problemas que trae la inobservancia a la Norma Suprema y de la adecuación formal y material a la que todos los órganos con potestad normativa están obligados a sujetarse; así como las realidades y desafíos que devienen de ello.

El primer caso se trata de una acción de protección de acuerdo al artículo 88 de la Constitución y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cabe indicar que la jurisprudencia relacionada con el artículo 84 de la Constitución es escasa, por lo que se consideró relevante por un lado analizar una acción de protección en el que se realiza un control de derechos; y, por otro la acción de inconstitucionalidad en el que se realiza un control abstracto de acuerdo a lo señalado en el artículo 135 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Como consecuencia de este ejercicio de control e interpretación constitucional la Corte Constitucional a esbozar las características básicas que componen ésta disposición constitucional, aunque es evidente la necesidad de profundizar en su alcance.

3.1.1. Análisis de la Sentencia No. 081-14-SEP-CC dentro del Caso No. 1031-11-EP

Antecedentes:

El accionante interpuso acción de protección en contra de la Comandancia General de la Policía Nacional, pidiendo la reparación integral con la finalidad de ser reintegrado a la Policía y el pago de todas las remuneraciones que dejó de percibir a raíz del acto administrativo que concluyó con la baja de la institución, por mala conducta profesional establecida en el artículo 54 de la Ley de Personal de la Policía Nacional, la cual fue confirmada en apelación por el Consejo Superior de la Policía Nacional.

El Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha la rechazó y dicha decisión se confirmó en la apelación que fue resuelta por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

Cabe recalcar que a más del accionante, tres policías estuvieron en la misma situación, presentaron de igual manera acción de protección con un resultado positivo siendo reintegrados a la institución policial.

Una vez que la parte accionante, es decir el policía a quien se le rechazó en primera y segunda instancia la acción de protección, decidió presentar acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional a fin de que se respeten sus derechos y sea reintegrado a su trabajo como sucedió en el caso del resto de sus compañeros que a pesar de encontrarse bajo el mismo caso obtuvieron una sentencia favorable.

Los derechos vulnerados según el accionante fueron los siguientes:

- Igualdad;
- Seguridad jurídica y;
- Debido proceso.

Análisis del factor:

Bajo este contexto, el accionante solicitó que se deje sin efecto la sentencia expedida por los Jueces de la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, es decir se acepte la acción extraordinaria de protección presentada. Y en consecuencia se deje sin efecto y valor legal alguno la Resolución N° 2004-752-CCP, del 05 de agosto del 2004 dictada por el H. Consejo de Clases y Policías de la Policía Nacional⁹⁹, pidiendo el reintegro inmediato a la Institución Policial y consecuentemente el pago de todas las remuneraciones dejadas de percibir a raíz de la baja de la institución.

En consecuencia, la Corte Constitucional conoció la acción extraordinaria de protección y la admitió, declarando, por tanto:

⁹⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 081-14-SEP-CC dentro del Caso No. 1031-11-EP.

1. La vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso;

2. Aceptar la acción extraordinaria de protección propuesta;

3. Como medidas de reparación integral se dispone:

3.1. Dejar sin efecto la sentencia de segunda y última instancia emitida en acción de protección dictada por los jueces de la Primera Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

3.2. Disponer que, previo sorteo de ley, sea otra Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quien resuelva el recurso de apelación, observando las garantías del debido proceso y lo dispuesto en esta sentencia.

De la lectura de la sentencia es necesario realizar las siguientes puntualizaciones:

- Existe una única resolución (N.0 2004-752-CCP) con la cual se declaró la mala conducta profesional del accionante lo que trajo como consecuencia la baja policial de cuatro miembros de la institución por los mismos hechos. Se tiene un solo informe investigativo, lo que nos podría llevar a pensar que no existe motivo para que la justicia constitucional haya actuado de distinta forma para los casos. Esta argumentación no fue debidamente sustentada, identificando la existencia de la violación al derecho de igualdad, por esta razón mal se podría pronunciar la Corte, sin embargo, consecuentemente se dan violaciones a otros derechos como el debido proceso y seguridad jurídica.

