



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**El procedimiento administrativo como institución jurídica y garantía
ciudadana de participación.**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Espinoza Peñafiel, Marco Antonio

DIRECTOR: Valdivieso Espinosa, Patricio Alberto, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO: NUEVA LOJA

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor

Patricio Alberto Valdivieso Espinosa

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría denominado “El procedimiento administrativo como institución jurídica y garanta ciudadana de participación”, realizado por: Espinoza Peñafiel Marco Antonio, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero del 2014.

f.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Espinoza Peñafiel Marco Antonio declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría denominado: El procedimiento administrativo como institución jurídica y garantía ciudadana de participación”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el. Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa Director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.

Autor: Espinoza Peñafiel Marco Antonio

Cédula Ciudadanía Nro. 1707761217

DEDICATORIA

Esta investigación la dedico a mi madre, quien desde la lavandería de un hospital ha luchado desde hace muchos años para que yo sea abogado y tenga una vida más desahogada; como ella decía: “estudia hijo para que no sufras como yo”; jamás terminaré de agradecerte madre.

Dedico también esta tesis a mi esposa, mujer sacrificada que ha debido soportarme en las circunstancias buenas y malas que en los matrimonios suceden y a mis hijos María Alejandra y Albin Willian, fuente de inspiración para no desmayar jamás.

Marco Antonio Espinoza Peñafiel

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja y a mi Director de Tesis Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Carátula	
Aprobación del Director de trabajo de fin de maestría	II
Declaración de autoría y cesión de derechos	III
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
Índice de contenidos	VI
Resumen	1
Abstract	2
Introducción	3
CAPÍTULO I	5
1.1. Fundamentos del Derecho Administrativo.	6
1.2. Fuentes del Derecho Administrativo.	8
1.3. El Gobierno y la Administración Pública.	14
1.4. La Personalidad de la Administración Pública	21
CAPÍTULO II	26
2.1. Consideraciones generales del procedimiento Administrativo.	27
2.2. Principios generales del procedimiento administrativo.	29
2.3. La Institución Jurídica.	38
2.4. Clases de Procedimientos.	40
CAPÍTULO III	43
3.1. Procedimiento Administrativo y garantía ciudadana.	44
3.2. Fundamentos Constitucionales de lo Contencioso Administrativo.	48
3.3. Partes Procesales y Legitimación Procesal.	59
3.4. Procedimiento Administrativo y participación ciudadana.	68
3.5. Breve análisis a la Ley Orgánica de Participación Ciudadana	82

3.6.	El procedimiento administrativo y la satisfacción del servicio público.	92
CAPÍTULO IV		103
4.1.	Análisis de resultados y contrastación de las hipótesis.	104
4.2.	Verificación de los objetivos	110
4.3.	Conclusiones.	111
4.4.	Recomendaciones.	115
Bibliografía		116

Resumen

El tema de la tesis es: El procedimiento administrativo como institución jurídica y garantía ciudadana de participación.

Ahora sabemos que el procedimiento administrativo es el camino o cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo. El procedimiento administrativo se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, la participación ciudadana es fundamental en la toma de decisiones del quehacer público de un país.

PALABRAS CLAVES: procedimiento, acto, garantía, participación, reclamar.

Abstract

The topic of the thesis is: The administrative procedure as a legal institution and guarantee citizen participation.

We now know that the administrative procedure is the formal channel for road or series of acts that administrative action for the realization of a particular purpose. The procedure is essentially to the issuance of an administrative act. The administrative procedure is configured as a guarantee of the citizen that the Administration will not act in an arbitrary and discretionary basis, citizen participation is critical in making decisions of public affairs of a country.

KEYWORDS: procedure, act, warranty, participation claim.

Introducción

Tema desarrollado: El procedimiento administrativo como institución jurídica y garantía ciudadana de participación.

Explicación de los capítulos.

En forma lógica he empezado por los Fundamentos del Derecho Administrativo, las fuentes del Derecho Administrativo, lo que es el Gobierno y la Administración Pública, y la Personalidad de la Administración Pública; en el capítulo segundo avancé a las consideraciones generales del procedimiento Administrativo, los principios generales del procedimiento administrativo, lo que es la institución jurídica y las clases de procedimientos. Con esto afiancé los conocimientos doctrinarios, para entrar en la parte de procedimientos, fundamentos, y propiamente la participación ciudadana como parte de este entorno de procedimiento administrativo; en el capítulo III desarrollé: procedimiento administrativo y garantía ciudadana, los fundamentos constitucionales de lo Contencioso Administrativo, las partes procesales y legitimación procesal, el procedimiento administrativo y participación ciudadana, un breve análisis a la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y los procedimientos que contiene sobre la participación y el procedimiento administrativo y la satisfacción del servicio público.

Respuesta al problema planteado.

Se fue desglosando entendiendo que el procedimiento es un cauce lógico que en el devenir humano se ha establecido para que las personas actúen bajo un principio de legalidad y del debido proceso; se esclareció la diferencia entre institución de una manera simple e institución jurídica, finalmente se profundizó en los nuevos mecanismos que la ley faculta para que el ciudadano no sea un mero espectador de lo que hacen las autoridades, sino el verdadero decisor de la cosa pública.

Importancia que tiene la investigación.

Laboro para una municipalidad y como todos sabemos poco a poco se van implementando los mecanismos ciudadanos que la Ley Orgánica de Participación Ciudadana nos facultan, para mí

como profesional fue un mayor crecimiento académico, mejoré al asesorarles de mejor manera al Alcalde, al Concejo Municipal y vengo siendo un facilitador eficaz para ir capacitando a la ciudadanía del cantón Cuyabeno, es decir todos hemos ganado.

Alcance de los objetivos y su cumplimiento.

El objetivo central fue: analizar lo que es el procedimiento administrativo como institución jurídica y garantía de participación ciudadana, los principios que rigen al procedimiento administrativo y la participación ciudadana y esto se cumplió a cabalidad ya que se determinó con precisión lo que es: una institución jurídica, lo que es el procedimiento administrativo, los principales principios que rigen al procedimiento administrativo, se determinó el nexo entre procedimiento administrativo y garantía ciudadana.

Facilidades u oportunidades, los inconvenientes o limitantes con los que se enfrentó en el desarrollo del Trabajo

No es el cantón Cuyabeno en el que resido 13 años el lugar ideal para hacer una tesis de maestría en leyes, no hay aún un distrito judicial, librerías jurídicas y excepto el Síndico Municipal, la abogada de la Junta de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes y mi persona somos los únicos 3 abogados en un cantón muy grande de territorio, pero que como expresé judicialmente no ha avanzado mucho, por eso: ha sido un reto, pero con la formación recibida en la UPTPL, y el apoyo de mi asesor de tesis lo he cumplido.

Metodología utilizada.

Utilicé los métodos inductivo, deductivo, el que más usé el ya que me permitió analizar, pormenorizar, determinar conceptos, proyectarme a lo que debe ser, o recomendar mejoras en el sistema; también usé el histórico ya que fue necesario analizar el origen del procedimiento administrativo, remontarnos al instante en que la humanidad necesito aplicar estos mecanismos, sabiendo que la norma, el procedimiento buscan: la seguridad, la paz, la protección evitando que el humano sea un ser que busque sólo la venganza privada.

CAPÍTULO I

1.1 Fundamentos del derecho administrativo

Empecemos por lo básico ¿qué es Derecho?: ¹La palabra derecho proviene del término latino *directum*, que significa “lo que está conforme a la regla”. El derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos en el seno de una sociedad.

“Derecho administrativo es aquella rama del Derecho público que se encarga de estudiar la organización y funciones de las instituciones del Estado, en especial, aquellas relativas al poder ejecutivo.”; por ende que es Derecho Público: la misma fuente nos dice:

“El Derecho público es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas (jurisdiccionales, administrativas, según la naturaleza del órgano que las ejerce) y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y de los órganos de la Administración pública entre sí. La característica del Derecho público, tal como lo señala el prestigioso autor jurídico Julio Rivera, es que sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes (es decir «no» pueden ser modificados por las partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, como sí ocurre en el Derecho privado). Son mandatos «irrenunciables y obligatorios», en virtud de ser mandatos en una relación de subordinación por el Estado (en ejercicio legítimo de su principio de imperio). La justificación es que regulan derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por toda la población.”

¹ <http://definicion.de/derecho/> en Fundamentos del Derecho cita que la base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter.

Morales Tobar en su obra *Manual de Derecho Procesal Administrativo* (2011) manifiesta que: “son reglamentos autónomos todos aquellos que se dictan sin que necesariamente exista una ley formal que así lo disponga”.

Enrique Rojas Franco en su obra: ²Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo es muy claro al indicar que: “el Derecho Público (árbol) y el Derecho Administrativo (rama). Este último es una rama específica y muy importante de aquel pero no lo agota. Así, forman parte del Derecho Público, las siguientes ramas: el Derecho Constitucional, el Derecho Municipal, el Derecho Financiero, el Derecho de la Función Pública, el Derecho Aeronáutico, la Contratación Pública, el Derecho Público de la Economía, el Derecho Ambiental, el Derecho Parlamentario, el Derecho Electoral, etc. Esas ramas tienen un origen o tronco común que son los principios iuspublicistas que los regulan, de ahí la gran diferencia que cualquiera de ellas tiene con otras ramas del Derecho Privado, a saber: Derecho Comercial, Derecho Civil, Derecho Laboral, etc.”, “...una norma privada tiene como únicos límites en cuanto a la consecución de sus fines, el orden público, las buenas costumbres y las normas prohibitivas en general, nada más. En otros términos, para el Derecho Privado es irrelevante si el contrato tuvo como fin el interés personal o psicológico del vendedor, el interés social de ayudar a un familiar pobre o el de enriquecerse con la venta.

Marco Morales Tobar nos dice: ³“El Derecho Administrativo, nace con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, como resultado de la limitación al poder del monarca y su estructuración tripartita. En ese mismo momento surgió la necesidad de la existencia de un Derecho para poner límites al poder y lo que es más, para evitar la posibilidad de la arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad, a esta limitación que el poder de la autoridad tiene, con referencia al derecho, es lo que se ha dado en denominar de manera general principio de legalidad.”

Efraín Pérez ⁴ en su obra Derecho Administrativo define al Estado como la conjunción: territorio, población y gobierno, esto se traduce como manifiesta el autor en una “voluntad de trabajar en común”, es decir regresando al origen del ser humano por instinto de conservación tendemos o

² Rocas Franco (2007) en su obra Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo señala que se debe establecer diferencias entre Derecho Público y Derecho Administrativo

³ Morales Tobar en su obra Manual de Derecho Procesal Administrativo (2011) manifiesta que: “son reglamentos autónomos todos aquellos que se dictan sin que necesariamente exista una ley formal que así lo disponga”.

⁴ Estado es la conjunción: territorio, población y gobierno, esto se traduce en una “voluntad de trabajar en común”. Pérez (2009) en su obra Derecho Administrativo 3ra Edición Actualizada.

queremos prolongar una existencia segura y en paz, de igual manera en su evolución creativa el autor toma el criterio de CARRÉ DE MALBERG y dice: “El Estado es la personificación de la Nación” o citando a BLUNCTCHLI “El Estado es la persona política organizada de la Nación ” CROSSMAN en cierto modo compara y deduce al manifestar: ““Nación ” y “Estado”, son dos aspectos del orden social moderno, y cada uno es ininteligible sin el otro. Un Estado debe poseer o crear una base de nacionalidad, y una nación debe someterse a cierta forma de control centralizado, si es que cualquiera de ambas organizaciones quiere perdurar”, D’ORS manifiesta: “la inexistencia de una realidad política similar al ‘Estado’ en el mundo romano”, Carl Schmitt nos dice que el estado nace en el siglo XVI ya que ni los judíos, ni los faraones, ni Roma conocieron un verdadero Estado.

El pensamiento de BURDEAU se resume en que: “...los hombres han inventado el Estado para no obedecer a los hombres. Lo han hecho la sede y el apoyo del poder del cual ellos experimentan su necesidad y el peso todos los días, pero que, desde que se imputa al Estado, les permite someterse a una autoridad a la que saben ineluctable, sin estar sujetos, no obstante a voluntades humanas”; reflexionando, que llamativo se lee lo que el pensador manifiesta ya que pensamos que el estado se ha formado para obedecer, pero ya entendiendo correctamente lo que se busca es acatar la ley, y a las autoridades establecidas y no someteros al arbitrio o pareceres de uno u otro.

1.2. Fuentes del derecho administrativo

1.2.1. La Constitución.

Enrique Rojas Franco (Derecho Administrativo – página 102) dice: “...la Constitución Política tiene un carácter de “super legalidad” concepto expresado por André HAURIUO, para quien la Constitución se encuentra en el interior del ordenamiento jurídico, más allá de las leyes, a las cuales puede derogar y aquellas deben plegarse a sus órdenes. La Constitución como fuente suprema del poder administrativo es a la vez el sustento de su legalidad. De ahí su importancia como fuente normativa”

La Constitución como norma superior busca restringir el poder al soberano, las primeras fueron declaraciones de derechos como la Convención del Estado de Virginia de 1776, en las

constituciones modernas se contempla dos partes: 1) la dogmática, contiene derechos fundamentales y las libertades públicas, 2) la orgánica que describe la estructura política del Estado, establece funciones y los órganos con sus atribuciones y deberes, ⁵por cierto nuestra constitución no sigue en continuidad con estas dos partes, además desde 1845 añade una parte que versa sobre la superioridad sobre otros cuerpos legales; a tomar en cuenta algo que debe ser fiel precepto doctrinario: “con independencia de las doctrinas sociológicas y políticas, en los hechos concretos, la acción del Estado se desenvuelve jurídicamente. Las relaciones con el Estado no se realizan con el Estado “sociológico” o “político” sino con la persona jurídica del Estado.”.

1.2.2. Las normas legales

Estas normas le siguen en importancia a la constitución, requieren ser aprobadas conforme el trámite establecido en la Constitución, esto se rompe cuando el orden constitucional es vulnerado por una dictadura, que gobierna mediante decretos supremos, a tomar en cuenta que desde 1998 se categorizó a unas leyes como orgánicas para diferenciarlas de las ordinarias, las leyes orgánicas regulan la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución, derechos y garantías constitucionales, Gobiernos autónomos descentralizados, relativas al régimen de partidos políticos y sistema electoral, las leyes orgánicas requieren mayoría absoluta para su aprobación.

Los tratados legalmente ratificados por el Estado, una vez aprobados tienen fuerza de ley. No pueden reformarse por la Asamblea Nacional sin consentimiento de las demás partes contratantes; las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones no necesitan aprobación del legislativo o ejecutivo para entrar en vigencia en el Ecuador.

La Constitución acierta al denominar: acuerdos o resoluciones a los pronunciamientos de la Asamblea Nacional que no requieren de la expedición de una ley

⁵ “El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable”. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Rocas en su obra Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo (2007).

1.2.3. Las normas administrativas

Efraín Pérez (página 91): "...⁶la doctrina es unánime en declarar que son temas propios y exclusivos de la Función Legislativa los relacionados con la libertad, incluyendo la tipificación de penas y delitos (nulle pena, nulle crime sine lege), la propiedad, la tributación, el control de los presupuestos públicos y la ratificación de los tratados internacionales, a pesar de que los empréstitos extranjeros, siendo en rigor también convenios internacionales, no requieren de esta aprobación, lo que parece una medida conveniente".

1.2.4. Reglamento y acto administrativo

ENTRENA CUESTA: "Nada se opone, por tanto, a que consideremos como acto administrativo todo acto de la Administración sujeto al Derecho Administrativo, y por ello también el reglamento" aun cuando el mismo autor aclara que hay que distinguir entre los actos administrativos normativos y los que no contienen normas jurídicas ya que existen diferencia entre ellos; CANASI define al acto administrativo como "un acto voluntario del poder público, dentro de la esfera de su competencia, que tiene por objeto crear una relación jurídica exorbitante del derecho privado"; DROMI: "El principio general es que nada se escapa a la fuerza de la ley, a la posibilidad de ser legislado.

1.2.5. Reglamentos de ejecución.

Los dicta el Presidente de la República, para la aplicación de una ley, este no altera los preceptos constitucionales y legales, revisando el sitio web http://www.legalmania.com.ar/derecho/reglamentos_administrativos.htm, es digno de resaltar en un resumen que los reglamentos de ejecución mantienen una ligazón directa con la norma que reglamentan -sin perjuicio de que también se encuentran vinculados con el resto del ordenamiento de mayor jerarquía normativa; retomando a Efraín Pérez sabemos que el reglamento de ejecución no puede alterar los preceptos constitucionales y legales. "Esto se

⁶ Pérez (2009) En su Obra Derecho Administrativo señala que este es un criterio acogido desde la Constitución de 1998.

aplica con mayor fuerza a las normas de procedimiento interno que corresponde dictar a otros órganos de la Administración Pública”.

1.2.6. Reglamentos autónomos

Marco Morales Tobar en su obra: Manual de Derecho Procesal Administrativo manifiesta que: “..., son reglamentos autónomos todos aquellos que se dictan sin que necesariamente exista una ley formal que así lo disponga, es más, en el actual Código Político, de modo directo se está dando potestad reglamentaria no sólo al Ejecutivo,, basta con mirar los artículos: 212 número 2; 219 número 6;”.

DROMI dice: ⁷“su emanación no depende de ley alguna y regula el servicio administrativo”, algo que dilucida nos dice GARCIA-TREVIJANO al indicar que los reglamentos se dictan en ejecución de la ley, mientras que los independientes se dictan para aplicación de la ley, en Ecuador la codificación constitucional de 1998 lo introdujo, antes el Presidente dictaba sólo aquellos de ejecución de una ley,

1.2.7. Reglamentación delegada.

Efraín Pérez remitiéndose a DROMI dice, se trata simplemente de un poder normativo conferido singularmente para el caso concreto por el órgano legislativo a favor del órgano ejecutivo, “La ley de habilitación debe ser citada expresamente en cada reglamento, determinando el contenido y la extensión de las facultades con que habilita al Ejecutivo, para impedir las delegaciones globales o indeterminadas. En síntesis, el contenido del reglamento debe estar previsto en la ley de habilitación”.

Sitioweb:http://www.diputados.gob.ar/secparl/icap/publicaciones/glosario/F/facultades_legislativas.html, “IX. El reglamento delegado: sus condiciones de validez y su jerarquía normativa El reglamento delegado, para ser válido, necesita respetar los límites materiales, temporales y de política legislativa establecidos en la ley delegante. A la vez, el reglamento delegado dictado por

⁷ Roberto Dromi (2006) enseña que los reglamentos organizan la función administrativa y por lo general no rigen ni regulan la actividad de los particulares ni terceros extraños a la Administración.

el Poder Ejecutivo debe ser refrendado por el Jefe de Gabinete y remitido a la Comisión Bicameral Permanente. El rango normativo de un reglamento delegado es el propio de una ley. Puede, por tanto, modificar y derogar a otra ley. La única a la que no puede modificar es a la ley delegante.....a) la delegación significa el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de facultades legislativas pertenecientes al Congreso; mientras que en la reglamentación, el Presidente ejerce facultades propias, otorgadas a él directamente por la Constitución...”.

1.2.8. Reglamentos de necesidad y urgencia.

Sitio web http://www.legalmania.com/derecho/reglamentos_administrativos.htm

“Reglamentos Administrativos” resumimos lo de mayor trascendencia:

“En los RA, el Poder Ejecutivo (y el resto de la Administración pública según corresponda) ejerce una competencia propia, como también lo hace al sancionar los RE, en algunos casos cumpliendo con el cometido que el legislador puede incluir en la ley, relativo al desarrollo de la misma. En los RD el PE ejerce una competencia transferida (en su ejercicio) por el legislador⁸. Pero en los reglamentos de necesidad y urgencia -que denominaremos "decretos" de necesidad y urgencia (DNU) para seguir con la terminología constitucional- ejerce una competencia que es del Congreso sin que este órgano superior de la Constitución lo haya autorizado previamente.-Sin duda la decisión del Poder Ejecutivo de sancionar un DNU es de naturaleza discrecional, no reglada, que no debe ser arbitraria. Los jueces no pueden juzgar acerca del contenido de una decisión discrecional, aunque si de su arbitrariedad.....V.-”.

Efraín Pérez nos da a conocer que la Constitución del 2008 retoma estos reglamentos, formaban parte de la potestad del Presidente según la Constitución de 1946, es interesante la diferenciación que hace notar entre los decretos leyes de urgencia económica y los proyectos de ley calificados como de urgencia en materia económica promulgados por el Presidente como

⁸ http://www.legalmania.com.ar/derecho/reglamentos_administrativos.htm se destaca que son atribuciones y deberes del Presidente o Presidenta de la República además de los que determine la ley: Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

decretos ley ya que estos primero debieron haberse remitido a la Asamblea, mientras que los decretos ley de urgencia económica los expide directamente el o la Presidenta de la República en caso de disolución de la Asamblea Nacional.

1.2.9. La deslegalización

El Congreso atribuye a la potestad reglamentaria del Ejecutivo la regulación sobre una materia determinada.

En el sitio web:⁹ <http://portaljuridico.lexnova.es/practica/JURIDICO/192691/que-es-la-dimension-pasiva-o-fuerza-pasiva-de-la-ley>, hallamos que: “La **fuerza pasiva de la ley**, en general, se reduce, pues, a una resistencia frente a las normas reglamentarias: las normas con fuerza de ley no son susceptibles de modificación o derogación por vía reglamentaria. Aunque esa resistencia puede vencerse o sortearse por la vía de la «deslegalización», en virtud de la cual una norma con rango de ley, por autorización de ella misma, o de otra posterior, pierde esa típica resistencia a la modificación,...”.

Retomando a Efraín Pérez que cita a GARCÍA DE ENTERRÍA define a la deslegalización como: “...la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración. A través del principio de *contrarius actus*, cuando una materia está regulada por una Ley se produce lo que hemos llamado más atrás una “congelación de rango” normativo que regula dicha materia, de modo que solo por otra Ley contraria podrá ser innovada dicha regulación. Una ley de deslegalización opera como “*contrarius actus*” de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos. De este modo, simples reglamentos podrán innovar y, por tanto, derogar, Leyes formales anteriores, operación que obviamente no sería posible si no existiese la Ley degradatoria previa.”; el ejemplo está cuando Pérez dice que: “La Constitución ecuatoriana vigente determina que “la creación de aranceles y la fijación de sus niveles son competencia exclusiva de la Función Ejecutiva”, lo que constituye

⁹ La deslegalización consiste en una privación o pérdida parcial de la resistencia a la modificación, de tal manera que, en lo sucesivo, la materia a la que se refiere la norma deslegalizada podrá ser regulada válidamente mediante normas reglamentarias. Tomado de <http://portaljuridico.lexnova.es>.

una excepción expresa de la reserva de ley en materia tributaria. Es una deslegalización para que el Ejecutivo regule mediante decretos ejecutivos los derechos arancelarios que, de otra manera, requerirían de una ley.”.