En este contexto, la Corte Constitucional en relación al debido proceso manifiesta:

“(...) el debido proceso es el “axioma madre”, el generador del cual se desprende todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar. De esta manera, el debido proceso está integrado por varios subprincipios o subderechos que lo hacen efectivo. Algunos de ellos son el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes y el derecho a la defensa, el cual a su vez tiene varias garantías básicas que serán analizadas a la luz de la Constitución”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 035-12-SEP-CC, Caso 0338-10-EP, 08 de marzo de 2012.

Es así que violentar este principio afecta tanto a la institucionalidad del Estado y a su vez a la seguridad jurídica, por lo que debe ser observado en todos los procedimientos administrativos y tribunales.

- El accionante no tuvo un debido proceso al momento que fue dado de baja, si bien existió la resolución mencionada en el párrafo precedente, no se demuestra la posibilidad del afectado de ejercer su derecho a la defensa, lo cual nos lleva a pensar en esa desmedida sanción, causando así que todo el aparato de la justicia ordinaria y constitucional sea activado cuando en la realidad puede ser resuelto en sedes administrativas. Hay que recordar que el debido proceso es un principio constitucional que se debe respetar en todo procedimiento administrativo y va netamente apegado al principio de tutela judicial efectiva, que es la responsabilidad que tiene el Estado en permitir el goce a quienes activan el aparato judicial; con esto no quiere decir, que no se pueda utilizar la tutela procesal efectiva que engloba una protección tanto en la esfera de la justicia ordinaria como en la administrativa.

Además, es importante enfatizar que por norma constitucional en todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso.¹⁰¹

- En base a ello, también considero que el debido proceso está íntimamente ligado con el derecho a la seguridad jurídica, si se da la violación del uno estaríamos en la situación de una doble vulneración de derechos. Es así que autores como Luis Enrique Berrocal señala que el debido proceso puede entenderse en doble sentido:

“(…) uno formal, restringido, constituido por el conjunto de procedimientos, acciones, recursos, trámites, ejercicio técnico de la defensa y el otro sustancial como garantía de orden, de seguridad, de justicia y en fin de respeto al principio de legalidad material”.¹⁰²

- Por otra parte, alegar razones de legalidad para rechazar garantías constitucionales no es procedente porque no permite la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, no

¹⁰¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76.- (...) 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

¹⁰² Luis Enrique Berrocal Guerrero, *Manual del Acto Administrativo*. (Bogotá: Ediciones del Profesional, 2009), 335.

podemos olvidar que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Es importante manifestar que en el caso analizado existió un acto administrativo que restringió los derechos al debido proceso e igualdad, teniendo el accionante que recurrir a la justicia constitucional a fin de que sus derechos sean reparados. Hay que recordar que todo acto debe estar debidamente motivado y sustentado de conformidad a la Norma Suprema y tramitado en base a los principios constitucionales.

Adicionalmente, se debe enfatizar que todo acto del poder público que esté sujeto a los principios de jerarquía, legalidad, seguridad jurídica y normativa podría tener como resultado que sus decisiones no vulneren derechos constitucionales o que el ciudadano que se sienta afectado tenga un debido proceso.

3.1.2. Análisis de la Sentencia No. 007-17-SIN-CC dentro del Caso No.0038-16-IN

Antecedentes:

La compañía “SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SETEL S.A.” presentó acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos, en virtud de la cual solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1,4, 5, 6, 8, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30,31,32,34,35 y 36 de la “Ordenanza Metropolitana que establece el Régimen Administrativo de Otorgamiento y Aplicación de la Licencia Metropolitana Urbanística de Utilización o Aprovechamiento del Espacio Público para la Instalación de Redes de Servicio LMU 40” del Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito.

Los accionantes alegan que a través de la ordenanza objeto de la presente acción, el Concejo Municipal del Distrito Metropolitano de Quito sobrepasó el uso de sus atribuciones y competencias exclusivas que le otorga la Constitución, inobservando de esta forma el artículo 226 de la Norma Suprema que establece:

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

Señalan además que la ordenanza impugnada utiliza como soporte legal al segundo inciso del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- que establece:

“(...) Las empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación.”