1.3. El gobierno y la administración pública.

¹⁰“El gobierno es, normalmente, la autoridad que dirige, controla y administra las instituciones del Estado el cual consiste en la conducción política general o ejercicio del poder del Estado. En ese sentido, habitualmente se entiende por tal al órgano (que puede estar formado por un presidente o primer ministro y un número variable de ministros) al que la Constitución o la norma fundamental de un Estado atribuye la función o poder ejecutivo, y que ejerce el poder político sobre una sociedad. También puede ser el órgano que dirige cualquier comunidad política. En términos amplios, el gobierno es aquella estructura que ejerce las diversas actividades estatales, denominadas comúnmente poderes del Estado (funciones del Estado). El gobierno, en sentido propio, tiende a identificarse con la actividad política. El gobierno no es lo mismo que el Estado, está vinculado a éste por el elemento poder. El gobierno pasa, cambia y se transforma, mientras que el Estado permanece idéntico. En ese sentido, el gobierno es el conjunto de los órganos directores de un Estado a través del cual se expresa el poder estatal, por medio del orden jurídico...”

Juan Carlos Benalcázar Guerrón en su obra Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano página 20 manifiesta: “...el bien común –fin del Estado- o el interés general, no se expresan en lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que se fundamentan en la atención a las exigencias y necesidades de las personas, jurídicamente expresadas en los derechos que le reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Un bien común con rostro humano, y no el Estado como fin último, es lo que caracteriza al Estado de derecho y las funciones y cometidos que debe cumplir.”; como vemos las personas somos el fin a atender y servir de la menor manera en forma prioritaria.

¹⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Gobierno>, y

http://es.wikipedia.org/wiki/Administraci%C3%B3n_p%C3%BAblica, encontramos: el Gobierno es aquella estructura que ejerce las diversas actividades estatales, denominadas comúnmente poderes del Estado.

“Administración Pública es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. Por su función, la Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político, satisfaciendo los intereses públicos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata. Se encuentra principalmente regulada por el poder ejecutivo y los organismos que están en contacto permanente con el mismo....Jurídicamente, el concepto de Administración Pública se usa más frecuentemente en sentido formal, el cual en palabras de Rafael Bielsa, no denota una persona jurídica, sino un organismo que realiza una actividad del Estado. En este sentido, si decimos "responsabilidad de la Administración" se quiere significar que el acto o hecho de la Administración es lo que responsabiliza al Estado. Así pues, en realidad es el Estado la parte en juicio, a ese título tiene la Administración Pública el privilegio de lo contencioso administrativo (Enrique Sibaja Núñez).

El modelo público de gestión de los asuntos de interés general se intenta sustituir por el modelo privado de gestión empresarial¹¹.... Hoy sabemos que la sociedad civil sólo genera igualdad, libertad, respeto a las personas, si se somete a las reglas y a las decisiones de un poder creado por ella misma para la realización de esos valores. Ese poder se califica de “público” no porque emane de un titular distinto del de la misma sociedad civil, “del pueblo español” como dice la Constitución, sino porque tiene una naturaleza diferente a la de los derechos y las obligaciones que vinculan a los ciudadanos entre sí. No es un poder creado por una red de derechos subjetivos sino un poder integrado por potestades que vinculan a los ciudadanos porque procede de las leyes que los ciudadanos se han dado. La Administración Pública moderna fue creada a partir del siglo XIX para asegurar la subsistencia de los hombres y su mayor libertad. Ya en 1840 era común la idea de que “la Administración es la cadena que enlaza todas las partes del Estado” y a ella le corresponde “removerlos obstáculos que la intolerancia, los errores

¹¹ http://www.cuentayrazon.org/revista/pdf/138/Num138_010.pdf, consta el artículo Una Administración Pública para el siglo XXI de FERNANDO SÁINZ MORENO catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Letrado de las Cortes, las principales ideas de lo que él catedrático sustenta son: “la configuración de la Administración Pública o, lo que es lo mismo, del poder público personificado para la realización de los fines que justifican la existencia del Estado, está sometida a un proceso de transformación interna.

y los hábitos envejecidos oponen a la rápida comunicación de las luces” (José CANGA ARGÜELLES, Voz “Administración Pública” del Suplemento al Diccionario de Hacienda”). Y ciento cincuenta años después, nuestra Constitución sigue diciendo lo mismo, casi con las mismas palabras: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (artículo 9.3 CE). Remover obstáculos y crear condiciones para asegurar la subsistencia y la realidad más efectiva posible de la libertad y de los derechos de los ciudadanos han sido y son tareas fundamentales de la Administración Pública moderna desde que existe, tanto en el siglo XIX como en el siglo XX... en la sociedad actual, en el mundo en el que vivimos, la Administración tiene un valor propio, un valor integrador, vertebrador: La sociedad, está organizada en torno a las Administraciones que ella misma crea, Administraciones locales, regionales, estatales y, ahora también, supraestatales. Son organizaciones que ayudan a mantener la identidad de los pueblos, a conservar su memoria histórica y su experiencia, y a condensar y racionalizar el poder que necesitan para el desarrollo de su vida cotidiana y para afrontar las situaciones difíciles....La empresa privada se rige por la libre competencia, sus decisiones se adoptan por quien es dueño de su capital, la propiedad de ese capital puede transmitirse hereditariamente, rige el secreto mercantil, está sujeta a las leyes del mercado y no al principio de continuidad “pese al mercado”, de tal modo que si no es rentable económicamente desaparece. En cambio, la Administración Pública es una organización al servicio de la política. Es el instrumento del que disponen aquellos que han accedido democráticamente al poder para realizar los programas que sirvieron de base a su elección. ...”.

En nuestro sistema institucional y conforme el tratadista Efraín Pérez el Estado se entendería integrado por el conjunto de las funciones: Legislativa, Ejecutiva, Judicial, de Transparencia y Control Social y Electoral; el poder Ejecutivo resultaría conformado por el Gobierno Central, la Administración del Estado, la Administración Pública institucional y el Gobierno y la Administración Pública seccional.

1.3.1. Presidente y Vicepresidente de la República.

El poder ejecutivo y federativo, forman parte de las facultades del Presidente de la República según nuestra norma suprema, colegislador, ejecutor de las leyes, jefe del Estado, jefe del

Gobierno y Jefe de la Administración Pública, conductor de la política internacional en su calidad de jefe del Estado, representante legal extrajudicial de la persona jurídica Estado, comandante en jefe de las Fuerzas Armadas y Policía, aun cuando el representante judicial es el Procurador General del Estado.

1.3.2. Vicepresidente de la república.

Reemplaza al Presidente de la República en caso de falta definitiva o temporal de este, al presidente en la práctica le permite entregarle áreas de actividad al Vicepresidente de la República, la Vice Presidencia no tiene personalidad jurídica.

1.3.3. Los Ministros de estado.

Los Ministerios de Estado son los fijados por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, este no fija en forma expresa las funciones de los Ministerios de Estado, la Constitución y la Ley de Modernización delegan al Ejecutivo la determinación de las competencias en la Administración Pública.

1.3.4. El gabinete

Es la reunión de los Ministros de Estado presididos por el Presidente de la República, es el órgano asesor del Presidente de la República.

1.3.5. Los frentes.

Los relaciona a la seguridad nacional, hay frentes: 1) externo: Ministerio de Relaciones Exteriores. 2) interno: Ministerios de Gobierno y Policía, Educación Pública y Deportes, Trabajo y Acción Social, y Salud Pública; 3) económico: Ministerios de Finanzas, Recursos Naturales y Energéticos, Agricultura y Ganadería, Comercio, Industrias e Integración, y Obras Públicas y Comunicaciones; y 4) militar: Ministerio de Defensa Nacional y el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.

1.3.6. Cuerpos colegiados.

No son precisamente dependencias o unidades administrativas al interior de la Administración Pública, sino el conjunto de funcionarios públicos o representantes de sectores privados, los cuerpos colegiados son parte de la administración pública; los de más alto nivel son asesores

del Ejecutivo: Directorio del Banco Central, Junta Bancaria y Consejo de Seguridad Nacional, a 1977 habían 150 cuerpos colegiados, entendiendo esto ahora debe haber más entre activos e inactivos, aparecen actualmente consejos de regulación y control como la Super Intendencia de Telecomunicaciones y el Consejo Nacional de Telecomunicaciones pero estos se diferencian en que las entidades reguladoras tienen personalidad jurídica de derecho público, mientras que los cuerpos colegiados propiamente dichos carecen de personalidad jurídica.

1.3.7. Dependencias públicas.

Se aplica a todas las unidades administrativas que dependen jerárquicamente del Ejecutivo, incluyendo ministerios y las oficinas que configuran las entidades públicas.

1.3.8. Consejos.

Devienen de las 2 nuevas funciones de Transparencia y Control Social y la Función Electoral , cuyos órganos son: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y el Consejo Nacional Electoral, en el ejecutivo hay los Consejos Nacionales para la Igualdad, así como el Consejo Nacional de Planificación, ente rector, e integrado por los Consejos de Planificación de los GAD; los Consejos Provinciales y los Consejos Regionales como parte de los GAD, el Consejo de Gobierno como órgano de régimen especial en Galápagos.

1.3.9. Entidades públicas.

Son persona jurídicas de Derecho Público establecidas para cumplir los fines del Estado, funcionan con un Directorio y presupuesto propio, están sujetas a la tutela del Estado; se clasifican en autónomas o adscritas; ejemplos: Instituto de Desarrollo Agrario, Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Comisión de Estudios para el Desarrollo de la Cuenca del Guayas CEDEGE, Corporación Financiera Nacional.

1.3.10. Entidades financieras.

Son el Banco Central del Ecuador, Banco Nacional de Fomento, Corporación Financiera Nacional, Banco del estado, Junta Nacional de la Vivienda, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, Super Intendencia de Bancos.

1.3.11. Empresas públicas.

Se parecen en su fundamento jurídico a las entidades públicas, salvo que en su presupuesto incluyen una partida de ingresos denominada “ingresos de la actividad empresarial”, de todas maneras si queremos hallar alguna diferencia entre una u otra la hallaremos en la finalidad de la empresa pública, que es de producir bienes para el mercado, y en las propias leyes que le rigen.

La Constitución vigente, asigna a estas: la gestión de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas; el control y administración de las empresas públicas nacionales son de competencia del gobierno central y pueden participar como accionistas de empresas mixtas. También existen empresas cuyos capitales pertenecen al Estado, pero que están sometidas al régimen de derecho privado establecido en la Ley de Compañías, pero éstas no se deben considerar como empresas públicas ya que no están sometidas al derecho público sino al derecho privado, su denominación apropiada es: compañías mixtas, la denominación genérica para estas compañías y para las empresas públicas es de: “empresas estatales”.

Efraín Pérez, citando el Of. PGE 06434 de 15 de septiembre de 1993 dice: “El hecho de que las Empresas Eléctricas a las que se refiere la consulta, constituidas al amparo de la Ley de Compañías están enumeradas en el Catastro de las entidades y organismos del sector público, no implica cambio en la naturaleza jurídica de las mismas, como lo evidencia, sin lugar a equívocos, la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.....Se concluye por tanto que las Empresas Eléctricas del país, no se hallan comprendidas dentro del ámbito de la Ley de Presupuestos del Sector Público.”.

1.3.12. Organismos del estado.

Son los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, así como los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias.

Resumiendo a Juan Carlos Benalcázar Guerrón en su obra Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, página 22 manifiesta que: la división de poderes tiene una fuente, la Constitución, que se traduce en una garantía para los ciudadanos, la división de funciones se entiende para

evitar la concentración de poder, “el poder debe contener al poder” el poder absoluto lleva al capricho, en la pagina 23: encontramos que cita a Germán Bidart Campos: “Cuando el poder en relación con los hombres se ejerce respetando la dignidad, libertad y derechos de la persona humana, tenemos la democracia como forma de estado, o sea, un modo de ejercer el poder que da forma y estructura al estado mismo, al régimen político en sí mismo. ¹²El Estado es democrático cuando el hombre queda situado dentro de la comunidad política en una forma de convivencia libre, que asegura su dignidad, su libertad y sus derechos individuales....”.

Esta tesis tiene como referente la garantía ciudadana de participación, Juan Carlos Benalcázar Guerrón es claro al decir: “...los principios democráticos incorporan, ineludiblemente, la posibilidad de control de los actos del poder público, pues a través de la participación ciudadana se aprueba o reprueba las actuaciones de los gobernantes y autoridades. Este aspecto es trascendental en un auténtico Estado de derecho, en donde la fiscalización de los actos producidos en ejercicio de las funciones públicas constituye el antídoto de la arbitrariedad y el freno al abuso de la autoridad....”

1.3.13. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados y los Regímenes Especiales.

Los Municipios son puntal y poder en el país, buena parte de sus rentas las reciben del Ministerio de Finanzas, pero el municipio no posee el “imperium” originario sino derivado del Estado, sus derechos de soberanía no son originarios, su territorio es a su vez territorio del Estado, su poder, súbditos, está sometido al del Estado.

Lo componen las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales, los consejos regionales y circunscripciones territoriales indígenas o afro ecuatorianas; su autonomía política, administrativa y financiera depende de condicionamientos, es decir no es plena; ejemplo su autonomía política está condicionada a la expedición de leyes variadas, así como al plan de desarrollo que implante la SENPLADES, el Gobierno de Galápagos según Efraín Pérez “parecería carecer propiamente de autonomía, ni administrativa ni, menos aún, autonomía política”.

¹² German BIDART CAMPOS, Lecciones elementales de la política, 10ma edición, Buenos Aires, 2000. El estado es democrático cuando su poder, en relación con los hombres que forman su población, se ejerce en forma respetuosa de aquella situación personal debida al hombre por imperio de la justicia.

Efraín Pérez dice, página 206: “apropiadamente se denomina actualmente a las municipalidades, distritos metropolitanos, los consejos provinciales y las juntas parroquiales, “gobiernos autónomo descentralizados” por su característica de constituir personas jurídicas de derecho público y por la asignación de competencias exclusivas, sin perjuicio de las denominadas competencias concurrentes y de las propias que le asignan sus leyes orgánicas.”; los municipios pueden crear tasas y contribuciones especiales de mejoras, mas no otro tipo de normativa tributaria local o siquiera de manejo concurrente de recaudación tributaria.

1.3.14. La función pública y la burocracia estatal.

Maneja el Presidente a través de la burocracia estatal; con las herramientas legales que son la Constitución, la Ley Orgánica de Servicio Público, el Código del Trabajo, como normas primigenias.

1.3.15. La iglesia católica.

Efraín Pérez toma en cuenta al eminente juriconsulto ecuatoriano LARREA HOLGUÍN, “la personalidad jurídica de la Iglesia participa de la categoría de derechos de las públicas y privadas, y constituye una categoría especial, de personas jurídicas que se pueden llamar “eclesiásticas”, de “derecho especial”. Se debe concordar con la propuesta de este último autor, de que, por haber desaparecido la antigua definición constitucional de “persona jurídica de derecho privado con finalidad social o pública”, se aplique este término para definir la caracterización jurídica de la Iglesia Católica en el Ecuador”.

1.4. La personalidad de la administración pública.

El artículo 40 del Código Civil Ecuatoriano declara que: “Las personas son naturales o jurídicas”, el artículo 564 del cuerpo legal citado manifiesta: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”, quién crea estas ficciones: Efraín Pérez cita a Laurent, página 150, “sólo el legislador puede crear personas civiles”, LARREA página 151 de la misma obra dice: “...la expresión “persona jurídica” se usa con mayor propiedad para designar a la persona moral ya encuadrada en el ámbito específico del derecho, es decir en cuanto sujeto positivo de derechos y obligaciones”.

En la Obra del Dr. Marco Morales pág. 67 cita a Allan r. Brewer- Carías al referirse al Estado dice: “no es un sujeto de derechos y obligaciones pues no es una persona jurídica, sino que en realidad lo conforman un conjunto de personas jurídicas estatales en cambio, en el ámbito del derecho interno del Estado, como tal, no es un solo sujeto de derecho o persona jurídica, sino que en realidad es un conjunto de personas jurídicas estatales que resultan del sistema constitucional que se ha establecido para la distribución territorial del poder público (personas jurídicas estatales)”.

Efraín Pérez cita y comenta a FUEYO páginas 154 y 155 y dice: “ ...es frecuente asimilar los conceptos de personalidad y capacidad jurídica o de goce; sin embargo, precisa: “personalidad es cualidad o aptitud, y capacidad de goce es medida de esa aptitud”. De ahí que manifiesta que la personalidad no admite grado (simplemente se tiene o no se tiene), mientras que la capacidad sí (puede ser mayor de una persona a otra)”.

En el sitio web: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/institucionesbasicas-del-derecho-administrativo/lecciones-1/leccion-2>, hallé el artículo: LECCIÓN 2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA de José Vida Fernández Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid, lo más rescatable del artículo es: “La cuestión de la personalidad jurídica es el punto de partida necesario para responder qué son las Administraciones Públicas ya que la asignación de dicho atributo permitió su individualización en términos jurídicos dentro del entramado estatal y, por tanto, su identificación y definición. La teoría de la personalidad jurídica tiene su génesis en el Derecho Privado, si bien su aplicación en el ámbito del Derecho Público resultó determinante para el Derecho Administrativo cuya estructura y dinámica parten en la actualidad de la consideración de las Administraciones Públicas como sujetos de derecho. La aplicación de la teoría de la personalidad jurídica en el ámbito del Derecho Público tuvo lugar por la doctrina alemana a partir de mediados del siglo XIX que, partiendo de la pandectística iusprivatista, aceptó la configuración del Estado como persona jurídica, lo que contribuyó a modificar el propio concepto del Derecho Administrativo y sirvió de base para la construcción de un Derecho Público con entidad propia....Tanto las personas jurídico-privadas (una empresa o una asociación) como las personas jurídico-públicas (la Administración General del Estado, de una Comunidad Autónoma, o un Ayuntamiento) presentan, en abstracto, un sustrato similar ya que en ambos casos se trata de organizaciones, esto es, un conjunto de medios personales y

materiales dispuestos para un fin.....”; “Paradójicamente el Estado español no tiene expresamente reconocida personalidad jurídica, lo cual no significa que dicha figura carezca de relevancia jurídica. El Estado constituye una matriz o meta estructura que reúne a todos los poderes y órganos constitucionales, e integra la organización territorial del poder, y como tal goza de una presencia jurídica indiscutible y precisa, si bien no se manifiesta de manera directa e inmediata a través de relaciones jurídicas concretas (excepto en las relaciones internacionales)....”

En Ecuador hablamos de desconcentración, descentralización, el articulista español dice: “Por lo general, las Administraciones instrumentales suelen manifestarse como el resultado de una especie de desdoblamiento de la personalidad que experimentan las Administraciones primarias o territoriales producido por la necesidad de dar respuesta a tareas específicas. En efecto, la acumulación de funciones y actividades cada vez más complejas y especializadas en manos de la Administraciones Públicas motivó una “descentralización funcional”, esto es, una asignación de determinadas “funciones” a sujetos específicamente creados para ello fuera del “centro” originario que sería la Administración territorial correspondiente....Además, en el ámbito municipal se reproduce el fenómeno de la descentralización funcional en Administraciones instrumentales, es decir, organismos públicos dotados de personalidad jurídica propia especializados en la gestión de servicios públicos municipales”.

Efraín Pérez se remite a CARNELUTI, página 148, y dice: “la persona jurídica es el punto de encuentro del elemento económico con el elemento jurídico de la situación, cuyo estudio nos revela que en tal punto a menudo se encuentra no un hombre sólo, sino más de uno. Siendo la función de la persona la conjunción del hombre con los otros hombres no hay razón alguna por la cual la personalidad deba estar limitada al hombre individual”.

1.4.1. La personalidad jurídica de la administración pública.

El Jurisconsulto ecuatoriano Marco Morales nos indica que debe comprenderse a la Administración Pública como un complejo orgánico integrado por organismos con o sin personería jurídica pero si con personalidad jurídica que ejercen actividad administrativa, a tomar en cuenta el espectro del artículo 225 de la Constitución que esboza a la Administración

Pública Ecuatoriana; para los maestros españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández la Administración Pública es para el Derecho Administrativo una persona jurídica, personificación que constituye “el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine que non del Derecho Administrativo”.

Efraín Pérez página 152 cita a FERRARA quien dice: “jamás los hombres, con sus contratos y sus organizaciones de voluntad, podrán hacer nacer una persona jurídica”. El artículo 7 del ERJAFE regula: “Art. 7.- De la administración pública institucional.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.”.

La Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional en el fallo de 15 de octubre de 1998, gaceta judicial Año XCVIII: Serie XVI: No. 13. P. 3635, Quito, 15 de octubre de 1998 dice: “En nuestro sistema jurídico, las personas jurídicas pueden ser de dos clases: Las que pertenecen o corresponden al sector público; y, las que corresponden al sector privado. Las primeras son creadas por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, o para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, así como también nacen por acto legislativo seccional y con el propósito de prestar servicios públicos. Las segundas surgen de la voluntad de las personas naturales que se asocian con diversidad de propósitos y que reciben del Estado, a través de algún funcionario público, el reconocimiento correspondiente.”

En el sitio web: http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo1.pdf, IADA-I-8 INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO, rescatamos que: “...para obtener el criterio que permita diferenciar cuándo el ser humano ha actuado no ya como órgano de su propia persona jurídica, sino como órgano de la persona jurídica de la agrupación, en todas las asociaciones y corporaciones se crean “cargos” (office; ufficio; Amt) o “empleos,” disponiéndose

que sólo pueden actuar por la persona jurídica de la agrupación algunas personas físicas determinadas: las que desempeñan esos cargos; y dentro de un límite: el que no exceda de lo que pueda considerarse como ejercicio o desempeño de ese cargo. en estos casos, la persona jurídica actúa en el mundo físico sólo por intermedio de las personas físicas que ocupen tales cargos y sólo en cuanto haya un verdadero ejercicio del mismo; lo que ha hecho que en doctrina se aplique el término “órgano” no sólo a la persona física que actúa por la persona jurídica en su cargo, sino también al cargo mismo, en cuanto posición jurídicamente reglada e independiente de la persona física, que tiende a la realización de determinadas actividades (pFelFer, antonloll), o aún al conjunto de la función —individualizada— y el individuo humano (aleSSI, zanoBlnl); es decir, algunos autores llegan a considerar que el órgano es algo “complejo, que comprende a la vez el cúmulo de las funciones individualizadas y la o las personas llamadas a ejercerlas, que son el elemento que le da vida, voluntad, acción.” (SayaguéSlaSo)...”

Leyendo a Efraín Pérez analizamos la desestimación de la personalidad jurídica, página 158. “La Doctrina en Estados Unidos razona que es legítima la constitución de la persona jurídica para conseguir la limitación de la responsabilidad, y que, de hecho, tal es la principal finalidad de su establecimiento, y que esto se aplica inclusive en el caso de la existencia de un accionista mayoritario, virtualmente como dueño de la compañía. Mas, para tal efecto es necesario que se hayan cumplido los requisitos legales y que el financiamiento inicial sea suficientemente adecuado. Por otra parte no se admite que se establezca una persona jurídica para evadir obligaciones existentes o alguna norma legal, o para la comisión de engaños o fraudes...La posición de la jurisprudencia norteamericana en este sentido fue alegada en Ecuador, cuando una compañía petrolera extranjera, que había ganado una licitación, intentó firmar el contrato con el gobierno ecuatoriano, no ella misma, sino a través de una subsidiaria creada especialmente para el efecto. En este caso se alegó expresamente el enfoque de la jurisprudencia norteamericana. El fondo del asunto, sin embargo es que el oferente que gana la licitación o concurso de ofertas no se puede transferir ni ceder la ejecución del contrato a una tercera persona, por más vinculada que se encuentre con la adjudicataria.”

CAPÍTULO II

2.1. Consideraciones generales del procedimiento administrativo.

Definamos lo básico, ¿qué es procedimiento y qué es procedimiento administrativo?. En la web hallamos: ¹³“Un procedimiento es un conjunto de acciones u operaciones que tienen que realizarse de la misma forma, para obtener siempre el mismo resultado bajo las mismas circunstancias.... El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo. A diferencia de la actividad privada, la actuación pública requiere seguir unos cauces formales, más o menos estrictos, que constituyen la garantía de los ciudadanos en el doble sentido de que la actuación es conforme con el ordenamiento jurídico y que ésta puede ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos. El procedimiento administrativo se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo, procedimiento que por otra parte el administrado puede conocer y que por tanto no va a generar indefensión.

En el sitio web:

http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_el_procedimiento_administrativo.pdf, hallamos un artículo del Dr. Jorge Zavala Egas Profesor titular de Derecho Administrativo: “Fue Giuseppe CHIOVENDA (1872-1937), otrora profesor de la Universidad de Roma, quien expresara que «en el proceso» se desarrolla una actividad de los órganos públicos encaminada al ejercicio de una función estatal. Pues bien, decimos nosotros, aquí encontramos la diferencia conceptual entre procedimiento y proceso: el primero, consiste en esa actividad de los órganos públicos que se desarrolla «en el proceso», para ejercitar una función estatal; mientras que el concepto de proceso es más amplio dado que a ese conjunto de actos coordinados se vincula su finalidad. CARNELUTTI, quien junto al anterior mantuviera identidad de criterios, así como inocultables discrepancias, decía en la misma línea de pensamiento que se puede considerar el proceso como continente y el procedimiento como contenido. Fue, precisamente, este último quien comenzó a destruir los conceptos de proceso y procedimiento como exclusivos de la función judicial, es decir, que ambos son una actividad monopólica de

¹³ http://es.wikipedia.org/wiki/Procedimiento_administrativo; El Procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin.

ésta; sino que deben ser, los dos fenómenos jurídicos, comprendidos también en las dos funciones restantes del Estado, a saber: la legislativa y la ejecutiva. Es decir, todas las funciones del Estado se realizan por medio de procesos distintos que contienen diferentes procedimientos.... Ejemplifiquemos, los informes técnicos o la inspección de documentos son actos formales que se integran para configurar un proceso con prescindencia de cuál sea su contenido. Se integran con otros actos, precisamente, para configurar un proceso y así alcanzar la finalidad que persigue éste y concretar la función estatal que se trate, así, una ley, la legislativa; un acto administrativo, la ejecutiva o una sentencia, la judicial.”

“Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La idea común que en el proceso se constata es la de la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común: lo mismo que el Juez en su fallo, que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso. El procedimiento, como dijimos antes, es el contenido del proceso.”¹⁴“En el fondo, toda Administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo. Pero en sentido más riguroso y técnico se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente, cuando, por tanto, el camino que se recorre para llegar al acto constituye aplicación de una norma jurídica que determina, en mayor o menor grado, no solamente la meta, sino también el camino mismo y que por el objeto de su formación se nos ofrece como norma procesal...”

Según MERKL el procedimiento es una categoría de la Teoría General del Derecho y, por tanto, son simples especies de éste el procedimiento legislativo, el judicial o el administrativo. Todo procedimiento es el cauce o el camino que se encuentra regulado por el Derecho, o sea, jurídicamente trazado en forma previa o a priori, a través del cual se manifiesta una norma

¹⁴ “Adolfo MERKL en 1927. Estructuraba el procedimiento como un capítulo de la Teoría General del Derecho aplicable a todo obrar humano consciente.

superior en un nivel inferior concretándose en una norma de rango inferior o en un acto sin naturaleza normativa. Por ejemplo, el procedimiento legislativo es el modo de manifestarse la Constitución para producir la Ley (norma inferior), el procedimiento judicial lo es para producir la sentencia que es un acto normativo de aplicación, por tanto, subordinado a la Ley y el procedimiento administrativo que es el camino para generar un acto administrativo predeterminado por la Ley, puede ser no normativo como una sanción o uno normativo como es el reglamento. Así, el procedimiento administrativo es para el Derecho Administrativo el modo de producción de los actos administrativos...”

Marco Morales Tobar en su obra Manual de Derecho Procesal Administrativo, pagina 85 dice: “En fin de cuentas, debemos ver al procedimiento administrativo, como una garantía que tiene todo ciudadano para alcanzar de la administración pública en principio y luego de la función judicial o del constitucional, la tutela efectiva de sus derechos, esto en orden a que toda actividad del Estado, a través de cualquiera de sus funciones siempre ha de guardar apego y sujeción al principio de juridicidad, todo esto con arreglo a lo prescrito de forma general en el artículo 75 de la Norma primera del Estado.”, del mismo autor trasciende que el procedimiento es la actividad coordinada a un fin, el procedimiento es un conjunto de actos concatenados y yuxtapuestos, así mismo el procedimiento administrativo es considerado también como Justicia Administrativa. Este procedimiento administrativo no está demarcado en forma rigurosa, Ecuador es un ejemplo en el que no hay una normativa jurídica única que regule “a nivel de la administración del Estado los procedimientos administrativos;”.

No es común que los grandes jurisconsultos en su doctrina den ejemplos tan prácticos: pero en la obra del Dr. Marco Morales página 88 encontramos que cita a Roberto Dromi: “El procedimiento es en rigor respecto de la voluntad administrativa, lo que el acueducto al agua, el conducto por el que transita –en nuestro caso- en términos de Derecho, la actuación administrativa”.

2.2. Principios generales del procedimiento administrativo.

En el sitio web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>, LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO de Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA encontramos que:

“Los principios, “no son ‘reglas’ de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo”.

El Dr. Marco Morales Tobar detalla los principios compilados por Manuel María Díez y suma otros que contempla la doctrina:

2.2.1. Principio de legalidad objetiva.

En el sitio web: http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf encontramos que “.....de ese mismo principio general surge la necesidad de conferir una amplia oportunidad de defensa al administrado. Esto es un requisito constitucional exigido en los sistemas liberales en atención a la persona humana misma, es decir, al individuo; pero incluso prescindiendo de esa consideración, en cualquier régimen estatal —liberal, autoritario o despótico— se hace técnicamente necesario conferir la máxima oportunidad de defensa para asegurar la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la “legalidad objetiva.”, en efecto, sea el régimen jurídico general respetuoso de los derechos individuales o tiránico, el mismo sólo será aplicado correctamente si es posible reclamar adecuadamente en vía administrativa contra cualquier desvío o exceso en su ejecución diaria... es admisible hasta en el despotismo más absoluto o en el estado totalitario; la admite incluso un comandante militar...“finalmente, lo que tal vez sea más importante, la maquinaria para tramitar esas quejas no sólo lleva a fiscalizar la administración sino también a suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir la que nace del antojo personal de cada funcionario. La fiscalización tiene por objeto promover y lograr la regularidad en la administración...”.

“El principio de la legalidad objetiva es la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nivel constitucional y supranacional, por encima de los frecuentes desvaríos de la norma reglamentaria o del acto o comportamiento administrativo. Lo que se busca con este principio es la verdad material, el conocimiento de la realidad. No es posible que la administración se quede con el mero estudio de las actuaciones, sino que debe buscar los medios por los cuales, al momento del dictado de la decisión, se conozcan todas aquellas cuestiones que permitan el conocimiento exacto o lo más próximo a los hechos.” (Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t. 2. La defensa del usuario y del administrado, 6a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p. IX-8).

2.2.2. Principio de contradicción.

Marco Morales nos dice que este principio ¹⁵implica la garantía de la participación activa de los interesados en el desarrollo de todo el proceso en el que se ventilan sus derechos e intereses legítimos, imaginémosnos que el sistema judicial, administrativo actuará en forma unilateral sin el derecho de intervención, sería un caos totalitario. Este principio va de la mano con el de igualdad.

Enrique Rojas Franco en su obra Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo página 504 nos dice que. “El Principio de Contradictorio, ...es el que permite a los administrados interesados en un procedimiento administrativo, enfrentarse y contradecir las pretensiones de una parte. Por ejemplo, si existe mucho en actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.”

2.2.3. Principio de oficialidad.

Marco Morales Tobar en la obra ya referida, página 103 dice que: “..., la impulsión de oficio del procedimiento administrativo deviene del interés público que rige la relación Administración Pública-administrado, que desde luego trasciende sobre la esfera individual de derechos de los administrados cuya satisfacción de intereses legítimos constituye un solo cariz de su finalidad, que en esencia radica en la satisfacción del interés colectivo a través de la sujeción de las actuaciones de poder público al principio de juridicidad, lo que impone su obligación de agotar cuantas acciones estime convenientes a fin de dar contenido a los derechos de los administrados.”; “La actuación de los órganos administrativos no debe satisfacer simplemente un interés individual, sino también un interés colectivo y el propio interés administrativo; de allí que la inacción del particular no pueda determinar en ningún caso la paralización del procedimiento” (Manuel María Díez, Derecho Administrativo, Tomo V,p, 187).

¹⁵ Marco Morales Tobar en su obra Manual de Derecho Procesal Administrativo, Página 102; el principio de contradicción se apalanca con el principio de igualdad, en el sentido que resguarda que los mecanismos de los cuales el ordenamiento jurídico inviste a los administrados para hacer valer sus derechos, a fin de que los mismos efectivamente se cumplan sin ninguna restricción.

2.2.4. Principio de igualdad.

Este principio busca evitar discriminaciones de cualquier tipo, en relación, Constitución 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:....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. 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.”

En el sitio web: <http://www.gerencie.com/principio-de-igualdad-ante-la-ley.html> que se refiere a este principio encontramos que: “La igualdad ante la ley es principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas cualidades esenciales -comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad en sí misma, con independencia de factores accidentales como aquellos que a título de ejemplo enuncia el artículo transcrito, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Este, en el Estado de Derecho, es un conjunto armónico puesto en relación con la comunidad a la cual obliga y, en acatamiento al aludido principio, está llamado a procurar no tan solo una igualdad **formal** o de alcance puramente teórico en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que debe proyectarse al terreno de lo **real**, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de manifiesta inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana.

2.2.5. Principio de informalismo a favor del administrado.

Llamado también, “in dubio pro actione”; en el sitio web: <http://www.emagister.com/curso-procedimiento-administrativo-espana/procedimiento-administrativo>, encontramos que: “**Principio de IN DUBIO PRO ACTIONE**: Este principio postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable a ejercicio del derecho de acción, es decir en el sentido de asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por ello, en caso de duda ésta debe resolverse en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión.”

Este principio procura la superación de obstáculos de índole formal, dando prioridad se trate las cuestiones fundamentales para adoptar una resolución final.

En nuestro medio igual este principio guarda relación a rango Constitucional: “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica

o acto del poder público. Art. 426.- 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.”.

2.2.6. Principio de economía procesal.

Marco Morales Tobar nos dice que este principio se proyecta en los principios de simplificación, eficacia y celeridad, Enrique Rojas Franco al referirse a la celeridad y eficacia dice (página505): “...pretender impedir que se dicte una resolución espuria, precipitada, infundada, temeraria y al contrario, debe resolverse con prontitud y en forma eficaz, eficiente, cumplida, sin denegación, con respeto a los derechos subjetivos públicos e intereses legítimos y con estricto apego al ordenamiento jurídico”.

Marco Morales nos indica que este principio impone a la autoridad judicial o administrativa, la obligación de prever en los casos sometidos a su decisión, soluciones tendientes a lograr la conservación de los actos, subsanando sus defectos formales, o propendiendo a la unificación de expedientes homogéneos en un procedimiento sumario.

El artículo 142 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece: “Celeridad: 1.Se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo. 2. Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto.”

2.2.7. Principio de publicidad.

Involucra el principio de participación democrática del ciudadano en las actividades públicas y la rendición de cuentas de los servidores públicos que así deben hacerlo, Constitución de la

República: Art. 18.-Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información. Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:....17. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente. 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: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. Art. 95.-Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 4.- Principios de la participación.- La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. Art. 88.- Derecho ciudadano a la rendición de cuentas.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual o colectiva, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, y demás formas lícitas de organización, podrán solicitar una vez al año la rendición de cuentas a las instituciones públicas o privadas que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público, así como a los medios de comunicación social, siempre que tal rendición de cuentas no esté contemplada mediante otro procedimiento en la Constitución y las leyes.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública Art. 1.- Principio de Publicidad de la Información Pública.- El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

2.2.8. Principio de debido proceso.

En el sitio web:

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2580, encontramos el tema: El debido proceso en la doctrina, del Jurisconsulto ecuatoriano Dr. Miguel Hernández Terán de PROJUSTICIA, luego de leer el artículo resumimos lo más trascendente: “Ha existido desde el punto de vista de la doctrina, cierto debate en cuanto a cuál es la naturaleza jurídica del debido proceso. Algunos autores han llegado a mencionar que se trata de un principio general del derecho. El profesor John Rawls en su obra El Debido Proceso”. TEMIS. 1996, Página 4, expresa que es aquel “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en que circunstancias”. El prestigioso García de Enterría, al decir de Hoyos, se refiere al debido proceso como un concepto jurídico indeterminado. Otros hablan del debido proceso como un derecho cívico o fundamental. Karl Larenz, citado por Hoyos, según cita éste autor - página 5 - denomina al debido proceso como el principio de contradicción” o el principio de audiencia. En todo caso, la expresión original en inglés es “due process of law”.....Mario Madrid-Malo Garizábal, en la obra “Derechos Fundamentales”, Segunda Edición. Bogotá. 1997. 3R Editores, página 146 precisa: “El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem...”

Constitución de la República del Ecuador: “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 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. 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. 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. Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

2.3 La institución jurídica.

2.3.1.¿Qué es una institución jurídica?

En el sitio web: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/definicion-tipificacion-clasificaciones-379603>, dice: Las instituciones jurídicas: Las instituciones jurídicas constituyen el segundo de los elementos estructurales que, conforme la metodología realista por la que he optado, la ciencia del derecho debe estudiar....Bajo esta perspectiva debemos comenzar por advertir que con la misma palabra, institución, se expresan los dos significados que, en italiano, se especifican respectivamente con los términos istituto e istituzione. Este segundo corresponde al de institución que hallamos en Hauriou y en Renard. Aquél define: «institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder, se le procura los órganos necesarios y, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de una idea, se producen

manifestaciones de comunión dirigidas por órganos de poder y reglamentadas por procedimientos».

En el sitio web:

http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_el_procedimiento_administrativo.pdf El Dr. Jorge Zavala Egas Miembro de las Academias Ecuatorianas de Derecho Constitucional dice: “3. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.- La unidad del proceso se encuentra cuando lo concebimos a éste como una institución, según lo dijera certeramente Jaime GUASP. Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La idea común que en el proceso se constata es la de la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común: lo mismo que el Juez en su fallo, que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso. El procedimiento, como dijimos antes, es el contenido del proceso. En 1927 el maestro vienés Adolfo MERKL estructuraba el procedimiento como un capítulo de la Teoría General del Derecho aplicable a todo obrar humano consciente, puesto que éste siempre requiere de un camino y una meta. Y en el Derecho esto es indiscutible si constatamos que todas las funciones estatales y, en particular, todos los actos administrativos, son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos. En efecto, la ley es la meta que persigue el procedimiento legislativo, la sentencia el de naturaleza judicial y el acto administrativo el diseñado para ese efecto, esto es, el procedimiento administrativo. Agrega el autor: “En el fondo, toda Administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo. Pero en sentido más riguroso y técnico se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente, cuando, por tanto, el camino que se recorre para llegar al acto constituye aplicación de una norma jurídica que determina, en mayor o menor grado, no solamente la meta, sino también el camino mismo y que por el objeto de su formación se nos ofrece como norma procesal... Si nos mantenemos dentro de la división tripartita de funciones jurídicas en la legislación, justicia y administración, resultan tres grandes tipos de procedimientos y tres complejos de derecho procesal. El derecho procesal legislativo, que

constituye la parte principal del derecho constitucional, representa la suma de las reglas de producción de las leyes y de otros actos estatales de rango superior o idéntico que las leyes; derecho procesal judicial abarca la suma de las reglas de producción de los actos judiciales y, por último, el derecho procesal administrativo la suma de las reglas de producción de los actos administrativos...”. MERKL intenta construir una teoría del procedimiento independiente de las especificidades del legislativo, judicial o administrativo y, así, el procedimiento llega a constituirse en el camino, el cauce o la vía construidos por el Derecho antes de cualquier caso concreto, siguiendo los cuales una norma superior produce una norma de rango inferior o, también, un acto singular no constitutivo de norma, esto es, no normativo. Lo expresa de la siguiente forma: “Es derecho procesal, por tanto, la norma de aplicación del derecho constitucional dentro de la legislación, ya sea la legislación constitucional legislación ordinaria, y en aquellas funciones que posean el mismo rango que la legislación; también es derecho procesal la norma de aplicación del derecho legal dentro de la justicia y de la administración, como ramas de aplicación de actos ejecutivos generales (ordenanzas) en actos ejecutivo individuales (resoluciones, disposiciones, sentencias), la norma de aplicación de actos ejecutivos individuales en otros actos ejecutivos individuales; esto es, de resoluciones, disposiciones y sentencias en órdenes ejecutivas o en autorizaciones de ejecución y, por último, la aplicación de estos actos, que fundamentan la mera ejecución, con la ejecución forzosa efectiva...”

2.4 Clases de procedimientos.

En el sitio web:

<http://www.unav.es/adi/UserFiles/File/80962523/Leccion%201%20el%20procedimiento%20administrativo.pdf>, consta el Manual de Derecho Administrativo II de la Universidad de Navarra, tema: el Procedimiento Administrativo y como parte de este a la clase de procedimientos, lo más trascendente es: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. “1.3 CLASES DE PROCEDIMIENTOS Cada autor establece una clasificación de los procedimientos administrativos, aunque hay algunas coincidencias...por tanto, vamos a diferenciar primero entre procedimiento formalizados y no formalizados. · Procedimientos formalizados o rígidos, son aquellos que deben tramitarse siguiendo un orden preclusivo, en la forma que establezcan las normas legales o reglamentarias (es decir, primer un acto que debe durar determinado tiempo, al concluir ese plazo seguir con el siguiente tramite, luego con otro, y así

sucesivamente; deben seguirse todos los trámites sucesivamente, antes de pasar al siguiente, y una vez que ha concluido el plazo el trámite no se puede volver a abrir). La ley establece una especie de ritual (primero 1, luego 2, luego 3, etc) que deben seguir necesariamente el instructor. Se asemeja a los procedimientos judiciales..... Procedimientos flexibles o no formalizados, la Ley no estructura el procedimiento rígidamente, ni aplica el principio de preclusión procesal.....En el caso de los procedimientos administrativos sancionadores se trata de un trámite obligatorio que en caso de no realizarse puede suponer la nulidad absoluta del procedimiento.....otra clasificación que nos interesa hace referencia a la posición de la Administración dentro del procedimiento administrativo, y sus posibilidades de actuación. Aquí tenemos por una parte, los procedimientos triangulares, y por la otra, procedimientos lineales. Procedimientos triangulares, en los que el órgano administrativo actúa en posición de independencia e imparcialidad frente a dos administrados o más administrados que tienen intereses contrapuestos....Los procedimientos lineales, en los que la Administración actúa como parte y como órgano decisor; lo que se explica porque la Administración representa en estos casos el interés público, el interés general.”.

Marco Morales Tobar tratadista ecuatoriano dice: -página 97- que la doctrina ha distinguido tradicionalmente dos tipos de procedimientos administrativos, el constitutivo o de preparación y emisión de actos administrativos y el impugnativo o recursivo de la voluntad administrativa, conforme es la ponencia de DROMI, así mismo este sostiene que ninguna de ellas es categoría jurídica distinta, “ni tampoco una de ellas puede absorber el contenido integrum del procedimiento administrativo con exclusión de otra”.

Enrique Rojas Franco, página 486, coincide con lo que se cita en la obra de Morales Tobar, el de naturaleza constitutiva tiene “como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el pedimento formulado por el gestionante o parte interesada –en un sentido favorable o desfavorable-”, el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo, fase recursiva.

Retomando a Dromi citado en el libro del Dr. Morales: “...Es incorrecto afirmar que son dos procedimientos distintos. Son dos etapas de un procedimiento único con un solo régimen jurídico, aunque se distingan momentos y a las etapas se las llame de distinto modo: de “constitución” y de “impugnación”, de “primer grado” y de “segundo grado”. Lo esencial del

procedimiento es la tramitación de impugnación de los modos jurídicos de exteriorización de la voluntad administrativa (actos, hechos, reglamentos, simples actos y contratos)".http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo1.pdf

En el sitio web http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo1.pdf , consta algo que va esclareciendo aún más a distinguir la tipología: "Procedimiento constitutivo y de impugnación: algunas veces se ha querido distinguir dos tipos de procedimiento administrativo: el constitutivo, o de producción de actos administrativos, y el de impugnación de actos administrativos. Entendemos nosotros que si bien la distinción tiene un cierto fundamento real, él no es suficiente como para erigirla en categoría jurídica; pues es obvio; entre otras cosas, que el procedimiento de impugnación es también, al mismo tiempo, un procedimiento de producción o constitución de un nuevo acto administrativo, aquel que decidirá la impugnación. Al mismo tiempo, no hay diferencias de régimen jurídico entre ambos tipos de procedimiento: la garantía de la defensa en juicio se debe aplicar ya en el procedimiento "constitutivo" y desde luego también en el de impugnación. De ello se desprende, a nuestro criterio, que la diferencia es borrosa y carente de proyecciones jurídicas, por lo que no parece conveniente proponerla como categoría formal.