Los accionantes sostienen que el inciso tercero del artículo 425 de la Constitución de la República determina la jerarquía normativa en lo que se refiere al principio de competencia, es decir la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados, y en lo que respecta a la materia de comunicaciones y telecomunicaciones, la misma Norma Suprema en su artículo 261 numeral 10 manifiesta que el Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: "El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones..."; y que por ello la fijación y cobro de tasas por parte del GAD de Quito y su relación con el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones por utilización y ocupación del espacio aéreo y subsuelo que de competencia exclusiva del Estado central, carece de sustento constitucional y legal.

Afirmación que está en discusión pues acertadamente existen pronunciamientos¹⁰³ efectuados por la Corte Constitucional respecto a temas de competencia sobre el espectro radioeléctrico, el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones similares al caso en análisis.

Análisis del factor:

- El accionante solicita que efectivamente se declare la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos innumerados 1, 4, 5, 6, 8, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 34, 35 y 36 del título de la licencia metropolitana urbanística de utilización o aprovechamiento de espacio público para la instalación de redes de servicio - Imu 40 de la Ordenanza Municipal No. 22 del

¹⁰³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencias Nros. 007-15-SIN-CC y 008-15-SIN-CC.

Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro Oficial Suplemento 132 de 14 de abril del 2011.

Bajo el mismo contexto, el subprocurador del GAD de Quito sostiene que la Ordenanza Metropolitana No. 22, no contradice lo dispuesto en el artículo 264 de la Constitución de la República ni en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ya que no establece tasa alguna por el uso de espacio aéreo regional, provincial o municipal vinculada a transmisiones de redes de radiocomunicación o frecuencias del espectro radioeléctrico, las mismas que son competencia exclusiva del Estado Central.

De este modo, sostiene que la tasa está relacionada a la ocupación física y material del espacio público, que es exclusiva competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados de conformidad a lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 5 del mismo artículo 264 de la Constitución.

Asimismo, en el proceso existen terceros con interés en la causa que sostienen lo siguiente:

- La Procuraduría manifiesta que el Estado Central tendrá competencia exclusiva sobre el espectro radioeléctrico y el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones puertos y aeropuertos. Además de que el Estado en base a la Constitución se reserva el derecho de administrar, regular y gestionar los sectores estratégicos y dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos y establecerá su control y regulación dentro del cual se incluye telecomunicaciones.
- El Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información sostiene que los GADs deben sujetarse a las políticas y regulaciones que emita el ministerio del ramo y la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones de conformidad a las competencias atribuidas a cada una de las instituciones y señala que “observando lo previsto en el artículo 264 de la Constitución de la República, señala la compareciente, se establece claramente que los gobiernos municipales tienen como competencia regular el uso y la ocupación de suelo urbano y rural, siendo entonces de competencia exclusiva del Estado central, el aprovechamiento de redes aéreas para las prestación de los servicios de telecomunicaciones mediante la emisión de políticas y normas que regulen los techos para la fijación de tasas y

contribuciones por el uso y ocupación del suelo en redes aéreas, conforme lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 261 de la Norma Suprema, así como los artículos 313 y 314 de la norma *ibídem*.

Consecuentemente la Corte Constitucional señala:

- En varias ocasiones se ha manifestado sobre el hecho de que “si bien se establece el pago de una tasa por el uso del espacio aéreo municipal, esta versa solo para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, es decir, no opera para su funcionamiento; hay que aclarar que la tasa está limitada al uso material del espacio en el proceso de colocación de estructuras, postes y tendido de redes, en ningún momento justifica el cobro por el uso de determinado espacio, para efectos de la operación y funcionamiento de dichas estructuras”.
- El cobro de la tasa por el uso del espacio aéreo que tenga relación con el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones es de competencia exclusiva del Estado central y colige que los gobiernos municipales están autorizados para regular tasas por la ocupación que se haga del suelo ante la colocación o instalación de estructuras ubicadas en la vía pública, tales como postes o tendidos de redes de aquellos bienes que se encuentran sobre el suelo.
- El establecimiento de una tasa sobre los cables "por ocupación de espacio aéreo", cuando estén vinculados con transmisiones de redes de telecomunicaciones o frecuencias del espectro radioeléctrico, como lo establecen las disposiciones examinadas, contraviene la Constitución de la República, por no ser materia susceptible de regulación por aquel nivel de gobierno.
- El establecimiento de valores a ser cancelados por concepto del tendido de cables dentro de un régimen que es de competencia exclusiva del Estado central por parte de la municipalidad, implica una inobservancia del régimen de competencias establecido en la Constitución de la República y por tanto deviene en una extralimitación por parte del GAD de Quito, a través de la ordenanza.
- La regulación por el establecimiento de una tasa en el uso del subsuelo para el soterramiento de cables que tengan relación con el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones, al igual que lo que acontece con el espacio aéreo, no corresponde al GAD de Quito, sino únicamente al Estado central.