CAPÍTULO III

3.1. El procedimiento administrativo y garantía ciudadana

Vamos a desembocar en la participación ciudadana en nuestro país, recordaremos que cada ser somos parte de un todo, siempre buscamos protección y expansión; tenemos el anhelo de ser más, de ser eternos, esa protección, esas garantías ya no buscamos al encerrarnos en cavernas, sino mediante normas jurídicas adaptadas a nuestro medio, llámese Constitución, llámese Ley Orgánica de Participación Ciudadana, entre otras; decimos que nuestra Constitución es garantista, y eso de una u otra manera es lo que la humanidad ha buscado y buscará siempre, garantías, cuidado, ante quien quejase, pedir cuentas, exigir soluciones.

Veamos los conceptos básicos de garantía, seguridad jurídica y ciudadanía, para entender mejor y profundiza jurídicamente en el capítulo que nos compete:

"Una garantía es un negocio jurídico mediante el cual se pretende dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o pago de una deuda...."¹⁶Las garantías son muy importantes para los consumidores. Permiten tener la certeza de que, en caso de vicios o defectos que afecten el correcto funcionamiento del producto, los responsables se harán cargo de su reparación para que el producto vuelva a reunir las condiciones óptimas de uso..."; "La palabra seguridad proviene de la palabra latina securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados. El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «certeza del derecho» que tiene el individuo

¹⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/Garant%C3%ADa><https://es.wikipedia.org/wiki/Ciudadano>: "La seguridad jurídica es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la «certeza del derecho», tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.”

En el sitio <http://www.cepc.gob.ec> encontramos el artículo en PFD suscrito como REP-048-054.pdf consta el tema: El procedimiento administrativo como garantía jurídica cuyo autor es SEGISMUNDO ROYO VILLANOVA, son 66 páginas, lo más trascendente es: “El procedimiento administrativo surgió a influjos del procedimiento judicial. Es un efecto de la tendencia del Estado de Derecho a asemejar la Administración a la Justicia. El primer paso consistió en crear un Derecho administrativo material, un Derecho sustantivo de la Administración, de igual manera que existía un Derecho material (el civil y el penal), cuya ejecución estaba confiada a los Tribunales. El segundo paso fue crear un Derecho procesal administrativo parecido al judicial, un Derecho adjetivo de la Administración con el fin de proporcionar a los particulares que acuden a las autoridades administrativas en defensa de sus derechos, las mismas garantías, la misma seguridad que ofrece el Derecho procesal judicial a los que acuden a los Tribunales en defensa de su derecho. La necesidad de observar ciertas formas se considera, con razón, como una garantía de que el contenido se ajustará al derecho. La más eficaz de todas estas garantías es la colaboración en el procedimiento de las personas cuyos derechos u obligaciones pueden resultar o resultarán afectados por el procedimiento en cuestión. Por eso la institución fundamental del Derecho procesal consiste en la regulación de la intervención de las partes o interesados.”

¿Qué motivó que en nuestro país contemos con una Ley Orgánica de Participación Ciudadana?, iremos develando eso, pero como referente histórico veamos la motivación española en su procedimiento administrativo:

“...Las preocupaciones y deseos que la inspiraron aparecen ya en la Ley de 31 de diciembre de 1881, que dictó bases para el procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas. El Ministro de Hacienda decía en la Exposición de Motivos del proyecto de Ley: «Si los derechos de los ciudadanos han de estar debidamente garantizados, y si éstos han de contar, como es justo, con la seguridad de ser fielmente atendidos cuando los ejercitan, preciso es que en la ley de Procedimiento, en la ley Adjetiva, encuentren la garantía necesaria de que será una verdad aquel ejercicio que las leyes sustantivas les reconocen, pues de otro modo el derecho podrá tenerse, pero no ejercitarse, y el derecho sin ejercicio deja de ser tal derecho en la vida

de la realidad. De aquí el que a toda ley sustantiva siga la adjetiva que la dé vida real; de aquí el constante propósito de todos los tiempos, de las situaciones todas, de hacer leyes de procedimientos en las que el ciudadano adquiriera la confianza de que, cuando trate de hacer valer sus derechos, tiene una norma fija a qué atenerse en sus reclamaciones, norma de que no puede prescindir la autoridad ante la cual le demande. Si esta necesidad se ha sentido constante y visiblemente en todos los ramos del Derecho, en donde la necesidad es más palpable, más imperiosa, es, sin duda alguna, en el administrativo, ya por su especialidad, ya por la singularidad que ofrece de que la autoridad que en primer término ha de resolver es la representante de la Administración de quien el reconocimiento del derecho se demanda.»...Constituye también una garantía la forma que han de adoptar las resoluciones administrativas. En todo acto administrativo hay que distinguir dos partes: la decisión propiamente dicha y la motivación de la misma. Los actos de la Administración, como los actos humanos en general, deben ser actos reflexivos, inteligentes, lógicos, en una palabra. Las resoluciones administrativas se traducen en un silogismo. La ley, el reglamento o la norma jurídica aplicable es la premisa mayor, la situación de hecho que ha provocado la acción administrativa es la premisa menor; la decisión administrativa es la; consecuencia a la que se llega mediante una apreciación de la situación de hecho en relación con las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa... " Por consiguiente, la justicia administrativa quedaría incompleta si sólo existiesen el procedimiento y los recursos administrativos. El freno más eficaz, la garantía más valiosa será siempre el recurso jurisdiccional. Sólo él ofrece una solución, hoy día la más perfecta, al problema fundamental de la legalidad de la Administración, que, como dice Cammeo, es el problema jurídico más grave del Derecho público de los Estados libres, el verdadero problema de la libertad de los ciudadanos. Por lo que podemos terminar diciendo, inspirándonos en una frase del italiano Puchetti, que el procedimiento administrativo no nos lleva al aula magna de la Justicia administrativa, sino solamente a su vestíbulo".

El principio de legalidad se erige como una garantía suprema del ciudadano, "En este escenario, la doctrina ha sido unánime en defender que toda actividad de la autoridad administrativa, debe circunscribirse a normas preestablecidas, concebidas como fronteras dentro de las cuales debe desenvolverse el obrar administrativo.". En nuestra norma constitucional esto se traduce en:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:.... 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. 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:... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:.... I. 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. 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. 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. 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.”

Sitio web:

<http://www.ijeditores.com.ar/files/doctrina/20090630Capitulo%20IX%20%20ER.pdf?PHPSESSID=87e37bb3975a4fa163f085a07a2e3c49>:

“...a estar a lo que expresó en 1724 una corte inglesa en el famoso caso del doctor BENTLEY: «Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán — dijo Dios— dónde estabas tú? ¿no has comido del árbol del que no debías hacerlo?» (WADE &

PHILIPS, Constitutional Law, London, 1946, 4ª ed., p. 276.) El Comité designado por el Lord Canciller de Inglaterra para estudiar la extensión de los poderes ministeriales, al emitir su informe en 1932, sostuvo de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, el más alto tribunal de aquel país, que los principios de la justicia natural eran de aplicación indispensable en materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquél que imponía no condenar sin oír a la parte [...] (COMMITTEE ON MINISTER'S POWERS, Report, London, 1936, pp. 76-80). Sobre el fundamento aportado por la enmienda XIV de la Constitución acerca del debido proceso legal, entendido con sentido procesal, igual principio se aplica ineludiblemente en el procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América. (HART, J., An Introduction to administrative Law, 1940, p. 258 y ss.; SCHWARTZ, B., "Procedural Due Process in Federal Administrative Law," New York University Law Review, tomo 25, p. 52 y ss.)....Por fin, quizá no esté de más señalar que la garantía de la defensa también le corresponde a la persona que ha cometido una falta grave o delito, por grave que él sea, aunque su culpabilidad esté probada o incluso reconocida por el culpable. No ha de cometerse, en efecto, el clásico defecto lógico de razonar, p. ej., que si el consumo de tabaco delante de terceros violenta el art. 41 de la Constitución nacional, entonces el fumador contaminante puede ser tratado injustamente; se trata de la falacia lógica del razonamiento ad hominem. En otras palabras, por más culpable que sea una persona, por mejor que está acreditada su falta, ello no puede fundar que no sea escuchada para que exprese lo que quiere decir en su descargo, o la prueba que quiere ofrecer. Sin perjuicio de que el hecho esté probado, la prueba por él ofrecida puede servir para mitigar su culpa, dar un diverso encuadre normativo de la cuestión, graduar la pena, pedir luego gracia o indulto, etc. Este es un claro derecho suyo del que no puede arbitrariamente privárselo. Por ello en ningún caso será válido prescindir del cumplimiento de este principio."

3.2 Fundamentos constitucionales de lo contencioso administrativo

3.2.1. La tutela judicial efectiva.

Constitución de la República: "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 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. Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

En el sitio web

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2765.

Encontramos el tema: El derecho a la tutela judicial efectiva, Por: Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Asesor del Tribunal Constitucional.

“EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL efectiva puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. Se lo concibe como un derecho de prestación, por cuanto a través de él se pueden obtener del Estado beneficios, bien porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, bien porque exige que el Estado «[...] cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada» , de modo que serán de responsabilidad de aquél los defectos y anormalidades en las prestaciones que se le exigen.....Las prestaciones e imperativos propios del derecho a la tutela judicial efectiva no suponen que las pretensiones procesales y cuestiones incidentales sean siempre atendidas favorablemente, o que las leyes no puedan exigir requisitos razonables para el acceso a la jurisdicción o a los recursos, o que estos tengan que ser, en todos los casos, forzosamente admitidos....”.

Juan Carlos Benalcázar Guerrón da a entender que todo ordenamiento reconoce este derecho, desde que el Estado “..., ¹⁷asume el monopolio de la composición de los litigios y proscribela

¹⁷ Juan Benalcázar en su obra: Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano; “El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. La organización del Poder Público de modo que quede garantizada la Justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer.

autodefensa.”, “El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a recogerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos tradicionales.” (Jesús González Pérez, El derecho a la tutela jurisdiccional, 3ª edición, Madrid. Civitas 2001, pp 25-26).

Retomando la obra de Juan Carlos Benalcázar Guerrón nos indica que la imparcialidad del juez es la garantía mínima que brinda la jurisdicción, la parcialidad “tacha la idoneidad de quien está llamado a prestarla”, la incompetencia igual es un vicio que tacha la idoneidad del juez para conocer un asunto concreto; igual la Constitución de la República dice: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:..... 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, dentro de lo razonable igual debe evitarse dilaciones indebidas, la justicia debe tratar de ser ante todo expedito y célere, evitar “el abuso que tienda a la aplicación de normas de prescripción”, así mismo el juzgador debe tener el cabal elemento de contradicción que le brinde un real conocimiento de la realidad.

“La indefensión puede ser causada...por acción u omisión del juez, que comporte la infracción de una norma procesal, siempre que tal infracción prive de o limite los medios de defensa de una de las partes en el proceso. Para que exista indefensión tiene que producirse la concurrencia de un elemento subjetivo, una acción u omisión de un órgano judicial, y otro objetivo, la infracción de una norma procesal. Éstos son los presupuestos jurídicos de la indefensión. Pero lo determinante para determinar la indefensión es el resultado. La infracción de la norma procesal por parte del juez tiene que acabar produciendo como resultado la privación del ejercicio del derecho de defensa. La parcialidad del juez, su desviación de lo que la igualdad constitucional le exige en el ejercicio de la función jurisdiccional, tiene que tener la intensidad suficiente como para que se note en el resultado. Si la desviación ha existido, pero no ha tenido la entidad suficiente como para influir en el resultado, la conducta del órgano judicial habrá sido incorrecta, pero no habrá producido indefensión. La indefensión tiene que ser, por tanto, demostrada. Quien considere que se ha producido indefensión, no solamente tiene que alegar que se ha producido una vulneración de una norma procesal por parte del juez,

sino que además tiene que probar que dicha infracción le ha privado del derecho a la defensa, y como consecuencia de ello le ha ocasionado un perjuicio real y efectivo.” (Javier Pérez Arroyo, Op. Cit., pp.487-498).

La motivación de los actos es de importancia capital en el andamiaje administrativo y judicial, La Constitución de la República dice: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:I. 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.

Siempre decimos hay un motivo, o qué te motivo hacer tal o cual cosa, los abogados leemos en la Constitución que todo acto debe ser motivado, por ende ¿qué es la motivación?: Enrique Rojas Franco en la Obra Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo dice, pagina 683,: “Toda decisión puede ser válidamente motivada cuando su autor se refiera al informe de una comisión e indicó nada más la parte dispositiva, sea que lo reproduzca en cabeza de la decisión, sea aquella resulte de la aprobación de la decisión como fundamento o base de la consulta de la comisión. Sin embargo es necesario que los motivos figuren en el documento mismo para efectos de impugnar la decisión. Una simple referencia a una consulta hace que el motivo sea insuficiente....En mi criterio, las decisiones administrativas deben ser siempre motivadas, salvo en ciertos casos donde la situación de la actividad administrativa es sui generis o especial (por ejemplo: actos verbales u orales, los materiales, tales como señales de tránsito, desviación de rutas por trabajos públicos o ciertas medidas de policía). Los motivos deben ser suficientemente explícitos para los interesados (jueces, partes, autoridades jerárquicas) con el objeto de que puedan examinar el acto o la disposición en la jurisdicción contenciosa administrativa.”

Del autor Autor: Dr. José García Falconí en el sitio:

web:http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5781&Itemid=134 ¿QUÉ ES LA JURISDICCIÓN? Se ha dicho que con la aparición de la jurisdicción nace la propia idea del Estado; de tal modo que la jurisdicción se entiende como una facultad específica, que se materializa en una manifestación de superioridad signada por la autoridad de

quien la ejerza, y esta superioridad y autoridad, se manifiesta en un Estado de sujeción, que todos los justiciables revisten respecto del órgano jurisdiccional, y del cual no pueden evadirse en tanto este órgano actúa en virtud del monopolio estatal de la jurisdicción, que es una emanación de la soberanía del Estado. El tratadista Gimeno Sendra señala al respecto “El contenido de la mencionada potestad viene determinado por una fuerza de mando jurídicamente vinculada a terceros, como consecuencia de esa potencia de mandar, que encierra, destinada a la protección de intereses de los otros. Ese imperio, energía o fuerza ética y física que contiene la potestad jurisdiccional es la que garantiza la supremacía o superioridad del órgano jurisdiccional frente a las partes, y lo que hace eficaz, en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones”; solo de esta manera se puede entender las potestades jurisdiccionales correctivas y coercitivas que actualmente tienen los jueces de conformidad con lo que señalan los Arts. 130, 131 y 132 del Código Orgánico de la Función Judicial...”

La pregunta que todos nos hacemos estos días: La Función Judicial Ecuatoriana, ¿es completamente independiente?; además en Ecuador vemos: Comisarías de Policía, de la Mujer y la Familia, Intendencias de Policía, Juntas de Protección de Derechos, Consejo de la Niñez y Adolescencia, es decir instancias administrativas que de una u otra manera, avocan conocimiento y administran justicia, y comparemos con lo que nos dice Juan Carlos Benalcázar citando a Javier Pérez Royo – página 58- Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: “Si la justicia tiene que ser administrada única y exclusivamente por jueces y magistrados integrantes del poder judicial ...no puede haber ni una sola manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional que escape de este principio”.

Hugo Alsina quien es citado en la obra de Juan Carlos Benalcázar (Hugo Alsina, Fundamentos de Derecho Procesal. México, Editorial Jurídica Universitaria, p. 385 dice: “..., la Función Judicial tiene la garantía suficiente de ejercer su facultad de aplicar e interpretar la ley libremente, sin intervención e injerencia de los otros órganos del poder público, a lo cual se suma que dicha Función es a la única que corresponde el ejercicio de la jurisdicción, sin que sea legítimo que otros órganos de naturaleza distinta tengan como atribución la de juzgar y hacer ejecutar los juzgado. En tal virtud, no es admisible en nuestro sistema constitucional la existencia de órganos administrativos que ejerzan jurisdicción, o que sea la Administración la que tenga que sustanciar el proceso contencioso administrativo, como sucede en Francia o en Colombia a través del Consejo de Estado”

Otro tema que atañe a esta parte de la tesis es analizar que una de las características de los actos administrativos es la impugnabilidad, sea mediante reclamaciones o recursos administrativos o mediante demanda. En el sitio web: http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo6.pdf, está parte de la obra del Tratadista Gordillo,

“El acto en sí mismo “irrecurable” no existe en un Estado de Derecho, salvo la sentencia judicial que con autoridad de cosa juzgada cierra definitivamente una cuestión. Si se reconoce al acto administrativo presunción de legitimidad, exigibilidad, e incluso ejecutoriedad en algunos casos, esas potestades deben ir acompañadas de los medios para que el individuo pueda cuestionar y discutir eficazmente la validez o el mérito del acto que lo perjudica. Desde un punto de vista positivo, cabe también recordar que es parte de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18) el poder defenderse tanto en sede administrativa como judicial de los actos que lesionan su persona o derechos. La impugnabilidad se da ante la propia administración y especialmente ante el Poder Judicial, con recurso a veces a instancias supranacionales. 11.1. En sede administrativa La impugnación se efectúa a través de los recursos, reclamaciones y denuncias. No es óbice a la procedencia del recurso la estabilidad que el acto atacado pueda tener, pues esa estabilidad opera como una limitación a la facultad de extinguir el acto, no como una limitación a la posibilidad de discutir su validez. Por lo demás, siempre debe reconocerse al tercero afectado la facultad de discutir que el acto no goza de estabilidad por tener tal vicio y que debe ser revocado; del mismo modo, dado que la estabilidad juega a favor del interesado y no en su contra, tampoco puede negarse al beneficiario del acto recurrir de él, pidiendo que sea modificado en su favor..... El principio de la impugnabilidad en sede administrativa surge por lo demás claramente de toda la práctica administrativa, que ha establecido diversos criterios que lo consagran con amplitud. Así, un recurso mal denominado debe tramitarse como el que técnicamente corresponde; un escrito expresando la voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento de la administración y hasta una notificación en la que el interesado toma vista en disconformidad, constituye válida interposición de un recurso administrativo formalmente procedente. En situaciones en que el acto es irrecurable administrativamente, sea por haber sido dictado por el Poder Ejecutivo en situaciones en las que no es procedente el recurso de reconsideración ni de revisión, sea por impugnar decisiones que de acuerdo a normas expresas son consideradas definitivas, de todos modos se admite el derecho a cuestionar la legitimidad del acto interponiendo lo que se

denomina denuncia de ilegitimidad, que si bien no constituye técnicamente un recurso, es de todos modos una impugnación formalmente admisible en el procedimiento administrativo. Sin embargo, si el acto es de un ente o agencia reguladora en materia técnica propia, o de una universidad, o de cualquier ente u órgano contra cuyo acto no procede el recurso de alzada, tampoco es procedente la denuncia de ilegitimidad.

11.2. En sede judicial Si amplio es el principio de la discutibilidad del acto en sede administrativa, con más razón debe serlo en sede judicial: Aquí cobra plenitud de aplicación la garantía de la defensa en juicio, que no puede conculcarse sin grave lesión constitucional. Sin embargo, cabe recordar la persistente tendencia de la doctrina y a veces de la jurisprudencia, a querer aislar un grupo de actos de la administración y excluirlos de la revisión judicial: Son los llamados, según los autores, actos políticos, de gobierno, institucionales, etc., caracterizados todos como no justiciables, irrevisibles judicialmente, inatacables judicialmente, etc. Incluso esa afirmación y la pretensión de aislar una serie de actos que no serían ya actos administrativos sino una especie autónoma, reafirma de todos modos que la característica básica y esencial de los actos administrativos es la contraria: la posibilidad amplia de discutirlos y atacarlos ante la justicia y la potestad amplia de los jueces para revisarlos y anularlos si son contrarios a derecho. Sin perjuicio de que a nivel de principios se confirma así la característica que asignamos a los actos administrativos, consideramos de todos modos inexacto, en el derecho público argentino, afirmar que parte alguna de los actos emanados de la administración puedan ser por su naturaleza no justiciables o irreversibles y estimamos por ende que no existe una categoría de actos de gobierno, políticos, institucionales, etc.

11.3. En sede arbitral internacional Cabe destacar los tratados de inversiones extranjeras, que con criterio amplio y aplicable a estos supuestos, otorgan una instancia arbitral internacional.

11.4. Comparación Interesa recordar el alcance de la impugnabilidad administrativa y judicial: La primera procede por razones de legitimidad y también de oportunidad, mérito o conveniencia; la segunda únicamente por razones de legitimidad, que comprende no sólo el control del ejercicio de las facultades: Se controla también —tanto en ausencia de norma o con base en ellas— si se ha violado alguno de los grandes principios del derecho, tales como la razonabilidad, proporcionalidad, desviación de poder, buena fe, confianza legítima, imparcialidad, audiencia previa, única solución justa o discrecionalidad cero, seguridad jurídica, cláusula, rebus sic stantibus, etc.”.

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

El Concepto de acto administrativo a efectos de impugnación en vía judicial es bastante amplio en la jurisprudencia de otros países, en una cita que encontramos en el libro del jurisconsulto Juan Carlos Benalcázar –página 72- apreciamos este alcance que es significativo en el estudio que hacemos: “Un concepto estricto de acto administrativo se justifica para otros fines. En la actualidad se propugna una desconexión del acto administrativo frente al contencioso. Como manifiesta Raúl Bocanegra Sierra: “La desconexión de los actos administrativos del acceso al contencioso permite, en efecto, la construcción técnica de una figura jurídica de acto administrativo con perfiles propios, dotada de regímenes jurídicos operativos y de una funcionalidad específica en el Derecho Administrativo, al servicio de la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, que es, como vimos, su sentido original –al margen de su utilidad revolucionaria inicial para separar la actividad administrativa de la Justicia-. Es en una formulación de esta clase, desconectada por completo del acceso al contencioso y muy superior técnicamente, en la que adquieren pleno sentido las técnicas jurídicas, sustantivas y procesales, que el Ordenamiento jurídico pone a contribución de la garantía de seguridad jurídica que el acto administrativo implica. Así sucede, en el plano material, con la sanción de anulabilidad de los actos administrativos inválidos, que el Ordenamiento jurídico-administrativo impone como regla, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, en donde la infracción de lo establecido en las leyes se liga con carácter general a la mucho más grave sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho. Esta diferencia se justifica precisamente en las mayores exigencias de seguridad jurídica de las relaciones jurídico-públicas, en las que está presente, de forma decisiva, el interés público, cuya pendencia indefinida, en caso de invalidez de las actuaciones administrativas, no resulta sencillamente imaginable (VOGEL, 1997). Todo esto tiene sentido, sin embargo únicamente cuando la cualidad de las actuaciones administrativas así protegidas implica un determinado modo de actuar y el número de las mismas resulta razonable, es decir, cuando estamos ante actos administrativos en sentido estricto, no, desde luego, si la regla de la anulabilidad se proyecta sobre todo tipo de actuación administrativa, a la que no puede alcanzar, desde luego, sin merma de la seguridad jurídica y sin provocar la indefensión proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución, la convalidación de las actuaciones ilegales que la anulabilidad implica.” Raúl

Bocanegra Sierra, Lecciones sobre el acto administrativo, 2ª. Edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 30-31.”