Y de lo anteriormente expuesto la Corte Constitucional declara: 1. Aceptar parcialmente la acción pública de inconstitucionalidad respecto a la "Ordenanza Metropolitana que establece el Régimen Administrativo de Otorgamiento y Aplicación de la Licencia Metropolitana Urbanística de Utilización o Aprovechamiento del Espacio Público para la Instalación de Redes De Servicio – LMU 40" se declara:

- a) La inconstitucionalidad de las palabras "aéreo" y "espacio aéreo", sobre los artículos innumerados 6, 25, 30, 31, 32 y 35.
- b) La inconstitucionalidad de la palabra "subsuelo" prevista en los artículos innumerados 5 literal d; 6 numeral 2; y, 25 numeral 1 literal c.
- c) La inconstitucionalidad de la palabra "cable", contenida en el artículo innumerado 25 numerales 1, 2 y 3.

Resulta importante destacar ciertas puntualizaciones de la presente acción de inconstitucionalidad:

- Considero que la Corte Constitucional es clara al enfatizar que nuestra Norma Suprema debe ser interpretada de manera sistemática, es decir debe ser observado por parte de todas las instituciones de manera obligatoria. Para el caso de análisis el régimen de competencias necesariamente su inobservancia recae en una extralimitación, de ello deviene justamente la importancia de comprender el texto constitucional.

En este sentido, con la creación de este tipo de acción se puede vigilar el cumplimiento de la Constitución y los derechos en las decisiones judiciales y en los actos normativos; además de que el principio de supremacía constitucional adquiere una efectividad evidente ya que a través del análisis que realiza la Corte Constitucional realiza de cierta forma una adecuación y compatibilidad de la norma a los preceptos constitucionales a fin de que respetar y garantizar la jerarquía de la Norma Suprema.

- También es esencial aclarar que el control abstracto de constitucionalidad busca justamente que todos los actos normativos y administrativos de carácter general guarden armonía con la Constitución con el objetivo de obtener armonía y coherencia del ordenamiento jurídico, evitando de este modo que las normas promulgadas ya sea por el legislador o por autoridad con potestad normativa se encuentren en contradicción con la Norma Suprema. Es

fundamental recordar que dicho control le corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional conforme lo establecido en el artículo 436 numeral 2 de la Carta Magna bajo un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Asimismo, a través del control de constitucionalidad de las normas se permite la tutela del derecho vulnerado y la depuración del ordenamiento jurídico, de esta manera el control de constitucionalidad viene a ser un elemento trascendental para garantizar la vigencia de la Constitución en un Estado.

En síntesis, en el marco del Estado Constitucional de derechos y justicia, al ser la Corte Constitucional la máxima instancia de interpretación y control de la Constitución tiene su mayor deber que consiste en interpretar la Constitución y de acuerdo al caso analizado conocer y resolver sobre acciones públicas de inconstitucionalidad ya sea por el fondo o por la forma, contra actos normativos expedidos por autoridades del Estado que tenga esa facultad.

Esta amplia competencia de la Corte recae en la posibilidad de declarar inconstitucional una norma y por tanto su invalidez, de acuerdo a lo determinado en el artículo 436. #2.

3.2. Realidades

En relación a lo establecido en el artículo 84 de la Constitución, las garantías constitucionales, denominadas normativas son los mecanismos de protección de los derechos constitucionales que han sido determinados por el constituyente y que van dirigidas a la Asamblea Nacional y a todo órgano o institución con potestad legislativa de acuerdo a la competencia otorgada por la propia Carta Magna.