El Dr. Alfredo H. Mora Guzmán en su obra de lo Contencioso Administrativo en el Ecuador, estima este tema bajo la siguiente estructura –página 38 y siguientes:

Derecho de petición: Constitución de la República: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”; conecta a la ciudadanía, a la persona con la administración pública, “Es la forma bajo la cual se realiza el control de los actos administrativos y al mismo tiempo la obligación para las autoridades públicas de rendir cuentas de sus actos hacia los administrados”.

Derechos de protección: Constitución de la República: “Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Libertad total, nadie es discriminado, todos estamos en aptitud de acceder a una justicia pronta y eficaz, coincide con las garantías del debido proceso.

La Seguridad Jurídica. Constitución de la República “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”. Se manifiesta en el cumplimiento a la ley, en franca conexión con el artículo 226 de la norma primera del estado: “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”.

Los Derechos Humanos: Constitución de la República. “Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: ...5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”;

trasciende el ser humano como la máxima expresión de respeto a sus derechos y el cumplimiento por parte de todo el conglomerado a la ley.

El Servicio Público: Constitución de la República: “Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:....11. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley.”. Recordemos el artículo 226 citado; y el principio de que quienes somos servidores públicos somos llamados a: servir a la comunidad, y no servirnos de ella, al mismo tiempo el servicio público implica informar lo que hacemos, rendir cuentas, relacionemos nuestro esquema legal a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

El Interés General: Constitución de la República: “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:... 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.”; toda persona tenemos derecho a servicios de calidad, si no nos dan eso, podemos reclamar, el reclamo en primera instancia irá dirigido a la Corte Constitucional respecto a las políticas públicas y a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en lo que corresponde a la ejecución plena de los servicios públicos que han fallado.

Garantías Jurisdiccionales: Constitución de la República: “Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución...”; la constitución es garantista de derechos, permite reaccionar ante cualquier anomalía, no es una Constitución que facilita la pasividad de las entidades y servidores públicos, el numeral 2 de este artículo de la Constitución dice: “Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b) Serán hábiles todos los días y horas. c)

Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho...”; como vemos detalla cual es el juez competente, y las normas de procedimiento.

Presunción “pro accionante” y la Reparación Integral del Daño. Constitución de la República: Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:...3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.”; el proceso es público, se puede evacuar las pruebas que se pida y se requieran, presunción *luris tantum* que es la prerrogativa del particular, la sentencia no es sólo el acto decisorio solmene sino que conlleva la reparación integral, “Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”.

Jurisprudencia Constitucional: Constitución de la República: “Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:... 5.- Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.”; antes las 3 salas del Tribunal Constitucional algunas veces no se ponían de acuerdo, hoy las sentencias ejecutoriadas son remitidas a la Corte Constitucional para este fin.

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

estimamos se ha vulnerado o no estamos de acuerdo con un acto administrativo podemos impugnar en sede administrativa o judicial

3.3. Partes procesales y legitimación procesal.

3.3.1. Partes procesales.

Somos humanos, formamos un todo, eso conlleva a preguntarnos “qué es la persona?, ¿qué es parte?, legalmente hablando:

Código Civil Ecuatoriano: Art. 20.- Las palabras hombre, persona, niño, adulto, adolescente, anciano y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender a ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que la ley las extienda a él expresamente. Art. 40.- Las personas son naturales o jurídicas. De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el Título final de este Libro. Art. 41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.

Enrique Rojas Franco en la Obra Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo – p.771-772- dice: “Persona en sentido jurídico significa sujeto de derecho; puede ser tanto una persona física (el hombre, la mujer, el niño, el adulto mayor), como las denominadas personas jurídicas (entes abstractos y morales). Personalidad es la cualidad que tienen las personas de ser titulares de derechos; surge en la persona física al nacer viva (condition iuris), y aún antes, trescientos días, siempre que nazca viva y en todo lo que le favorezca, no en lo que le perjudique (donación o legado testamentario),...La personalidad le confiere al individuo todos los derechos que a él competen como sujeto jurídico. Esencialmente los inherentes a su libertad, a su integridad física y moral, a su status, (ciudadano, hijo, padre, cónyuge) y otros que no son disponibles y por ende son imprescriptibles.”

Este mismo autor –p.781- dice: “..., pero las personas físicas pueden organizarse y formar entes jurídicos: universitas personarum (regiones, provincias, cantones, sociedades, asociaciones y universitas bonorum (un complejo de bienes que se destinan a un determinado fin, como las fundaciones). Asimismo existen otras instituciones de carácter privado a los cuales el ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica propia, considerándolas sujetos de derecho, análogamente a las personas físicas.... El reconocimiento de la personalidad jurídica atribuye la capacidad de actuar y aún la facultad de cumplir válidamente actos jurídicos, adquirir derechos y obligaciones, realizados por sus representantes legales...”

En el sitio web: [https://es.wikipedia.org/wiki/Parte_\(Derecho\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Parte_(Derecho)), encontramos:

“Parte, en derecho, es cada una de las posiciones que puede haber enfrentadas en un litigio (juicio, arbitraje o conciliación) o que celebran un contrato. Derecho procesal En derecho procesal, es la persona o conjunto de personas que actúa en el proceso judicial defendiendo su derecho o interés frente a un conflicto actual sometido a la decisión de un tribunal de justicia. Las partes directas son el demandante y el demandado, aunque en algunos procedimientos judiciales pueden recibir un nombre diverso. Las partes indirectas son los terceros, que intervienen defendiendo intereses armónicos, disímiles o independientes de las partes principales (como los amicus curiae). En Derecho penal, por ejemplo, existe la acusación particular o la acusación popular que pueden actuar independientemente del ministerio público). En los actos judiciales no contenciosos, llamados impropiamente también actos de jurisdicción no contenciosa o voluntaria, la parte recibe el nombre de interesado o solicitante,¹⁸ porque no hay una contraparte contra la cual entablar conflicto, sino que el procedimiento comienza con una solicitud ante el tribunal respectivo...”

¹⁸ En el libro Derecho procesal Administrativo de Juan Carlos Benalcázar página 269 encontramos que se cita a José Luis Navarro Pérez: “Todo proceso implica una contradicción entre sujetos que tienen interés sobre un mismo asunto, y que se enfrentan delante de un tercero imparcial –el juez o tribunal- llamado a resolver la controversia según derecho.”.

Hernando Devis Echandía, Op. Cit., pp 308-309. “La calidad de parte es independiente de la relación jurídica sustancial y de la calidad jurídica de lo que se pretende o se alega en el proceso. En tal virtud, basta para ser parte el demandar o aparecer demandado, aun cuando no exista una relación jurídica sustancial entre los sujetos; o lo que se pide o se alega sea infundamentado, o incluso contrario a derecho.”; Enrique Véscovi, Op. Cit., p.168: “La capacidad nos dice quiénes pueden actuar en cualquier proceso (por sí mismos) por tener aptitud psicofísica requerida por la ley”.

Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, pp. 114-115: “La capacidad de ser parte va unida a la condición de persona. Toda persona por el hecho de ser tal, en el caso de los hombres, o por estar constituida como sociedad o persona jurídica, tiene capacidad. Sin embargo, no todo sujeto tiene capacidad procesal –de ejercicio-, pues existen circunstancias o vicisitudes que impiden que una persona pueda, por si misma, obrar en el proceso.”

En la obra de Benalcázar nos da este relato originario y a su vez histórico recordándonos que: “la idea repetida de memoria de que la Administración representa la “generosidad” y el administrado “el egoísmo”; pero ahora la administración constituye un servicio a la colectividad: Constitución de la República: Art. 227.-La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Al hablar de capacidad procesal es necesario tomar en cuenta el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos. b) Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, semipúblico, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses. c) El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma. d) El órgano de la

Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por si mismo.”

Este artículo nos refiere a la capacidad procesal en relación a la legitimación, en todo lo no contemplado en esta norma habrá que remitirse al Código de Procedimiento Civil que es norma supletoria en la materia; en el proceso contencioso administrativo hay más amplitud de comparecencia frente al proceso civil: ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: “Art. 22.- La mujer casada y el menor adulto podrán comparecer sin la autorización o licencia del marido o de la persona que ejerza la patria potestad o curaduría, en su caso.”.

Así mismo es claro que el término –sociedad- no se limita a las personas jurídicas, José Luis Navarro Pérez, (Op, Cit., pp- 26-27): “..., la capacidad jurídica es más amplia en el Derecho Público que en el Derecho privado, en cuanto pueden constituir sujetos de deberes y derechos, unidades personales y patrimoniales que carecen de capacidad jurídica en el Derecho privado ”. Como dice: Juan Carlos Benalcázar Guerrón página 275: “..., el demandado es un órgano o autoridad de la Administración Pública, mas no el Estado o la persona jurídica pública al cual pertenece dicho órgano, aun cuando los actos que éste realice se imputen directamente a la persona a cuya organización se integra...”.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Art. 26.- Cuando la personería de las partes derivare de alguna relación jurídica transmisible, el sucesor en el derecho puede continuar la causa, en cualquier estado de la misma. “Por regla general –explica VÉSCOVI-, los sujetos del proceso no se modifican durante su desarrollo. Sin embargo, por circunstancias excepcionales –hay que tener en cuenta la muerte, por ejemplo- se puede dar la situación”(Enrique VÉSCOVI, Op. Cit., p.169); Según Hugo Alsina (Op, Cit., p. 251): “...en la sucesión hay continuación de la personalidad del causante, en la sustitución sólo hay un cambio de la personalidad del titular del derecho. Así, la sucesión se produce en caso de fallecimiento de la parte, y la sustitución en caso de enajenación de la cosa litigiosa”.

“Sin embargo, si se trata de relaciones jurídicas personalísimas o si la extinción hace desaparecer el fundamento del proceso, este se extingue. Por ejemplo, la pretensión de que se procesa al ascenso de un funcionario que fallece luego de presentada la demanda, o la disolución de la compañía que pretendía ser admitida en un concurso de ofertas”. (Cfr. José

Luis Navarro Pérez, Op. Cit., p. 90; Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, p. 311.).

Tomemos en cuenta que el artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa habla de partes, es decir se refiere a actor y demandado.

El Litisconsorcio es citado en la obra del Dr. Benalcázar Guerrón : “Cuando varias personas actúan en la posición de actores o que el actor litigue frente a varios demandados, los que ocupan una misma posición en el proceso, se encuentran en estado de litisconsorcio, del cual derivan diversas situaciones procesales que varían según las circunstancias. Pueden haber así varios actores frente a un demandado –litisconsorcio activa-, o un actor frente a varios demandados –litisconsorcio mixta-”. La litisconsorcio, por lo general, se forma al inicio del proceso, pero también puede surgir durante su desarrollo, como cuando el actor fallece y comparecen los herederos. El litisconsorcio es un estado entre varias personas que ocupan una misma posición en el proceso, y nos encontramos ante una relación procesal única, con pluralidad de sujetos. (Hugo Alsina, Op. Cit., pp. 282-283).

El coadyuvante. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Art. 25.- Pueden también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivare la acción contencioso-administrativa. En la obra de Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, se cita a Jesús González Pérez, (Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, p.143): “Se ha justificado la figura del coadyuvante porque entraña la salvaguarda de quienes pueden resultar afectados por la sentencia que se dicte y porque, mediante su intervención, se logra la mejor tutela del interés general que se actúa en todo proceso, al dotar al órgano jurisdiccional de elementos de juicio más completos...”; de la misma obra: sentencia del 18 de octubre de 1972 pronunciada por la Sala Única del Tribunal respectivo: “El ejercicio del derecho que franquea la ley de intervenir en el proceso como parte coadyuvante, a cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o disposición administrativa, se ha de entender que se refiere a la totalidad del acto o disposición administrativa, se ha de entender que se refiere a la totalidad del acto o disposición, pues existe incongruencia inaceptable cuando se impugna una resolución en parte y se la apoya en otra, ya que entonces

dicho sujeto procesal tomaría la calidad de actor y demandado por una misma resolución, la que para efectos de impugnación resulta indivisible”.(Galo Espinoza, Op. Cit, p. 229).

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “Art. 27.- Las partes pueden comparecer por si mismas o por medio de un procurador que las represente y, en ambos casos, deberán estar patrocinados por un abogado; de lo contrario, no se dará curso a ningún escrito ni se aceptará intervención alguna.”; “La postulación es un requisito procesal. “En efecto, como observa la doctrina, para que una persona pueda comparecer en un proceso y deducir peticiones ante el órgano jurisdiccional, no basta que ostente la capacidad para ser parte y capacidad procesal y que esté legitimada. Es necesario que pueda pedir al órgano jurisdiccional la tutela jurídica que solicita; que se revista de poder de postulación” (José Luis Navarro Pérez, Op. Cit., pp. 96-97).

3.3.2. Legitimación procesal.

Derecho Procesal Administrativo, Juan Carlos Benalcázar pág. 283 cita a (Enrique VÉSCOVI, Op. Cit., p. 168): “La legitimación procesal, entonces, es la consideración legal, respecto del proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud de la cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales en el proceso. Ticio es un sujeto plenamente capaz (capacidad procesal) pero, para demandar el desalojo, debe demostrar o que es arrendador, o subarrendador, o titular de un derecho real de goce, por ejemplo. Para reivindicar debe ser propietario, y así sucesivamente. Esa es la legitimación (activa). A su vez, para ser demandado deberá ser arrendatario, subarrendatario, etc., o poseedor (legitimación pasiva). Le legitimación, entonces, puede definirse como la posición de un sujeto respecto al objeto litigiosos que le permite obtener una providencia eficaz. Es un concepto procesal, pero referido a la pretensión y al objeto del proceso, esto es, al derecho sustancial reclamado...”

Sitio web <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjt693c/doc/fjt693c.pdf> una tesis calificada de 94 páginas, es decir es un documento revisado, los datos constan en la bibliografía o pie de página correspondiente, leído todo el artículo lo más trascendente es: Legitimación procesal, entre ellos podemos citar a Sergio Rodríguez quien expresa que “toda persona titular de un derecho sustancial esta legitimada para defenderlo en juicio (legitimatío ad causam); pero debe

tener además, la aptitud necesaria para defenderlo en el proceso en caso de litigio (*legitimatío ad proessum*), sin perjuicio de que pueda hacerlo personalmente o por intermedio de representantes judiciales” (Rodríguez, Sergio. op. cit., p. 118). “...Con anterioridad se señaló la forma que este autor concibe la acción la cual es un derecho subjetivo procesal, abstracto y público, que se dirige en contra del estado y persigue la justa composición del litigio. Ve en la acción, un medio para promover el proceso cuyo objetivo es resolver el litigio con justicia, estima además, que no es esencial que el accionante sea titular de la relación substancial controvertida, pero exige que tenga interés en la composición de litigio. La acción impone al juez una obligación procesal, que se satisface con el proceso, cualquiera que sea su resultado. Cuando una parte sí tiene acción, a ella corresponde una obligación del juez, y por eso sería un derecho subjetivo procesal. La obligación del juez es proveer, aún cuando no lo haga favorablemente a la parte. Concluye que la acción no debe ser ya considerada como un derecho a un juicio favorable, sino simplemente como un derecho a juicio. Según esta concepción, la teoría expuesta por Carnelutti, forma parte de aquellas denominadas dualistas abstractas. Así, Carnelutti parte del siguiente pensamiento, para pretender comprender qué es la legitimación procesal, y señala: “el juez debe escuchar, sí; pero ¿a quién debe escuchar? Naturalmente a quien tiene derecho a hacerse escuchar; pero ¿quién es aquel al cual pertenece este derecho?”. 19Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal, Tomo I, Derecho Procesal Civil y Proceso, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 128.”

“Carnelutti señala que “la legitimación es un requisito necesario pero no suficiente para el ejercicio de la acción o sea para conferir a alguno el derecho de hacerse escuchar por el juez a fin de que este pueda proceder a la composición de la litis. Podría ocurrir que, aún cuando legitimado, quién propone la demanda no tenga interés en proponerla en el sentido del que la misma sea acogida no presenta para él ninguna utilidad práctica; si por ejemplo, yo pidiese la declaración de un derecho frente a un obligado que no lo niega, incluso que lo ha reconocido explícitamente, haría trabajar al juez en vacío”²³ Carnelutti, F.. op. cit., p. 132.”. “Pero, atengámonos a la regla antes señalada, y determinando su alcance podemos señalar que, para que una persona tenga legitimación debe cumplir con ciertas condiciones necesarias y suficientes, que corresponden a la subjetividad, no de la relación sustancial, sino de la pretensión. Allorio a través de un ejemplo, que citaremos textualmente, delinea el planteamiento anterior: “si el actor Primus afirma ser acreedor de Secundus, o propietario de la cosa X,

detentada, según lo que el actor asevera, por Secundus, está por tanto verificada la condición suficiente y necesaria para que exista la legitimación activa y pasiva. Afirmada ésta, es lógico que surjan ulteriores interrogantes como el de 27 26Allorio, E., op. cit., p. 253 - 27Allorio, E., op. cit., p. 253-254”

“Caracteres de la legitimación procesal Los principales caracteres que presenta la legitimación procesal, a juicio de nuestro autor, son los siguientes: a) La legitimación presenta un carácter jurídico, tanto por su origen, como por sus efectos; por su origen, consiste en una atribución que el ordenamiento jurídico hace sobre la base de la relación existente entre el sujeto y un derecho o interés legítimo cuya tutela jurisdiccional se reclama; y, por sus efectos, al ser una cualificación o investidura jurídica del sujeto que le posibilita ejercitar el poder de acción a través del método legalmente establecido y garantizado, es decir, el proceso. b) La legitimación presenta un carácter especial o relativo pues se otorga sobre la base del derecho o interés legítimo que se hacen valer en el proceso. c) La legitimación presenta un carácter extrínseco ya que se establece en atención a relaciones externas de los sujetos con otros sujetos u objetos, relaciones de las que emanan los derechos e intereses legítimos susceptibles de tutela jurisdiccional. d) La legitimación presenta un carácter presunto, pues atendiendo a su actuación en el proceso, la situación inicial se basa en que un sujeto en la pretensión afirma su propia legitimación. El control que el juzgador puede establecer en este momento inicial del proceso es meramente hipotético, por ello es que Silguero concluye que su constatación no puede establecerse a ciencia cierta hasta la sentencia”.

Juan Carlos Benalcázar libro de Derecho procesal administrativo página 284, dice: “En el Derecho Procesal Administrativo, la legitimación presenta una especial problemática, pues tiene una íntima vinculación teórica con las denominadas, “situaciones jurídicas subjetivas” del administrado, a saber, derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Recordemos que el proceso contencioso –administrativo de plena jurisdicción fue diseñado para la tutela de derechos subjetivos; mientras que el proceso objetivo se ideó para la defensa de la legalidad, no obstante lo cual, se exige como requisito de “seriedad procesal” que el demandante demuestre un interés formal en el asunto sobre el que versa el proceso. “Una de las cuestiones más interesantes que presenta el estudio del moderno derecho procesal administrativo es, precisamente, el de las distintas categorías de situaciones sustantivas activas, y la correlativa

posibilidad o no de hacerlas valer en un juicio contra el Estado”. (Javier Urrutigoity, Op. Cit., pp.219-221).

El pie de página que está en las páginas 285 y 286 de la obra tantas veces referida del Dr. Benalcázar es muy objetiva: “Al respecto dice MAYER: “La Justicia civil tiene por objeto normalmente la solución de un litigio, de una disputa jurídica. La sentencia determina lo que debe ser de derecho entre las partes, al declarar lo que es ya derecho para ellas. Dice únicamente lo que la ley ha querido para ese caso; es la viva vox legis. De ese modo legaliza a la vez los derechos individuales que existen y les atribuye la certeza necesaria para que sean ejecutados por la fuerza. La tarea esencial a de la sentencia es la legalización. La palabra jurisdicción (Rechtsprechung), que se usa como sinónimo de justicia contenciosa, designa muy exactamente esas cualidades características.- Nuestra doctrina, no es posible desconocerlo, está dominada por la idea de que la misión de la justicia administrativa consiste necesariamente en eso, y que, por esencia, ése es su contenido”. Posteriormente agrega: “...hay justicia administrativa cuando una autoridad administrativa debe resolver sobre un derecho individual”. No obstante, hay que tener en cuenta que ese autor se suma a una opinión que pretendía evitar los resultados negativos que la estrechísima concepción del derecho subjetivo presentaba. Así, manifiesta: “...el derecho individual es bastante raro en la esfera del derecho público; y lo que es más, existe completo desacuerdo acerca de sus calidades distintivas. Por ello, y a fin de no restringir demasiado la esfera de la justicia administrativa, es necesario aceptar como derecho individual el interés simplemente protegido de cualquier manera por las reglas del orden jurídico. Así, se llega a enunciar el principio de que la justicia administrativa puede ser también llamada para defender simplemente el derecho positivo, el orden jurídico por sí mismo, ya resulten de él verdaderos derechos individuales o no” Otto MAYER, Derecho Administrativo Alemán I, Parte General, 2ª. Edición, traducción de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, pp. 219-220.

Intereses Legítimos: en la obra del Dr. Juan Carlos Benalcázar página 316-317 consta: “Al considerar los intereses legítimos, ALESSI dice que: “... hay otra situación que presenta la característica de un vínculo capaz únicamente de garantizar una utilidad instrumental para el individuo, representa por un determinado comportamiento de la Administración, ajustado al interés público (y como tal establecido por la norma) y susceptible de satisfacer sólo de modo eventual y mediato un interés individual de naturaleza sustancial, pero inadecuado para

garantizar al individuo una utilidad sustancial directa e inmediata, de manera que no podrá aparecer aquí la figura del derecho subjetivo (caracterizada como hemos visto, por la garantía de una utilidad sustancial inmediata y directa), sino una figura menor y distinta, caracterizada precisamente por la garantía de una tal utilidad instrumental...Concluye ALESSÍ manifestando que, En esencia, si queremos dar una definición objetiva de la situación de interés legítimo, contraponiéndola a la de derecho subjetivo, debemos decir que se trata de la situación caracterizada por la garantía de una utilidad instrumental a la legalidad del comportamiento administrativo; si en cambio queremos acentuar el aspecto subjetivo del concepto de interés legítimo, debemos decir que éste (entendido como reflejo subjetivo de la garantía y del vínculo) es el interés instrumental a la legalidad del comportamiento administrativo. Interés instrumental que se funda en un interés sustancial cualificado, en el sentido de interés que podría eventualmente encontrar realización cuando se realice el interés instrumental; o sea, mientras el interés instrumental tiene una realización cierta y efectiva... ya que la utilidad instrumental representada por la legalidad está efectivamente garantizada, el interés sustancial se realiza sólo de forma eventual y mediata". (Renato ALESSÍ, Instituciones de Derecho Administrativo, traducción de la 3ra. Edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Editorial Bosch, 1970, p. 455 y 457).