Para el desarrollo normativo necesariamente debemos partir de dos aristas: lo formal y lo material. Es decir, por un lado, se debe adecuar toda norma en lo formal, que viene a ser el proceso como tal, es decir contar con la representación de actuación participativa de los órganos con potestad normativa; y, por otro lado, la adecuación material, que viene a ser justamente que la normativa debe estar acorde a los derechos constitucionales, lo cual ha sido explicado a lo largo del presente trabajo, al ser una realidad contemplada en nuestro ordenamiento. No obstante, el problema está en que a pesar de que la Constitución establece

la obligatoriedad por parte de los órganos con potestad normativa de adecuar formal y materialmente sus normas a los derechos contemplados en la Norma Suprema, resulta evidente que no existe mayor desarrollo sobre este tema, lo que nos genera ciertos problemas.

Por una parte, es necesario vislumbrar el verdadero alcance que tienen dichos órganos, es decir hasta donde llega su deber de adecuación a fin de que se cumpla con los preceptos constitucionales. Y, por otra parte, partiendo del principio de legalidad, debe sopesarse la posibilidad de modificar normas existentes violatorias de derechos constitucionales, cuando dentro de nuestro ordenamiento jurídico existe un bloque de legalidad y un bloque de constitucionalidad al que deben regirse los organismos competentes.

Si bien con el nuevo modelo constitucional la aplicación de los derechos es directa como lo señala la propia Constitución en su artículo 11 numeral 3, que de igual forma fue explicado en los anteriores capítulos, necesariamente se debe contar con el desarrollo normativo que permita una regulación de los derechos considerando claro está que no se puede restringir los mismos.

Bajo este contexto, las medidas de carácter normativo que se adoptarán estarán subordinadas a valores como: igualdad, seguridad, justicia, entre otros; y a su vez, responderán o se alinearán al principio de legalidad y jerarquía. Es decir, en caso que no se adecuen las normas a los derechos constitucionales se tendría que recurrir al organismo competente para resolverlo que es la Corte Constitucional a través de las diferentes acciones constitucionales. Además, es importante señalar que dicho organismo a través de sus sentencias ha determinado el alcance de las garantías normativas conforme el artículo 84 de la Constitución, ante lo cual manifiesta:

“(…) toda norma debe guardar conformidad con los preceptos constitucionales y con los instrumentos internacionales que reconozcan derechos. A fin de precautelar dicha conformidad, se estableció el control abstracto de constitucionalidad como aquel mecanismo por medio del cual, el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia efectúa un examen de las disposiciones jurídicas, a fin de determinar si estas se encuentran en armonía con el texto constitucional. Es decir, el control abstracto de constitucionalidad garantiza la coherencia y unidad normativa”.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 023-15-SIN-CC.

Efectivamente se pretende que con este control abstracto todos los actos normativos guarden armonía con el texto constitucional, evitando que las normas promulgadas por las autoridades públicas que ejercen la potestad normativa entren en contradicción con la Constitución. Es así que, a quien le corresponde expulsar una norma del ordenamiento jurídico cuando ésta se encuentre en contradicción con los preceptos constitucionales es indudablemente a la Corte Constitucional.

Este control abstracto de constitucionalidad está encaminado a la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que fortalecerá que se expulse dicha norma violatoria de derechos constitucionales del ordenamiento jurídico. Es decir, nuevamente se recalca la obligatoriedad que la Constitución ha plasmado para la Asamblea Nacional como para los órganos con potestad normativa de expedir sus normas y de adecuarlas a los derechos constitucionales.