Muy claro nos deja Juan Larrea Holguín, citado en la obra del Dr. Benalcázar cuando se refiere: "La igualdad ante la ley no significa gozo actual de los mismos derechos, sino capacidad general para adquirirlos, iguales garantías, y seguridad de que no se excluye a nadie arbitrariamente, pero la adquisición y ejercicio de los derechos supone de todas maneras el cumplimiento de ciertos requisitos, sin los cuales no se pueden hacer efectivos. Ahora bien, las condiciones que se piden para ser titular de un derecho, no pueden ser impuestas sino por la misma ley y con carácter general, obligatorio para todos; en esta forma se elimina la arbitrariedad de las autoridades." (Juan Larrea Holguín y Julio Toba Donoso, Derecho Constitucional Ecuatoriano, I, 2ª. edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1981, p. 167.).

3.4 Procedimiento administrativo y participación ciudadana.

La Norma suprema es la Constitución de la República, veamos lo que nuestra máxima norma describe en torno a la participación ciudadana:

“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. 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. Art. 16.-Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:...

5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación. Art. 38.- El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.....” Art. 39.-El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público....” Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. “Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: 1. La inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica.....” Art. 61.-Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 1. Elegir y ser elegidos. 2. Participar en los asuntos de interés público. 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa. 4. Ser consultados. 5. Fiscalizar los actos del poder

público. 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular. 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional. 8. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable. Art. 65.- El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados. 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: 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. Art. 95.-Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. Art. 97.-Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de

conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social. Art. 100.-En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para: 1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía. 2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo. 3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos. 4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social. 5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación. Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Art. 204.- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa. “Art. 207.- El Consejo de Participación Ciudadana y

Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones.....” Art. 227.-La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. “Art. 238.- Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional...” Art. 248.- Se reconocen las comunidades, comunas, recintos, barrios y parroquias urbanas. La ley regulará su existencia con la finalidad de que sean consideradas como unidades básicas de participación en los gobiernos autónomos descentralizados y en el sistema nacional de planificación. “Art. 276.-El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:.... 3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público....” Art. 279.- El sistema nacional descentralizado de planificación participativa organizará la planificación para el desarrollo. El sistema se conformará por un consejo nacional de planificación, que integrará a los distintos niveles de gobierno, con participación ciudadana, y tendrá una secretaría técnica, que lo coordinará. Este consejo tendrá por objetivo dictar los lineamientos y las políticas que orienten al sistema y aprobar el Plan Nacional de Desarrollo, y será presidido por la Presidenta o Presidente de la República. Art. 340.-El sistema nacional de inclusión y equidad social es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. El sistema se articulará al Plan Nacional de Desarrollo y al sistema nacional descentralizado de planificación participativa; se guiará por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación; y funcionará bajo los criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación. El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte. “Art. 347.- Será responsabilidad del Estado:... 11.

Garantizar la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos....” Art. 359.- El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social. Art. 384.- El sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana. El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana. Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:.... 3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales. Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

En el cuadernillo de discusión de la SENPLADES Tendencias de la Participación Ciudadana en el Ecuador dice: “En el siglo XVIII; Rosusseau ya crítica la forma y el carácter de la democracia representativa, en el sentido de que los políticos no asumen la obligación de cumplir las promesas formuladas durante su campaña, con las que ganan las elecciones, y olvidan así a sus electores, situación que anula el principio de la representación. A la larga, los electores pierden la confianza en la democracia electoral. El ausentismo y los votos blancos y/o nulos son una consecuencia de esta pérdida de confianza y reflejan una crisis de representatividad y de participación política...”

Marco Morales Tobar en el Manual de Derecho Procesal Administrativo página 395 dice: "...ciertamente que los estadistas, juristas y buenos gobernantes, en general lo que buscan es proveer de bienes y servicios de buena calidad a sus conciudadanos, que estén acordes con la contemporaneidad, con lo que se estima se está cumpliendo con los cometidos del Estado. El otorgamiento de bienes y servicios, no son otra cosa que la dotación de herramientas necesarias al ser social, para que por sí mismo logre alcanzar y desarrollar sus propios propósitos, metas y hasta fines,..."

Miguel Sánchez Morón a quien nos referiremos de continuo en lo relativo a participación ciudadana dice: ¹⁹como vemos Ecuador va avanzando en ese proceso, hay elecciones obvias, pero a su momento iremos analizando los múltiples mecanismos que permiten que el mandante ejerza más poder, actuación y control sobre sus mandatarios.

El autor citado sigue: pág. 83 "En cualquier caso, la participación a que se alude no constituye un molde alternativo de administrar, de alcance general. Se alude en ocasiones a una democracia participativa, pero ésta no es sino un complemento de la democracia representativa que la Constitución establece. Participar no es, generalmente, decidir, sino influir en la decisión. Tampoco es constitucionalmente posible sustituir la Administración profesional por un conjunto de organismos cuya gestión se atribuya a las organizaciones representativas más interesadas en cada caso.....La participación de los ciudadanos debe ser, pues compatible, con estos principios y no perturbar la gestión de los servicios ni dilatar excesivamente las decisiones."

Como vemos, el autor hace ver que "participar" no es sinónimo de "contradecir o entorpecer sin debido fundamento" como normalmente pasa en nuestro medio en algunas cuestiones. Sigue el autor referido: "..., una Administración abierta a la participación de los interesados, que sea capaz de tener en cuenta sus opiniones antes de decidir es, sin duda, una Administración más democrática y normalmente más eficaz, si por eficacia se entiende la adecuación de la acción

¹⁹ Miguel Sánchez en su obra Derecho Administrativo "La participación de los ciudadanos en la vida pública no tiene por qué limitarse a depositar su voto en elecciones periódicas, aunque éste sigue y seguirá siendo el principal derecho de participación en una democracia que cabe calificar, precisamente, de representativa...."

administrativa a las demandas sociales y no sólo la agilidad o rapidez de tramitación de los procedimientos”, como vemos, dentro de una lógica de desarrollo, participar no es llamarle al ciudadano a informarle lo que la administración o la entidad hizo, participar es pedirle opinión previa antes de ejecutar o hacer algo.”

Cuando nos preguntamos qué hace un gobierno, porqué si yo como ciudadano puedo opinar y participar en la vida de mi país, entonces surge preguntar: ¿qué hace la administración?:

En la obra de Miguel Sánchez nos clarifica: “....., la Administración realiza hoy una serie de tareas inherentes al interés general que suelen denominarse funciones de soberanía, como son las de protección de la seguridad ciudadana y protección civil, la defensa y las relaciones internacionales, así como proveer de medios a la Administración de Justicia. En segundo lugar, proporciona a los ciudadanos, directamente o en colaboración con la iniciativa privada y las organizaciones sociales, una serie de servicios públicos de carácter cívico-social y de solidaridad, entre ellos la sanidad, la enseñanza, la seguridad social....En tercer término, la Administración se ocupa de la defensa de los bienes colectivos, entre los que hay que incluir señaladamente la tutela del medio ambiente y del patrimonio histórico, la ordenación del territorio y el urbanismo.....En materia económica, la Administración vela por la ordenación de la economía, por la libre competencia, la estabilidad y transparencia de los mercados y los derechos de los trabajadores y los consumidores; apoya y promueve el desarrollo de los distintos sectores económicos, en especial la agricultura y el desarrollo rural, la reestructuración industrial y la investigación; garantiza el funcionamiento y el acceso a los servicios económicos de interés general (energía, transportes, telecomunicaciones, correos, etc.); controla y avala la solvencia del sistema financiero. Finalmente, la Administración se ocupa de obtener y gestionar los medios que precisa para su funcionamiento, ya sean tributarios o personales o se trate de bienes muebles e inmuebles....”.

A pensar nos da que el humano sólo se siente aislado, desde hace miles de años vimos que era necesario unirnos para defendernos, en un momento dado viene la norma jurídica, las instituciones, por tanto surge la pregunta: ¿qué somos ante la administración?: “...la situación del ciudadano ante la Administración es distinta, ya que carece de un verdadero derecho individual o subjetivo a exigir o a impedir una actuación administrativa, dado que las normas jurídicas permiten a aquella decidir con discrecionalidad. Por ejemplo, nadie tiene derecho salvo

rigurosa excepción, a exigir de la Administración que modifique un plan urbanístico para aumentar la edificabilidad de su parcela, o a que abra una residencia de la tercera edad en su propio barrio o a que proyecte el trazado de una nueva carretera atravesando la finca del vecino y no la propia. Ello no quiere decir que, a estos efectos, corresponda al ciudadano una situación jurídica meramente pasiva, es decir, la de simple receptor de las decisiones administrativas, ya le beneficien o le perjudiquen. Al contrario, en el Derecho actual el ciudadano no es un mero súbdito que ha de soportar sin más el peso del poder y tampoco, en su caso, simple beneficiario de actuaciones paternalistas o graciabiles de la Administración que le permiten acceder a ciertos servicios. Es, por el contrario, un sujeto jurídico al que se le reconoce, de varias maneras, la posibilidad de intervenir ante la Administración en todos aquellos asuntos que sean de su interés y la de exigirle que cumpla la ley en todo caso. ...”.

Centrándonos en el ciudadano y su participación en la vida y quehacer administrativo de un país es necesario profundizar el tema, en el sitio web: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista14/documentos/que%20es.htm>, nos refiere ¿Qué es participación Ciudadana? y dice:

“La presencia de los ciudadanos en los asuntos públicos es una condición necesaria para alcanzar la gobernabilidad democrática. A medida que el ejercicio del poder está más legitimado en la voluntad obtenida a través de un consenso social, mayores son las posibilidades de visibilizar las aspiraciones de los diferentes sectores sociales. Puede decirse que la realización progresiva de los derechos humanos, está en relación directamente proporcional al aumento de la calidad de la participación ciudadana. Sin embargo, prevalece en nuestra sociedad una marcada exclusión de la mayoría poblacional respecto a la toma de decisiones sobre los asuntos públicos; de manera que, el consenso se reduce a minorías no representativas de la pluralidad de intereses societarios. Una de las razones primarias para tal marginamiento, se desprende de la ausencia de información, e interiorización de la ciudadanía, sobre las posibilidades de nuestro marco jurídico en cuanto al reconocimiento formal de espacios de participación. Por lo tanto, la presencia del ciudadano en las decisiones que le afectan, tanto individual como colectivamente, precisa de una adecuación funcional, en tanto en cuanto, facilite el acceso y la conformación no excluyente de centros de decisión a partir del nivel local, que en última instancia, también sean capaces de incidir en la formación de voluntad sobre las decisiones que exceden el ámbito del Estado-Nación. De ahí la importancia de la

participación ciudadana, a la cual el abogado costarricense Rafael González Ballar define como "un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en que se desenvuelve." Podemos deducir de lo anterior, que la Participación es un proceso de generación de conciencia crítica y propositiva en el ciudadano. La participación no es realmente efectiva mientras no vaya modificando y ampliando las relaciones de poder. El fin de la participación ciudadana no es tanto ella en sí misma, por cuanto que, la finalidad que debería perseguir es la mejora sostenible de las condiciones de vida de la sociedad...."

Como apreciamos es un texto bastante didáctico de lo que es participación, ahora hay mecanismos legales que nos permiten alcanzar e involucranos en esta participación, no hay democracia que se precie de tal si no está inmersa en el poder ciudadano, a más participación ciudadana mayores aciertos y tranquilidad para el gobernante o mandatario; si hablamos de derechos humanos es relacionado a la participación, no sólo podemos hablar de derechos humanos en términos de los conceptos guerra o detenidos, participar es activar el legítimo derecho de la persona frente a las decisiones de la administración, la pregunta es ¿conocemos la ley más allá del aforismo que es por todos conocida, sabemos los mecanismos que nos permite participar en la toma de decisiones que las entidades públicas adoptan por los diversos temas del quehacer nacional?

En el sitio web: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/29%20ie_135_part_sociud.pdf, encontramos el Informe Especial de Participación Social y Ciudadana:

“Es importante señalar un aspecto que destaca Rodrigo Baño, en atención a que la participación ciudadana no altera la representación política de quien detenta el poder público, puesto que más bien supone su existencia; en oposición a quienes piensan que los mecanismos de participación ciudadana en tanto herramientas de participación o democracia directa excluyen a los mecanismos de representación y de esta forma a los partidos políticos. Lo que el autor propone, en definitiva, es que la participación social, en el sentido amplio del término, no se considera participación ciudadana sino en tanto se relaciona con “actividades

públicas”; la participación ciudadana entonces, correspondería a intereses privados (aunque sean colectivos) de la sociedad civil, que reconoce intereses públicos y políticos ante los que apela. Lo que está pidiendo es precisamente el reconocimiento del carácter público que tiene su interés privado, lo que no significa que ese interés privado se transforma en público, sino que se hace pública la consideración de ese interés. Putnam agrega que no hay oposición entre interés propio y el altruismo, pues los ciudadanos en una comunidad cívica no requieren ser altruistas, sino que perseguir lo que Tocqueville llamó el “interés propio adecuadamente entendido”. El concepto antes referido, se vincula estrechamente con la definición que otorga el PNUD en su último Informe de Desarrollo Humano acerca del poder y que es compartida en el presente trabajo, cuando señala que se entiende por sociedad civil “aquellas formas de asociación autónomas del mercado y el Estado que tienen por objetivo reivindicar derechos, expresar opiniones, influir en las decisiones que afectan a la comunidad y controlar a sus autoridades”

MODOS EN QUE PUEDE OPERAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. La participación ciudadana en la gestión pública puede operar en diferentes formas y niveles. De acuerdo a sus objetivos y aproximación a prácticas promotoras de la ciudadanía. Una tipología adecuada en este sentido es la siguiente

- Participación como habilitación social y empoderamiento: orientada a que la comunidad adquiera destrezas y capacidades, fortalezca sus propios espacios y organizaciones, actúe con un sentido de identidad y de comunidad propio, a la vez que logra proponer temas al Estado, influir en la toma de decisiones e incrementar su capacidad de negociación e interlocución.
- Participación gestionaaria: considera a los beneficiarios como gestores de programas públicos para dar respuesta a problemas locales o sectoriales.
- Participación instrumental: orientada a la satisfacción de necesidades básicas, utiliza la oferta tal cual viene predefinida desde los canales institucionales.
- Participación consultiva: considera principalmente las experiencias tipo cabildos o consultas locales, con una interacción activa autoridad-población.”

Dentro de las conclusiones de este informe hay algo que los estudiosos determinan en Chile pero que es aplicable en Ecuador o cualquier parte del mundo en que a los mandatarios les interese que los mandantes tengan el rol protagónico en la toma final de decisiones, veamos: “Para ello, es incuestionable la necesidad de abordar dos temas fundamentales que se relacionan con el fortalecimiento de la sociedad civil y que se desprenden de los resultados de la encuesta, esto son, la urgencia de profundizar el proceso de descentralización del país y poner en marcha una política pública de participación ciudadana a largo plazo que contemple

desde una edad temprana en las personas la formación para la participación en sociedad, que comprometa a los ciudadanos del futuro en los destinos de su comuna, ciudad y país. Sólo en la medida que los niños y jóvenes conozcan la historia y las instituciones que constituyen a nuestro país, podrán sentirse interpelados para querer ser partícipes de las mismas y con ello, sentir que su participación es esencial para avanzar hacia el desarrollo y el fortalecimiento de nuestra democracia, lo que sin duda, se pone de manifiesto con mayor eficacia en el ámbito local de cada individuo, puesto que en espacios más reducidos es posible notar con más claridad los efectos de una determinada participación. Así, la participación ciudadana no sólo debe ser vista como la aplicación de una serie de herramientas legales, sino que debe entenderse como el fundamento de una sociedad que a largo plazo pueda generar mayores vínculos de confianza y sea de esta forma, un socio activo en las tareas que le corresponden al Estado, a favor del Bien Común del país. En este contexto, la participación social y ciudadana se constituye en una materia poco explotada por la teoría política de derecha –aunque en parte puesto en práctica, básicamente por algunas autoridades en el ámbito local-, pero que se advierte como base esencial de dos temas de profundo significado y relevancia para nuestra sociedad, esto es, la superación de la pobreza y la transparencia de la gestión pública.”

La Autora ecuatoriana Tatiana Ordeñana Sierra en el sitio web: http://www.espae.espol.edu.ec/images/documentos/publicaciones/coffee_break/conociendoparticipacionciudadana.pdf, Manifiesta:

“La participación ciudadana es un proceso en construcción que siempre dependerá de tres factores: del conocimiento que tengan las personas sobre sus derechos, de la decisión de ejercerlos y del compromiso con su ciudad –país. El conocimiento de los derechos es la esencia del buen vivir, porque parte de la premisa de que los ciudadanos están informados de sus garantías constitucionales: salud, educación, vivienda, seguridad, alimentación, sexualidad son, entre otros, derechos que “se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento” (artículo, numeral 1 de la Constitución). El conocimiento empodera a las personas, les otorga seguridad para exigir, cuestionar, pedir, demandar, proponer, fiscalizar, vivir. En eso radica la esencia de los derechos, en proveer a las personas certezas de como desarrollarse en su ciudad, de como actuar ante sus pares y ante el propio Estado. Ese empoderamiento nos dota de voluntad para ejercer los derechos y por tanto, cumplir el tercer factor de la participación ciudadana solo

depende del compromiso con nuestra ciudad-país. Existen entonces muchas posibilidades de que las personas se incorporen a las decisiones de su gobierno, de que incidan plenamente en las políticas públicas, en la planificación, en los presupuestos. La participación ciudadana también se vuelve una herramienta vital de la transparencia, porque los ciudadanos se convierten en veedores y fiscalizadores de las acciones emprendidas por las autoridades. La participación ciudadana es una garantía de la democracia, es la esencia misma. Como señala el escritor español, Joaquín Villalobos, “la democracia y los derechos humanos no son solo un asunto ético o ideológico, son una tecnología de gobierno que permite mantener cohesionada a la sociedad en medio de las diferencias y la natural diversidad que la compone”. ¿Qué está sucediendo en Ecuador? Sin duda, la Constitución de Montecristi significó un avance profundo en materia de derechos, pues logró materializar las aspiraciones, las propuestas, los cambios que diferentes sectores de la sociedad civil venían impulsando desde hace varios años. En esa línea, el Consejo de Participación y Control Social nace para “promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana e impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público (...)” El Consejo solamente es una herramienta para la participación y en esa medida ha determinado varias acciones que garanticen ese derecho. Los ejemplos de mayor impacto y que tienen incluso mayor recordación mediática, son aquellos relacionados con los concursos para designar a las nuevas autoridades. Este proceso, que empezó en julio de 2010, ha sumado la voluntad de más de mil personas para veedurías y de otras 800 para participar en calidad de comisionados ciudadanos (quienes nombran mediante concurso a las autoridades). Se ha convertido en un referente de participación, incluso en América Latina, porque ha roto con la hegemonía de designación que la mantenían los congresos en frecuentes disputas con el poder ejecutivo. No obstante, la participación facilitada por el Consejo también se puede mirar en las de veedurías que se han suscrito para la vigilancia de la obra pública en las ciudades. Existe aproximadamente una veeduría por provincia, formada por personas que les interesa lo que ocurre a su alrededor. En esa misma línea, el Consejo tiene previsto crear para el 2011 un programa de fondos concursables que pretende “estimular las capacidades participativas de la ciudadanía y su participación protagónica orientada a incentivar e impulsar la generación y aplicación de propuestas sobre participación ciudadana, control social, rendición de cuentas, espacios de deliberación pública, transparencia y lucha contra la corrupción nacidas desde la libre iniciativa y sentir ciudadano”. En participación ciudadana siempre hay mucho por hacer y hay varias vías. Yo he señalado algunas que están en la planificación del Consejo, pero existen otras que también otorgan

mucho poder a los ciudadanos frente a la autoridad: la silla vacía, observatorios y cabildos populares, audiencias públicas, asambleas populares y consejos consultivos establecidos en la Constitución. En este punto vuelvo al principio: la participación ciudadana necesita de conocimiento, decisión y compromiso para ejercer los derechos y romper las inequidades.”

Retomando a Miguel Sánchez Morón en su obra Derecho Administrativo, al referirse a los derechos de participación nos recuerda que: “...Tiene su origen en la necesidad de complementar la democracia representativa mediante instrumentos de relación directa y múltiple entre los ciudadanos y las organizaciones sociales y la Administración, habida cuenta de la cuota de poder discrecional que ésta ha asumido, con el fin de que la Administración conozca y tenga en cuenta las demandas sociales y de incrementar su transparencia y su control...De esta manera la participación es también un medio con que la propia Administración puede contar para recabar información de la sociedad y prever el efecto de sus decisiones, con el fin de adoptar la que sea más adecuada también en términos de eficacia social y aplicabilidad.....Tampoco consideramos instrumentos de participación ciudadana en sentido estricto los que entrañan la intervención de una persona física o jurídica, en el procedimiento administrativo que le afecta, para defender sus derechos o intereses individuales. Los cauces de participación de que ahora tratamos abren, por el contrario, vías para que cada ciudadano exprese sus opiniones y su voluntad como tal ciudadano, *uti cives*, o bien cauces para la defensa de intereses colectivos o difusos en relación con decisiones administrativas de alcance general. Hablamos, pues, de participación como medio para profundizar la democracia.”

En Ecuador tenemos los Gobiernos Autónomos Descentralizados que son los gobiernos locales o provinciales que se están transformando en el eje de los cambios directos que la comunidad requiere, pero en este ejercicio es donde se necesita la participación de toda la comunidad, una comunidad distante de su administración vendrá a ser un gobierno en que el alcalde o el prefecto será el despilfarrador en el manejo de fondos y autoritario en la determinación de qué obra requerirá la comunidad, cosa que sucedía mucho hasta hace pocos años, una administración municipal o provincial que cuente con el conocimiento y respaldo ciudadano es una administración sana y de avance, una comunidad que vaya empoderándose de sus procesos y tenga buenas nociones de la ley que le permite participar en la vida pública de su nación asegurará mayor bienestar para todos, en este sentido en la obra citada dice: “...En todo caso, dicha legislación social contribuye a los ciudadanos y a las organizaciones

representativas de los intereses sociales determinados derechos de intervención, más frecuentes e intensos, si cabe, en el ámbito municipal, pues no en vano los municipios son “cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos”,...”.

3.5 Breve análisis a la ley orgánica de participación ciudadana

Partamos de algo: ¿qué es una ley orgánica?, la Constitución de la República en dos artículos nos clarifica el rango de una ley orgánica y su importancia jerárquica en la estructura normativa del país:

“Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional. Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica. Art. 425.- 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....”

Como vemos la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, no es cualquier ley, o cualquier norma de menor jerarquía, de los 10 estamentos que contempla la escala del artículo 425 de la Constitución, esta, es una ley de carácter y rango orgánico, sólo superada por la Constitución de la República y los tratados y convenios internacionales.

Inherente al tema surge otra pregunta: ¿Cómo se ha dado el proceso de participación ciudadana en el Ecuador?. En el sitio web: <http://lalineadefuego.info/2012/09/11/el-gran-silencio-de-la-participacion-ciudadana-por-amalia-ospina-palacios/>; describe: EL GRAN SILENCIO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Lo de mayor trascendencia es: “LA

PARTICIPACIÓN CIUDADANA INSTITUCIONALIZADA La historia de la participación y control social dentro de la estructura del Estado se escribió mucho antes de la Constitución del 2008. Tiene sus inicios a mediados de los años noventa del siglo pasado, cuando las protestas sociales estaban en plena efervescencia y las organizaciones y movimientos sociales denunciaban el neoliberalismo y la corrupción a viva voz. Entre los resultados de aquellas movilizaciones figura el derrocamiento del ex presidente Abdalá Bucaram (1997), acontecimiento que marcaría la tendencia de las movilizaciones en los años siguientes. Pero no fue la única consecuencia. Otro resultado importante de las protestas, que a largo plazo podría tener implicaciones profundas para la sociedad ecuatoriana, fue la conformación en ese mismo año de la Comisión Anticorrupción, entidad que pudiera canalizar las demandas de la sociedad civil hacia los poderes del Estado, fortalecer su participación y hacer frente a los actos de corrupción y violación de derechos. Sobre esa base, la Asamblea Nacional Constituyente institucionalizó, un año más tarde, en 1998, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC). El organismo – de derecho público, con autonomía e independencia económica, política y administrativa – se creó para representar a la sociedad civil en la lucha contra la corrupción. Fue un logro: el primer intento de control social institucionalizado financiado por el Estado, pero dotado de autonomía. Si bien existían otras instituciones con funciones similares, como la Defensoría del Pueblo, estas no estaban conformadas por representantes ciudadanos. La CCCC funcionaba de otra manera. Su modelo institucional era más parecido al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1978, que fue formado por representantes de gremios sindicales y empresariales. Los delegados de la Comisión, por su parte, se seleccionaron entre diferentes sectores de la sociedad civil, medios de comunicación, sectores productivos, grupos de derechos humanos, movimientos indígenas, sindicalistas y mujeres.

.....**LA NUEVA CONSTITUCIÓN** El proceso de elaborar la nueva constitución en Montecristi fue en sí mismo un ejercicio de consulta y participación nunca visto previamente en el país. Liderada por Alberto Acosta durante su primera fase, la Asamblea Constituyente invitó a los más diversos grupos sociales a participar en el debate y en la redacción de la nueva Carta Política. Acosta mismo dice que el proceso de Montecristi fue único: “Nunca en la historia del país había tanta participación por parte de tantas agrupaciones provenientes de tantos sectores de la sociedad ecuatoriana. Fue una experiencia de participación ciudadana inédita. Y para mí ese proceso de discusión y debate fue tan importante como el resultado final.” Fue una experiencia esperanzadora para muchos ciudadanos y dentro de la lógica participativa de la Asamblea uno de los temas que más se debatió fue precisamente la participación ciudadana

cómo forma de supervisar y hasta controlar los poderes del Estado. El resultado fue su elevación a nivel de “poder del Estado”: el llamado Quinto Poder. Oficialmente denominada Función de Transparencia y Control Social[1], este Quinto Poder se conforma por la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado, las Superintendencias (Bancos, Comunicaciones, Compañías, entre otras) y finalmente el novedoso Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS).... Añade que la participación impulsada desde el Estado podría darse para temas más concretos como control de las obras y servicios públicos, pero para otras cosas no es posible, pues cuando se inmiscuye un espectro más político, las dificultades son mayores: “regular toda la participación es imposible y es un absurdo”. El desafío entonces, radica primero en encontrar la mejor forma de nombrar autoridades para promover la participación social y ciudadana. Y segundo en cómo consolidar una institución estatal que promueva una participación ciudadana autónoma del gobierno de turno. ¿Es posible? De las entrevistas realizadas, todos coinciden en que es necesario que se promuevan y garanticen mecanismos de participación ciudadana y control social desde el Estado, como una actividad democrática y necesaria para la consolidación de una cultura participativa más fuerte. Pero, asimismo, la mayoría concluye que esta institución, a la larga, no debería exceder sus funciones e ir más allá de una facilitación técnica. Es decir, que el Estado brinde los recursos y garantías necesarias para las veedurías y los observatorios y que atienda la formación en metodologías de participación, etc., pero que al mismo tiempo procure, en lo posible, evitar el cruce con las posturas políticas, porque es allí donde su gestión se parcializa. Ese delicado equilibrio siempre generará controversias y damnificados: eludir la política en los debates sobre la gestión del poder es un juego de equilibristas... Las veedurías pueden considerarse el “fuerte” de la acción del Consejo, pero no puede decirse que su promoción esté sujeta a algún tipo de “estrategia” ordenada. Tampoco existe coordinación de políticas con las otras instituciones, ni del Estado ni con las que conforman la Función de Transparencia y Control Social. La Consejera Andrea Rivera manifiesta que en la práctica, cada entidad realiza proceso de participación ciudadana y control social de manera individual y aislada.....Según Andrea Rivera: En este momento a varias autoridades del Ejecutivo ya no les gusta mucho lo que está escrito en la Constitución, en la Ley, en cuanto a la participación, porque la participación justamente implica que la ciudadanía sea crítica, que sea consultada, que tenga amplia decisión, que critique, que ejerza su derecho a la resistencia, que ocupe la silla vacía, que dé su opinión, que controle, que vigile, que denuncie, y eso ya no está gustando mucho...Es evidente que todavía hace falta la conformación de un espacio público donde la ciudadanía pueda expresarse y ser escuchado/a,

organizarse y donde se pueda discutir las orientaciones y propuestas de políticas públicas, reformas de reglamentos y procedimientos de cómo debe fomentarse la participación. Con las garantías necesarias y con autonomía del Ejecutivo....”.

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana el primer considerando dice: “Que, de conformidad con lo establecido por la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República, el órgano legislativo en el plazo máximo de 360 días contados desde su vigencia, aprobará la Ley que regule la participación ciudadana;”, es decir es un mandato soberano que el órgano legislativo debía cumplir.

En los considerandos cuarto y quinto: claramente dan a entender que la participación ciudadana tiene rango constitucional, no es un reglamento, una ordenanza, una norma aislada, sino proviene de la máxima norma del estado, cual es la Constitución de la República; el quinto considerando crea el organismo respectivo al que competará el tema de la participación ciudadana y el Control Social, que es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

“Que, los artículos 61, 95 y 102 de la Constitución de la República consagran el derecho a la participación en los asuntos de interés público, para lo cual las ciudadanas y ciudadanos, incluidos aquellos domiciliados en el exterior, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, en el control popular de las instituciones del Estado, la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano; Que, los artículos 204, 207 y 208, crean la Función de Transparencia y Control Social y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, respectivamente, reconociendo al pueblo como el mandante y primer fiscalizador del poder público, en el ejercicio del derecho de participación para impulsar y establecer los mecanismos de control social en los asuntos de interés público; y,”.

Sus dos primeros artículos son de trascendencia al regular el objeto y el ámbito:

“Artículo 1. Objeto.- La presente Ley tiene por objeto propiciar, fomentar y garantizar el ejercicio de los derechos de participación de las ciudadanas y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícitas, de manera protagónica, en la toma de decisiones que corresponda, la organización colectiva autónoma y la vigencia de las formas de gestión pública

con el concurso de la ciudadanía; instituir instancias, mecanismos, instrumentos y procedimientos de deliberación pública entre el Estado, en sus diferentes niveles de gobierno, y la sociedad, para el seguimiento de las políticas públicas y la prestación de servicios públicos; fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; y, sentar las bases para el funcionamiento de la democracia participativa, así como, de las iniciativas de rendición de cuentas y control social. Artículo 2. Ambito.- La presente Ley tiene aplicación obligatoria para todas las personas en el territorio ecuatoriano; las ecuatorianas y los ecuatorianos en el exterior; las instituciones públicas y las privadas que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público. Son sujetos de derechos de participación ciudadana todas las personas en el territorio ecuatoriano, las ecuatorianas y los ecuatorianos en el exterior, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícita, que puedan promover libremente las personas en el Ecuador o las ecuatorianas o ecuatorianos en el exterior.”

El artículo 1 se circunscribe a todos quienes están facultados a participar en la vida de la nación, a fortalecer el poder ciudadano, así como la rendición de cuentas y el control social, es decir los mandatarios se deben a sus mandantes y no al revés como antes se pensaba y actuaba.

El artículo 2 nos da la aplicación a todas las personas dentro del país, fuera de el, colectivos y diversas formas de organización lícitas.

Los objetivos contemplados en el artículo 3 están citados por medio de verbos rectores que podríamos llamarles de protección a los seres humanos:

- Garantizar...
- Establecer las formas....
- Instituir mecanismos....
- Fijar los criterios.....
- Promover la formación de deberes....
- Proteger la expresión de
- Respaldar las diversas iniciativas....

Los principios de participación contemplados en el artículo 4 son, además de otros que contemplare la Constitución los de: igualdad, interculturalidad, plurinacionalidad, autonomía, deliberación política, respeto a la diferencia, paridad de género, responsabilidad, corresponsabilidad, información y transparencia, pluralismo y solidaridad.

En el artículo 5 expresa los mecanismos de democracia directa:

- 1) Iniciativa popular normativa: El primero es el poder ciudadano ante la transformación de normas jurídicas ante la función legislativa.
- 2) Referéndum: poder ciudadano, para enmendar uno o varios artículos de la Constitución.
- 3) Consulta Popular: puede ser solicitada por el Presidente de la República, por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, por la ciudadanía, por disposición de la Asamblea Nacional,
- 4) Revocatoria del mandato: electoras y electores pueden revocar el mandato de las autoridades electas mediante sufragio, el ciudadano le colocó, si el mandatario no ha cumplido, el mandante puede removerlo.
- 5) Nuevos espacios de poder ciudadano: es el resultado del proceso de la participación individual y colectiva de los ciudadanos y ciudadanas.

En el título IV de esta ley está: de las organizaciones sociales, el voluntariado y la formación ciudadana

- 1) Art. 30 en adelante, las organizaciones sociales: se reconoce todas las formas de organización de la sociedad, todos enfocados al crecimiento social, resolución de conflictos, solidaridad, democracia, ejecución de programas y proyectos, sus dirigentes se alternarán, rendirán cuentas, estas organizaciones deberán ajustarse a la ley y registrarse
- 2) Art. 37 en adelante: El voluntariado: tiene a la acción social y al desarrollo, ciudadanía y organizaciones sociales actuando, pueden acordar con las autoridades de los niveles de gobierno.
- 3) Art. 39 en adelante: formación ciudadana, en particular apoya a esta formación el nuevo organismo que es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; el estado trabajará a través de:

- a. Campañas informativas.
- b. Inclusión de contenidos
- c. Formación de redes de educación popular.
- d. Difusión de la memoria histórica.

En esta formación están inmiscuidos también: medios de comunicación masiva, el estado formando a sus servidores, y el estado fomentando la participación ciudadana. Si se viola un derecho o se amenaza afectarlo se puede ejercer acción en forma individual o colectiva.

En el Título VI se detalla la participación ciudadana en los diferentes niveles de gobierno:

- 1) Art. 47: Consejos Nacionales para la Igualdad: lo integran estado y sociedad civil.
- 2) Art. 48: Consejo Nacional de Planificación: ésta a través de su Subsecretaría convoca a la Asamblea Ciudadana Plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir.
- 3) Consejos Ciudadanos Sectoriales: son instancias sectoriales de diálogo, deliberación y seguimiento de las políticas públicas de carácter nacional y sectorial, a través de los verbos vemos sus funciones:
 - a. Intervenir como instancias de consulta.....
 - b. Proponer al ministerio agendas sociales.....
 - c. Hacer el seguimiento y la evaluación participativa
 - d. Generar debates públicos.....
 - e. Coordinar con las diferentes instituciones...
 - f. Elegir a la delegada o delegado.....

Como vemos son acciones de desarrollo, coordinación y progreso.

La Participación a nivel local se detalla así, a partir del artículo 56:

- 1) Asambleas Locales: la ciudadanía puede organizarla en cada nivel de gobierno, para fortalecer su participación en relación con las autoridades, e incidir en las políticas públicas, prestación de servicios y la gestión de lo público.
- 2) Consejos Locales de Planificación: Son espacios encargados de la formulación de los planes de desarrollo, así como las políticas locales y sectoriales.

En el Título VII del art. 67 en adelante habla de los Presupuestos Participativos: este es el proceso mediante el cual las ciudadanas y ciudadanos, contribuyen voluntariamente a la toma de decisiones respecto de los presupuestos estatales, en reunión con las autoridades electas y designadas.

Antes era casi una “cultura” general que el mandatario –alcalde o prefecto sobre todos- reunía a sus técnicos, consejeros o concejales de mayoría, eso si los reunía, y hacía y decidían indiscriminadamente con su presupuesto y donde ejecutar obra, pero no con visión técnica de desarrollo sino de una futura reelección de su candidatura; así hemos constatado sobre todo quienes vivimos en la Amazonía la construcción de coliseos cubiertos en sitios donde ya había otras canchas deportivas, mientras esa población lo que más requería era agua y alcantarillado, ahora se ha mejorado, no como se quisiera pero se va mejorando el proceso con la participación ciudadana.

En el Título VIII, están artículos de suprema importancia ya que hablan sobre los mecanismos de participación ciudadana.

Son los instrumentos con que cuenta la ciudadanía para su participación.

- 1) Audiencias Públicas: lo habilita la autoridad, ejemplo un prefecto, un alcalde, de oficio o por pedido ciudadano; atiende pronunciamientos o peticiones ciudadanas y fundamenta decisiones o acciones de gobierno, convocadas obligatoriamente en todos los niveles de gobierno.
- 2) Cabildos Populares: instancia cantonal, sesiones públicas en que concurre toda la ciudadanía, para discutir temas vinculados a temas municipales, los cabildos tienen carácter consultivo, no resolutivo.
- 3) Silla Vacía: mecanismo a ser implantado en los Gobiernos Autónomos Descentralizados, ocupado por un ciudadano o representantes de la ciudadanía, para participar en el debate de sus decisiones y en las decisiones que adoptan, este representante tiene voz y voto por ende es muy responsable de sus debates y decisiones colegiadas. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Artículo 311.- Silla vacía.- Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados son públicas y en ellas habrá una silla vacía que será ocupada por un representante de la ciudadanía en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en el debate y en la toma

de decisiones en asuntos de interés general. Las personas que participen con voto serán responsables administrativa, civil y penalmente. El ejercicio de este mecanismo de participación se regirá por la ley y las normas establecidas por el respectivo gobierno autónomo descentralizado.

- 4) Veedurías para el control de la gestión pública: destinada al control de las funciones del estado, todo el sector público, incluido el sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público.
- 5) Observatorios: se constituyen por grupos de personas u organizaciones ciudadanas que no tengan conflicto de intereses con el objeto observado; el objetivo es elaborar diagnósticos, informes y reportes para impulsar, evaluar, monitorear y vigilar el cumplimiento de las políticas públicas.
- 6) De los Conejos Consultivos: son mecanismos de asesoría, espacios y organismos de consulta, su función es consultiva.
- 7) Consulta previa: garantía para los grupos, es decir, comunas, pueblos, nacionalidades indígenas, etc, el derecho a la consulta previa, libre e informada dentro de un plazo razonable.
- 8) Consulta ambiental a la comunidad: si algo va a afectar al ambiente, se debe consultar a la comunidad que soportará la obra o impacto, el sujeto consultante será el Estado, el estado valorará la decisión de la comunidad.

En el Título IX que habla del Control social del artículo 84 en adelante:

- 1) Veedurías Ciudadanas: Es una modalidad de control social de la gestión de lo público, y de seguimiento a las actividades que hacen las autoridades, es decir el ciudadano sigue de cerca la actuación de su mandatario.
- 2) De la Rendición de Cuentas: toda institución pública o privada que preste servicios públicos rinde cuentas de lo que ha hecho ante sus ciudadanos, 1 vez al año, a rendición es un proceso interactivo, los que escuchan la rendición pueden preguntar, pedir se muestre documentos que sustenten los que el servidor que rinde expresa en su informe, la rendición no es un acto para que el servidor que deba hacerlo concurra con un lindo discurso demagógico sino que el art. 92 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana da los parámetros principales de la rendición de cuentas:

- a. Propuesta o plan de trabajo planteados formalmente antes de la campaña electoral;
 - b. Planes estratégicos, programas, proyectos y planes operativos anuales;
 - c. Presupuesto general y presupuesto participativo;
 - d. Propuestas, acciones de legislación, fiscalización y políticas públicas; o,
 - e. Propuestas y acciones sobre las delegaciones realizadas a nivel local, nacional e internacional.
- 3) Libre Acceso a la Información Pública. La información pública pertenece a la ciudadanía, por ende puede conocerla, y los servidores deben facilitar este acceso.

Finalmente estimo que el la ley Orgánica de Participación Ciudadana busca la primacía del mandante en las decisiones que deberá adoptar el mandatario; el debido manejo que el mandatario debe dar al dinero que el pueblo le ha encargado al mandatario para que haga las cosas en beneficio del conglomerado social, por ende el mandatario debe pedir opinión previa a ejecutar lo que estime más adecuado y rendir cuentas de lo que se le ha encomendado, y son los mandantes quienes de ejercer debidamente sus derechos, los que tienen el poder de analizar previamente, hacer, decidir o remover.

En el sitio web:

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6479:la-seguridad-juridica&catid=31:derecho-constitucional, consta un artículo del connotado jurisconsulto nacional, la seguridad jurídica Por: Dr. José García Falconí, lo más trascendente se resume en:

“Más aún, hay que señalar que la paz social, es uno de los aspectos más importantes para el ser humano, es la posibilidad de una convivencia pacífica y justa, o sea el logro de una paz social en justicia, pues hoy el derecho se encuentra avocado al estudio del hombre en las relaciones con sus semejantes, en el contexto de una comunidad que procura la JUSTICIA Y LA PAZ SOCIAL. Recordemos que el derecho, es el principal instrumento que el hombre ha encontrado para favorecer la convivencia en sociedad y procurar un desarrollo común de todos quienes participamos en ella, ya que el proceso se encuentra estructurado básicamente a la resolución de conflictos de intereses con relevancia jurídica. Deseo participar con el amable

lector la frase de Antoine Marie Roger de Saint-Exupery, quien dice “Si quieres un mundo de paz y de justicia hay que poner decididamente la inteligencia al servicio del amor”. Mientras que la ética laica, a la que también se refiere el Art. 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, se encuentra definida en el Art. 3 No. 5 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, en la que se dice se garantiza el accionar sustentando en la razón libre de toda presión o influencia preconcebida y toda creencia confesional por parte del Estado y sus funcionarios; además señala como objetivo de dicha ley “(...) Promover la formación en deberes, derechos y una ética de interés por lo público que haga sostenible los procesos de participación y la consolidación de la democracia”; también hay que señalar que el Art. 4 de dicha ley señala los principios de participación y entre ellas la deliberación pública, que “Es el intercambio público y razonado de argumentos, así como, el procesamiento dialógico de las relaciones y los conflictos entre la sociedad y el Estado, como base de la participación ciudadana”; esto es el ejercicio de los derechos de participación ciudadana y organización social se regirá, además de los establecidos en la Constitución, por los principios que se mencionan en el Art. 4 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, considerando que esta participación es un derecho que se ejerce a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. También debo señalar que el pluralismo según señalan los principios del Art. 4 de la ley antes mencionada “Es el reconocimiento a la libertad de pensamiento, expresión y difusión de las diferentes opiniones, ideologías políticas, sistemas de ideas y principios, en el marco de respeto a los derechos humanos, sin censura previa”; mientras que el de solidaridad “Es el ejercicio de la participación ciudadana que debe promover el desarrollo de las relaciones de cooperación y ayuda mutua entre las personas y colectivos”.

3.6. El procedimiento administrativo y la satisfacción del servicio público.

Hemos analizado en páginas anteriores lo que es un procedimiento, que no es otra cosa que el cauce de algo, en este sentido es el cauce de procedimientos, normas, regulaciones o pasos que tiene una nación para procesar su existencia pacífica y de desarrollo, esto desemboca en un procedimiento administrativo general.

Pensemos: si soy un servidor público, mi misión es cumplir con la ley, al cumplir con lo que la ley me dispone y hacer lo que me compete realizar con calidad y calidez humana estaré dando

el correcto servicio a la comunidad, y sumada a una igual visión y hechos de mis otros colegas servidores públicos mi país va a progresar, cada uno aportamos a un todo, pero si soy un servidor displicente o que a regañadientes cumplo apenas con lo que se me encomendó voy a tener problemas laborales e incidir en el decrecimiento de la nación, volvamos a recordar, ¿para qué se ha creado la Ley Orgánica de Participación Ciudadana?, para que se quede en letra muerta, para que sea un libro bonito que se sume a los cientos de leyes que posee Ecuador, no, la respuesta es que esta codificación le permite al mandante inmiscuirse, tomar un rol protagónico en las cosas que prevén, planifican, y hacen sus mandatarios (pedirles cuentas), si soy ciudadano y van a hacer un puente en mi comunidad previa a esta obra puedo opinar, sugerir; si soy ciudadano y recibo un mal servicio de agua potable en mi barrio pido al Sr. Alcalde una audiencia, expongo mi queja, hago que se llame al Director de esa área para que en mi presencia se explique técnicamente lo que sucede o falta en el sistema, si veo la municipalidad ha planificado hacer una cancha de fútbol en mi barrio lo cual es útil para los jóvenes de mi comunidad pero no hay servicios básicos, entonces con mi comunidad pedimos que de acuerdo al presupuesto participativo que acordamos se respete lo prioritario y en la proyección de ejecución de obras primero se dote a mi barrio de servicios básicos y luego que venga la cancha deportiva o una casa comunal; no es época en que la ley por ministro, alcalde, prefecto o concejo municipal que sea haga lo que le dé la gana con los fondos públicos respecto de los planes y proyectos a ejecutarse; por eso es imprescindible ser ciudadanos conocedores de las obligaciones y derechos, esto nos llevará a dar un servicio público eficiente, brindado por servidores que cumplen la ley y son solidarios y amigos de su comunidad, no seres aislados o servidores que se creen semi dioses.