3.3 Desafíos

Bajo el ideal del garantismo ecuatoriano, autores como Claudia Storini sostienen:

“Una de las problemáticas históricamente más debatidas en los ordenamientos en los que la Constitución tiene carácter normativo es el de ser o no aplicable por todos los órganos previsto por el mismo ordenamiento y, fundamentalmente, por los jueces –aplicación directa– o si, por el contrario, constituye solo un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a leyes –aplicación indirecta–. Se trata, en definitiva, de la problemática inherente a si la Constitución es o no en sí misma fuente del derecho (...)”.¹⁰⁵

En el Ecuador indudablemente tal discusión se ha mantenido a partir de la construcción de la Constitución de 2008, respecto de su aplicación directa por cualquier servidor público y jueces, lo cual no ha podido darse en la realidad¹⁰⁶. El sistema de eficacia

¹⁰⁵ Claudia Storini, *Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador*. (Quito: Revista de derecho, No. 14, UASB-ECUADOR/CEN, 2010), 115.

¹⁰⁶ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.-EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos

directa se traduce en que los jueces y, más en general, todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión.¹⁰⁷

Ahora bien, nos encontramos frente a una situación que sería un desafío en la realidad ecuatoriana, como lo manifiesta la autora, la escasa utilidad de estos preceptos podría definirse como una *petitio principii* del constituyente en tanto el contenido del artículo 84 plantea que cualquier órgano del Estado con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales; y asimismo admitir que la reforma de las leyes o de otras normas jurídicas puedan atentar contra los derechos reconocidos por la Constitución, implicaría desconocer la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes y de las otras normas jurídicas.¹⁰⁸

Acertadamente, la Corte Constitucional siendo el máximo órgano de control e interpretación constitucional bajo el principio de competencia debe dar a conocer sus fallos que involucren derechos constitucionales y que impliquen generalidad. Así también, todo órgano al momento de expedir las normas deberá observar el texto constitucional evitando el cometimiento de arbitrariedades que permitan la vulneración de los derechos.

De ahí, que resulta sumamente importante el empoderamiento de los órganos con potestad normativa en la Administración pública al momento de la construcción de las normas para su normal funcionamiento, comprendiendo que dicha facultad normativa que por norma constitucional se les ha otorgado es con la finalidad de que todo el sistema jurídico guarde total armonía y coherencia; aún con mayor razón cuando estamos bajo un sistema garantista en el que se han materializado cambios sustanciales como es el caso de la concepción de un derecho administrativo constitucionalizado donde a la par con el principio de legalidad necesariamente se debe observar la Norma Suprema, que rebasa la esfera de la convencionalidad en el marco de un Estado constitucional de derechos.

internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

¹⁰⁷ Luis María Díez-Picazo, *Constitución, Ley, Juez*. (Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional, No. 15, 1985), 9-23.

¹⁰⁸ Claudia Storini, *Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador*. (Quito: Revista de derecho, No. 14, UASB-ECUADOR/CEN, 2010), 119.

Acertadamente, de ello, deviene la necesidad de que la expedición de las normas salvaguarde la dimensión material y formal prevista en la Constitución, así el Estado, cumplirá uno de sus mayores deberes: prevenir arbitrariedades que permitan la vulneración de los derechos constitucionales. Un desafío esencial en el marco de la disposición constitucional del artículo 84 es lograr una adecuación formal y material de todas las normas a los derechos constitucionales, sin inclinar la balanza exclusivamente hacia su procedimiento de formación.

Por otra parte, esta potestad normativa podría reavivar la potestad exclusiva de la Corte Constitucional, único órgano en nuestro sistema jurídico con la atribución de declarar inconstitucional una norma que viole derechos constitucionales. Asimismo, nos encontramos frente a la situación de manejar y entender esta concepción de adecuar, de ahí surge de igual manera, la duda de identificar en la medida de lo posible cuanto se debe adecuar. Por lo que consecuentemente es necesario que el manejo de la Administración pública esté encaminada a un mayor desarrollo normativo a fin de tener actos normativos y leyes con mayor adecuación con los postulados de la Constitución.

Claro está, que la discusión no puede reducirse a que la única forma posible de garantizar la adaptación del contenido del texto constitucional radica en el control constitucional de la ley, ya que una concepción garantista debería traducirse en que todos los llamados a expedir normas, tengan que velar por el cumplimiento de las garantías normativas y consecuentemente observar la Constitución para la toma de sus decisiones. Podría decirse también que las garantías normativas contempladas en el artículo 84 de nuestra Constitución constituyen conlleva un reto trazado en un debate deliberativo en la construcción normativa tanto de su adecuación formal, como en el dimensionamiento de los derechos en la parte material, en el que necesariamente se debe delimitar en base al principio de competencia.

Entonces, estaremos preguntándonos en que contribuye dichas garantías normativas, si tenemos disposición expresa de aplicación directa de la constitución a fin de velar los derechos constitucionales, ante lo cual debo señalar que concuerdo plenamente con el autor Ramiro Ávila, quien establece que el desarrollo normativo puede ayudar significativamente para precisar el contenido de los derechos, aclarar los mecanismos de cumplimiento,

especificar las condiciones de plena satisfacción, destinar recursos progresivamente para su cabal disfrute, establecer normas procedimentales para garantizar su ejercicio.¹⁰⁹

Evidentemente las garantías normativas aseguran el cumplimiento cabal de los derechos fundamentales, que bajo el procedimiento normativo contemplado en el precepto constitucional 84 se pretende que toda norma se encuentre acorde a la Constitución, lo cual efectivamente debe ser así, no obstante en caso de que no sea así existen los canales legales que bajo el principio de competencia establecido debe seguirse, para ejemplificar, sí estamos frente a reformas constitucionales o legales el órgano en cargo es la Asamblea Nacional y sí se trata se casos de interpretación constitucional es la Corte Constitucional la llamada a resolver.

En este sentido, manteniendo coherencia con lo explicado en el desarrollo de la presente tesis, es esencial comprender el sentido y el alcance de una norma en su contexto en general y recordar que la Constitución detalla los mecanismos aplicables cuando se tiene una norma oscura o ambigua, es decir no se debe exagerar en la interpretación, sino regirnos principalmente a lo que establece el artículo 427 de la Norma Suprema, que señala como primera regla hermenéutica la literalidad del texto normativo. Y , claro delimitar o vislumbrar el alcance del artículo 84 nos lleva a la conclusión de que en todo caso simplemente se debe adecuar, es decir colocar las normas en el marco de la Constitución respetando los principios constitucionales, principalmente el de competencia, división de poderes, jerarquía normativa, seguridad jurídica, principio pro legislatore y el principio de interpretación.

¹⁰⁹ Ramiro Ávila Santamaría, *El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción legislativa de la Asamblea Nacional*. (Quito: Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina CAN-UASB, 2012), 15.

Conclusiones

1. En primer lugar, se debe tener presente el principio de interpretación integral de la Constitución en el sentido de que las normas no deben ser entendidas aisladamente, sino en su conjunto, de manera que se garantice la efectividad de todo el texto constitucional, entendido en sus dos dimensionales, tanto formal como material o sustancial. En breve, no se puede aplicar una norma inaplicando otra, entendiéndose que se debe garantizar el respeto a los derechos, pero sosteniendo un orden civilizado, en el cual necesariamente debemos contar con el principio de legalidad.

2. En este sentido, el artículo 84 de la Constitución debe ser comprendido y guardar relación primariamente con el artículo 11 de la Norma Suprema, que dispone que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Correlativamente, son relevantes las disposiciones consagradas en los artículos 226, 425 y 436 de la Norma Suprema que en su orden recogen los principios de legalidad, jerarquía normativa e interpretación exclusiva de la Constitución por parte de la Corte Constitucional.

Es decir, no podrían los administradores públicos aplicar directamente la Constitución sobre otras normas ya que se atentaría contra la seguridad jurídica y por ende al Estado constitucional de derechos y justicia, es así que necesariamente en la construcción de las normas se debe observar la Constitución, no obstante de ello bajo el principio de competencia las autoridades públicas deben tener fijado el camino de su actuación a fin de no cometer violaciones de derechos, caer en discrecionalidades e ilegalidades.

3. Si bien el principio de legalidad es el principio fundamental en el derecho administrativo, el proceso de constitucionalización dota de carácter normativo a todas las disposiciones que se encuentran en la Constitución. Estas disposiciones delimitan el alcance del artículo 84 de la Carta Magna, por lo que puede concluirse que la obligación de los administradores públicos de adecuar formal y materialmente el ejercicio de su potestad normativa a los derechos de la Constitución implica subordinarse de modo irrestricto a sus competencias constitucionales y legales, sujetarse al bloque legislativo mientras mantenga su presunción de constitucionalidad y vigilar que sus actos normativos se encuentren en

conformidad la Constitución y con el desarrollo jurisprudencial devenido del ejercicio interpretativo de la Corte Constitucional.

Bibliografía

- . Ecuador. 2008. Constitución de la República del Ecuador. Normativa. Registro Oficial 449, de 20 de octubre.
 - . Francia. 1789. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
 - . Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa No. 001-08-SI-CC, Resolución s/n. Suplemento del Registro Oficial 466.
 - Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 081-14-SEP-CC dentro del Caso No. 1031-11-EP.
 - Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No.007-17-SIN-CC dentro del Caso No. 0038-16-IN.
- Andrade U, Santiago, Grijalva Agustín y Storini, Claudia. 2009. La Nueva Constitución en el Ecuador. Estado, derecho e instituciones. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Arrieta, Vicente de Jesús. 2009. La Constitucionalización del derecho y su incidencia en Colombia. Colombia: Revista Pensamiento Americano.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2008. Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia en la Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Quito: Editor Ramiro Ávila, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2009. Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. México: UNAM.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2012. El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción legislativa de la Asamblea Nacional. Quito: UASB-DIGITAL.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. 2007. Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano. Quito: Fondo Editorial Andrade y Asociados.

- Berrocal Guerrero, Luis Enrique. 2009. *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Bobbio, Norberto. 1997. *La era de los derechos, en el Tercero ausente*. Madrid: Cátedra.
- Carbonell, Miguel. 2003. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, Miguel. 2008. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. México: UNAM.
- Cárdenas Gracia, Jaime. 2006. *Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico en Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. México: Editorial Limusa.
- Cassagne, Juan Carlos. 2009. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Cueva Carrión, Luis. 2009. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Díez-Picazo, Luis María. 1985. *Constitución, Ley, Juez*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 15.
- Estévez Araujo, José. 1990. *La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración*. *Barcelona anuario de filosofía del derecho* vii.
- Ferrajoli, Luigi. 2016. *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. 1998. *Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- García de Enterría, Eduardo. 2012. *Curso de Derecho Administrativo*. TII. Madrid: Ed. Civitas A.

- González García, Véase. 1980. Principio de legalidad tributaria en la Constitución de 1978”, Seis estudios sobre el derecho constitucional e internacional tributario. Madrid: Edersa.
- Islas Montes, Roberto. 2009. Sobre el principio de legalidad. Anuario de derecho constitucional latinoamericano: Montevideo.
- Jiménez Campos, Javier. 1999. *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, Hans. 1979. Teoría pura del derecho, 16a ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés. 2014. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externa de Colombia.
- Morales Tobar, Marco. 2011. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Moreno Cruz, Rodolfo. 2007. El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. lineamientos generales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Muñoz Machado, Santiago. 2006. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Iustel.
- Nava Gomar, Salvador O. 2003. El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia. México: UNAM.
- Neira, Edgar. 2004. Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común, en Asociación Escuela de Derecho PUCE, Libro Ruptura 47, Quito: AED.
- Pérez Portilla, Karla. 2005. Principio de igualdad: alcances y perspectivas. México: UNAM.
- Pérez Royo, Javier. 2016. Curso de Derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons.
- Pozzolo, Susana. 2010. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. El Canon Neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez. 2011. Los Derechos Fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. México: UNAM.
- Rodríguez, Libardo. 2009. La explicación histórica del derecho administrativo. México: UNAM.
- Santos Rodríguez, Jorge. 2006. La Transformación de la vinculación de la administración pública, *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Seco Martínez, José María. 2017. De la igualdad formal a la igualdad material. *Derecho y libertades*. Madrid: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.
- Storini, Claudia. 2010. Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador. *Revista de derecho*, No. 14, UASB-ECUADOR/CEN.QUITO.
- Suarez, Wilson Yesid. 2014. *La Constitucionalización del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Colombiana*. (Colombia: Javeriana, No. 129).
- Zavala Egas, Jorge. 2008. *La Agonía del Derecho*, Edino, Guayaquil.
- Zavala Egas, Jorge. 2011. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A.