Lo que he expuesto se traduce así en un criterio más técnico: En el sitio web: http://enlaces.ucv.cl/educacioncivica/contenup/up3_orga/4_servpu/priud3-4.htm, consta: Servicios Públicos y Rol Social del Estado, "Servicios Públicos y rol social del Estado. Existen al menos dos conceptos acerca de lo que se entiende por servicio público: uno orgánico y otro funcional. El concepto orgánico atiende para definir el servicio público, a los órganos que integran la Administración del Estado y la actividad que ellos realizan, cualquiera que ella sea. Esto es, en tanto se trate de un órgano inserto en la organización de la administración estatal, se entenderá que constituye un servicio público. El concepto funcional, en cambio, atiende para definir el servicio público, a que la actividad sea pública, sea que se cumpla por un órgano de la administración del Estado, o la autoridad simplemente tome la iniciativa en orden a realizar la

actividad, aún cuando ella sea cumplida por un particular, reservándose sólo el control de su ejercicio. En este caso, será servicio público una actividad que persigue un fin de interés general, ya sea realizado por un órgano del Estado o por un particular. De esta forma se explican los casos en que el Estado crea o participa en empresas, pero sin un fin de lucro, sino más bien, con el objetivo de brindar prestaciones al público, por ejemplo: ferrocarriles, transportes en general, etc. Finalidad del servicio público. El fin del servicio público es satisfacer las necesidades públicas. Por lo tanto, resulta necesario definir el alcance de las necesidades públicas. En primer lugar, debe señalarse que no son lo mismo que necesidades colectivas, estas últimas simplemente constituyen la suma de necesidades individuales. La distinción puede apreciarse, en que algunas necesidades colectivas son atendidas por los particulares: alimentación, servicios médicos, etc. Pero existen necesidades colectivas de interés general que sólo cumple la Administración con exclusión de los particulares, por ejemplo, defensa de la nación, justicia, etc. Finalmente, hay necesidades a cuya satisfacción concurren tanto los servicios de la Administración como los particulares, por ejemplo, el transporte público. Cuando las necesidades colectivas son generales y su satisfacción es asumida por el Estado adoptando alguna de las formas que más adelante se indicará, se convierten en necesidades públicas. La existencia de una necesidad, elevada al carácter de pública, y atendida como función obligatoria para el Estado, constituye sin duda, el elemento fundamental del servicio público. Por ejemplo, la preservación de la salud de la población constituye una necesidad pública. De allí que se ha creado un sistema de salud pública, independientemente del rol que en este campo puede haber a los particulares. Características del servicio público. La continuidad es la esencia del servicio, y quiere decir que la actividad del mismo no puede interrumpirse o paralizarse, porque su función es pública y ha sido establecida en beneficio de toda la comunidad. Por esta característica se explican ciertas medidas, como por ejemplo, la prohibición del derecho de huelga en la Administración, o la prohibición de constituir sindicatos por sus empleados, ya que cualquier paralización de un servicio público incide en la ausencia de prestaciones relevantes para la comunidad. La regularidad, dice relación con la sumisión del servicio público a reglas, leyes o reglamentos, que establecen la forma en que se desarrolla la actividad del órgano público. Por lo tanto, los funcionarios que se desempeñan en un servicio público deben observar con exactitud dichas leyes y reglamentos, ya que ellos se traducen en una garantía para la comunidad en el sentido que la satisfacción de necesidades que realiza el Estado se somete a preceptos preestablecidos impidiendo de esta manera las arbitrariedades. La uniformidad significa que, habiendo sido establecido un servicio público en beneficio o interés

de toda la comunidad, sus prestaciones deben ser iguales para todos aquellos habitantes que se encuentran en idénticas condiciones para solicitar sus beneficios. El servicio de locomoción colectiva, por ejemplo, es uniforme, porque todos tienen derecho a usarlo en iguales condiciones y pagando una misma tarifa. La obligatoriedad se traduce en que la prestación para la cual fue creado un servicio público debe necesariamente cumplirse, sin que pueda la autoridad beneficiar con ella a algunos y negarla para otros. La permanencia significa que el servicio público se mantendrá en la medida que subsistan las necesidades públicas para las cuales fue creado. Si la necesidad desaparece o deja de ser pública, el servicio debe suprimirse porque no existirá el fundamento racional y social de su existencia. Los Elementos del servicio público. Función pública: una función considerada obligatoria para el Estado en un determinado momento: esta función está constituida por la satisfacción de una necesidad pública. Funcionarios: un cierto número de agentes jerarquizados que cumplen la función: se refiere a ciertos individuos que realizan la función pública, y que se encuentran dentro de una organización piramidal de funcionarios vinculados por jerarquía, entre quienes adoptan las decisiones y quienes las ejecutan concretamente. Estos agentes pueden ser gobernantes, autoridades y simples funcionarios o empleados públicos. Los gobernantes son los que ejercen el poder público en nombre de la ciudadanía, como el Presidente de la República y diputados y senadores. Las autoridades son agentes que sin ejercer el poder público participan de él con facultades exclusivas, resolutivas y cuentan con poder de mando, ya que se encuentran en los tramos más altos de la pirámide de funcionarios, como por ejemplo, los ministros de Estado, Intendentes, Gobernadores y jefes de servicio en general. Los funcionarios o empleados son las personas que integran los servicios públicos y a cuyo cargo se encuentra. Recursos: una cierta cantidad de recursos afectos al cumplimiento de la función: son los bienes materiales afectos al cumplimiento de la función pública por parte de un servicio. Régimen jurídico especial: se trata de un conjunto de disposiciones legales y reglamentarias mediante las cuales se definen la satisfacción de una necesidad pública, el órgano encargado de ello y la forma o procedimiento conforme al cual realizará su función.”

En lo que se refiere a: Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana, el artículo 85 de la Constitución de la República dice: “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: 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.”

Marco Morales Tobar, dice: “...Respecto de la formulación de los planes, programas y compromisos, para alcanzar tan ambicioso objetivo, cuestión que de suyo no es nada fácil, se debe tener presente que dichos cometidos encierran una serie de complejos problemas de gobierno y administración, que conjugan no sólo la satisfacción de las necesidades de la población, sino además como lograr que, los escasos recursos con los que se cuenta sean suficientes.²⁰ He señalado en más de una ocasión que, el control no consiste necesariamente en la revisión de si las actuaciones del gobernante, administrador, legislador o agente público en general se ha ceñido al sentido de la juridicidad, sino y también a la calidad y calidez con la que se otorga la prestación estatal, su oportunidad, coste y precio, con lo que se alcanza el bien común o como se dieron en llamar en el último texto político, buen vivir, ciertamente que los estadistas, juristas y buenos gobernantes, en general lo que buscan es proveer de bienes y servicios de buena calidad a sus conciudadanos, que estén acordes con la contemporaneidad, con lo que se estima se está cumpliendo con los cometidos del Estado. El otorgamiento de bienes y servicios, no son otra cosa que la dotación de herramientas necesarias al ser social, para que por sí mismo logre alcanzar y desarrollar sus propios propósitos, metas y hasta fines,...”.

²⁰Morales Tobar en su obra Manual de Derecho Procesal Administrativo pag. 394-395; Para ello entonces los políticos, deben empeñarse en diseñar planes que a corto, mediano y largo plazo, desarrollen un sentido de equidad, redistribución y democratización, sin romper con la institucionalidad pública, el siempre debatido principio de la seguridad jurídica y el entendido de la soberanía en toda su expresión.

El art 88 de la Constitución brinda la debida protección, entre otras, cuando se preste servicios públicos impropios: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

¿Quiénes tienen el poder, quién índice en las decisiones que potencian el desarrollo de un país? El artículo 96 de la Constitución dice: “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.”

Por ende la administración pública y los servidores públicos deben basar sus actuaciones en lo que dispone dos artículos de la norma suprema:

“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. Art. 227.-La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Art. 314.-El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad,

accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación. Art. 315.-El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado. La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos. Art. 316.-El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.”

De la obra del Dr. Morales es fundamental transcribir esto (p.404): “Superando este enconado debate doctrinario, Juan Carlos Casagne y Gaspar Ariño Ortiz (2004) manifiestan que las actividades resultantes del servicio público al ser, “actividades esenciales (Art. 128.1, Constitución española) que venían a satisfacer necesidades indispensables de los ciudadanos y tenían carácter estratégico para la economía y sociedad (seguridad nacional, productividad de la economía, infraestructuras básicas), actividades, que al mismo tiempo, presentaban por sus grandes economías de escala, tendencias monopolísticas (u oligopolísticas), fue el Estado el que las fue progresivamente ‘publicando’, declarándolas ‘servicio público’, reservadas al Estado (o a otra Administración Pública) y excepcionando en ellas la ‘libertad de empresa’ libertad de entrada para la iniciativa privada”.

En la obra de Miguel Sánchez Morón p. 76 y siguientes: encontramos temas relativo al servicio público y son ideas muy clarificadoras en el tema: “El servicio a los intereses generales define la esencia de la Administración pública y determina totalmente su estructura y su actividad. Como organización la Administración debe articularse de la forma más adecuada para alcanzar su fin. Desde un punto de vista funcional no puede perseguir legítimamente intereses particulares o privados, sino sólo los de carácter general. Con la peculiaridad de que esa función de servicio ha de realizarse con objetividad, es decir, sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismos ni discriminaciones.”

El autor citado al referirse al servicio público dice –p.761-: “... nos referimos a un conjunto de actividades regidas total o parcialmente por el Derecho administrativo, que tienen por objeto no limitar sino ampliar la esfera vital de los ciudadanos, mediante la organización de servicios a los que tienen derecho a acceder según las leyes, con los requisitos y condiciones que establezcan en cada caso. La actividad de servicio público se diferencia así, a priori, de las otras formas clásicas de intervención administrativa, como son las de ordenación y control o de policía, que ya hemos estudiado, y la de fomento, que examinamos después. Aquélla se caracteriza por su objeto prestacional.”

p. 763 de la misma obra: “Aparece entonces en la doctrina jurídica francesa (DUGUIT, JÉZA, BONNARD, ROLAND) una nueva concepción del Estado, fundada en la idea del servicio público. En su virtud, la esencia del poder público no es el ejercicio de la soberanía o de la autoridad inherente a ella, sino el servicio a los ciudadanos. El gobernante, el funcionario, ostenta poderes y prerrogativas en la medida en que es un servidor público y la legitimidad de su actuación se mide precisamente en función de esa finalidad. En consecuencia, el Derecho Público y, más en concreto, el Derecho Administrativo, debe ser calificado en su conjunto como el Derecho de los servicios públicos....Desde un punto de vista dogmático, según la citada concepción del Derecho Administrativo, la noción de servicio público integra prácticamente toda la actividad pública o del sector público. Inclusive la Administración de Justicia puede considerarse como un servicio público más, con carácter preferente a su consideración como Poder Judicial. Y, si bien se mira, cualquier actividad pública tiene efectivamente una dimensión prestacional. Incluso las más típicas actividades de policía, que, limitando la libertad de algunos, protegen la seguridad de todos, o la actividad del Juez que, mediante su autoridad, pero también como un servidor público más, resuelve un conflicto entre partes. Igualmente son

servicios al público, en este sentido lato, las actividades puramente internas de gestión o control de la Administración, pues redundan indirectamente en beneficios para los ciudadanos.”

Al hablar de satisfacción estamos traduciendo en: bienestar, conformidad, acuerdo, aceptación, en la obra de Miguel Sánchez, básica en este tema, encontramos: p. 771. “A) Continuidad. La continuidad del servicio es el primero de los principios a considerar y deriva de la esencialidad que los servicios públicos y de interés general –o una mayoría de ellos- tienen para la vida cotidiana. Continuidad significa, en todo caso, regularidad, permanencia y no interrupción injustificada, aunque sólo en ciertos servicios (electricidad, telefonía, servicios sanitarios de urgencia, abastecimiento de agua, etc.) supone la disponibilidad del servicio para los usuarios las veinticuatro horas del día. Corresponde a la Administración establecer las obligaciones de continuidad apropiadas para cada servicio, ya sea mediante reglamentaciones u otras decisiones unilaterales o al aprobar las cláusulas de los contratos de gestión de los servicios públicos....”

Tratándose de que estemos satisfechos, mínimo pedimos igualdad en el trato y condición ante el servicio, no porque esa persona tiene dinero debe ser bien servido mientras que el que no tiene tanto o vive en otra parte de la ciudad debe ser mal atendido, exigimos igualdad en la prestación del servicio, en la página 773 de la obra tantas veces referida encontramos: “Igualdad....., ahora bien, eso significa simplemente que los usuarios tienen derecho a acceder a los servicios en condiciones de igualdad y sin ser discriminados, pero no que no pueden establecerse modalidades o condiciones de acceso diferentes, siempre que sean razonables y proporcionadas. Estas diferencias pueden obedecer a finalidades sociales o de discriminación positiva (por ejemplo, la reducción de los precios del transporte para personas de la tercera edad o para jóvenes, o la limitación de algunas prestaciones asistenciales a personas en situación particularmente menesterosa), pero también a estrategias comerciales en el caso de los servicios liberalizados (piénsese en las ofertas económicas de las compañías telefónicas o empresas o grupos de personas determinados), siempre que se ofrezcan condiciones transparentes y no discriminatorias. Incluso el acceso a un servicio puede quedar sujeto a requisitos de vecindad y así sucede por lo general en el caso de los servicios públicos municipales, para acceder a los cuales se exige estar inscrito en el padrón municipal –con independencia de la nacionalidad e inclusive, para algunos servicios sociales, con independencia de la legalidad o no de la residencia- . En definitiva, la igualdad impone

simplemente que a usuarios que se hallen en una situación comparable se les debe dispensar el mismo tratamiento y reconocer el derecho de las mismas prestaciones.”

Quizá la municipalidad de mi cantón si me presta el servicio público de agua, pero de mala calidad, por ende mi familia se enferma, ¿estaría conforme? P. 774. “Calidad...La calidad del servicio se define por relación a un conjunto de factores variables en cada caso –seguridad, volumen y características de las prestaciones, puntualidad o tiempos de espera, exactitud, cobertura, transparencia de la facturación, información al usuario, etc. – y sujetos a cambios dinámicos. La calidad es siempre relativa, por la que la virtualidad práctica del principio no es otra que atribuir a las Administraciones competentes facultades de regulación, planificación, ejecución, evaluación y control que permitan asegurar y mejorar los niveles o estándares de prestación de cada servicio...”.

En los derechos y obligaciones de los ciudadanos hay que estar muy claros: p. 783 y 784, “a)...toda persona tiene derecho de acceso a las prestaciones, conforme a las leyes o reglamentos que las definan, siempre que cumpla los requisitos establecidos al efecto. Esos requisitos, como se dijo, deben respetar el principio de igualdad y no discriminación y demás principios del servicio público. Pero, como también se dijo, entre ellos puede incluirse el pago de un precio o tarifa, la presentación de documentos o la necesaria posesión de ciertas cualidades o condiciones.....b) En segundo lugar, los usuarios tienen derecho a formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio, en particular si no cumplen los compromisos de calidad asumidos, así como a exigir las responsabilidades de la Administración y del personal a su servicio o de los contratistas en los casos en que proceda legalmente...c) En tercer lugar, el régimen de organización de algunos servicios públicos de gestión directa prevé la participación de los usuarios, directamente o a través de organizaciones representativas, en la gestión o control del servicio. Así sucede en algunos de los grandes servicios públicos, como la enseñanza pública o la Seguridad Social.....d) Como es lógico, los usuarios de un servicio público deben cumplir también ciertas obligaciones. Por un lado, han de respetar la buena marcha del servicio [arts. 255.2 y 256.b], a cuyo efecto la Administración conserva, o puede atribuir al contratista en casos de gestión indirecta, los necesarios poderes de policía o disciplinarios. En virtud de ellos, puede excluir del servicio al usuario incumplidor (expulsión de un centro escolar o universitario, por ejemplo), o imponer multas (al viajero sin billete, por ejemplo) u otras sanciones o restricciones de acceso o prestación. Por otro, el usuario debe

abonar los precios públicos o privados que se establezcan para acceder al servicio, cuando éste no tenga carácter gratuito. Por último, no debe olvidarse que es también una obligación y no sólo un derecho el acceso a ciertos servicios públicos y así a los niveles de enseñanza de ese carácter y la afiliación a la Seguridad Social. ”

Finalmente si el estado sabe manejar debidamente lo que le compete en coordinación sobre todo con los Gobiernos Autónomos Descentralizados y una ciudadanía activa y consciente, percibiremos: efectividad y satisfacción de buenas prestaciones, caso contrario lo sabido: quejas, insatisfacción y posiblemente desestabilización del gobierno, no siempre que un país tenga mucho dinero en sus arcas fiscales significa que su población esté satisfecha de lo que se le brinda.

CAPÍTULO IV

4.1. Análisis de resultados y contrastación de hipótesis.

En el Plan de Tesis, los resultados que esperaba se fijaron así:

“Una vez desarrollada la investigación tendré un conocimiento cabal del procedimiento administrativo, los principios que lo rigen y propondré si es el caso mejoras al sistema de participación ciudadana contenida principalmente en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana; entendiéndolo que el procedimiento administrativo se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la administración no va a actuar de un modo arbitrario”.

Quedó totalmente claro en el punto 2.1 de esta tesis, al hablar sobre las “Consideraciones Generales del Procedimiento Administrativo”, que: procedimiento es un conjunto de acciones u operaciones que tienen que realizarse de la misma forma, para obtener siempre el mismo resultado bajo las mismas circunstancias....El Procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. El procedimiento administrativo se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo, procedimiento que por otra parte el administrado puede conocer y que por tanto no va a generar indefensión.

MERKL estructuraba el procedimiento como un capítulo de la Teoría General del Derecho aplicable a todo obrar humano consciente.... “En el fondo, toda Administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo, el procedimiento es una categoría de la Teoría General del Derecho y, por tanto, son simples especies de éste el procedimiento legislativo, el judicial o el administrativo. Todo procedimiento es el cauce o el camino que se encuentra regulado por el Derecho, o sea, jurídicamente trazado en forma previa o a priori, a través del cual se manifiesta una norma superior en un nivel inferior concretándose en una norma de rango inferior o en un acto sin naturaleza normativa.

Planteé ocho hipótesis, por ende una a una contraste con la realidad luego de la investigación que he ido desarrollando en esta tesis:

Hipótesis: 1) Es el Procedimiento administrativo una institución jurídica mediante la cual conjuga actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas. En el capítulo II punto 2.3 de esta tesis cité a un autor que es preciso al decir: Jaime GUASP: “Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La idea común que en el proceso se constata es la de la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común: lo mismo que el Juez en su fallo, que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso. El procedimiento, como dijimos antes, es el contenido del proceso.”

Hipótesis: 2) “Sólo mediante el procedimiento administrativo se configura la garantía que tiene el ciudadano de que la administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo. En el punto 2.2. de la tesis quedó clara constancia que el Procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo. A diferencia de la actividad privada, la actuación pública requiere seguir unos cauces formales, más o menos estrictos, que constituyen la garantía de los ciudadanos en el doble sentido de que la actuación es conforme con el ordenamiento jurídico y que ésta puede ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos. El procedimiento administrativo se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo, procedimiento que por otra parte el administrado puede conocer y que por tanto no va a generar indefensión.

Hipótesis: 3) El procedimiento administrativo tiene la misión única de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración. Esta hipótesis consolida la repuesta en el capítulo 2 de la tesis consta: “Mientras que, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente el de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración,

intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo. El procedimiento administrativo, como contenido del proceso administrativo, es el camino formal de la serie de actos en que se realiza la actividad administrativa para alcanzar un fin y que viabiliza en forma rápida, ágil y flexible que el Estado satisfaga las necesidades públicas, sin omitir el acatamiento a las garantías del administrado, pues esas garantías conducen directamente al procedimiento administrativo, con todos sus vericuetos, entre ellos las variantes de reclamaciones y recursos administrativos”; en el capítulo 3 de la tesis consta: Juan Carlos Benalcázar Guerrón en su obra Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano página 20 manifiesta: “...el bien común –fin del Estado- o el interés general, no se expresan en lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que se fundamentan en la atención a las exigencias y necesidades de las personas, jurídicamente expresadas en los derechos que le reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Un bien común con rostro humano, y no el Estado como fin último, es lo que caracteriza al Estado de derecho y las funciones y cometidos que debe cumplir.”; como vemos las personas somos el fin a atender y servir de la menor manera en forma prioritaria.

Hipótesis: 4) El procedimiento administrativo sólo busca asegurar el cumplimiento eficaz de los fines de la administración respecto a los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado. Responde a esta hipótesis Eduardo Ortiz Ortiz quien al referirse al procedimiento administrativo dice que es: “...el conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir”. “La esencia del procedimiento administrativo en general es la de asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.”

Hipótesis: 5) Sólo mediante el proceso administrativo se garantiza la actuación administrativa. Wikipedia nos respondió: “Un procedimiento es un conjunto de acciones u operaciones que tienen que realizarse de la misma forma, para obtener siempre el mismo resultado bajo las mismas circunstancias....El Procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. El procedimiento

tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo. A diferencia de la actividad privada, la actuación pública requiere seguir unos cauces formales, más o menos estrictos, que constituyen la garantía de los ciudadanos en el doble sentido de que la actuación es conforme con el ordenamiento jurídico y que ésta puede ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos. El procedimiento administrativo se configura como una garantía que tiene el ciudadano de que la Administración no va a actuar de un modo arbitrario y discrecional, sino siguiendo las pautas del procedimiento administrativo, procedimiento que por otra parte el administrado puede conocer y que por tanto no va a generar indefensión.

Hipótesis: 6) Toda Administración es únicamente procedimiento administrativo y lo que constituye el procedimiento no son los actos que encausa y endereza ni los tiempos y fases en que se divide, sino el complejo de circunstancias que caracterizan un especial modo de sucesión. **El Tratadista Marco Morales nos aclara:** “En un sentido amplio, la actividad coordinada a un fin se denomina procedimiento que, en el ámbito jurídico se compone de una sucesión concatenada de actos, a la cual el ordenamiento jurídico le confiere determinados efectos. A este conjunto de actos concatenados y yuxtapuestos, que de manera coordinada se orientan a garantizar al ciudadano la vigencia de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, es lo que se denomina también Justicia Administrativa o Procedimiento Administrativo...En lo atinente al procedimiento administrativo, debe señalarse que aquel no se encuentra rigurosamente regulado, dado “sus aspectos particulares derivados de la complejidad de la organización de los entes públicos, del sistema de control y de la intervención estatal sobre la actividad de los entes jurídicos menores,...en el caso ecuatoriano basta con mirar que no tenemos una normativa jurídica única, que regule a nivel de la administración del Estado los procedimientos administrativos,...Concluye de manera muy acertada el profesor Diez (1965) que: Lo que constituye el procedimiento no son los actos que encausa y endereza ni los tiempos y fases en que se divide, sino el complejo de circunstancias que caracterizan un especial modo de sucesión. El procedimiento es un modo de sucesión, un orden y una forma de proceder; es una ruta que debe seguirse para alcanzar un resultado práctico...”.

Hipótesis: 7) La función de garantía del procedimiento administrativo alcanza sólo a los particulares que inician el procedimiento por medio de una solicitud. En el sitio web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000100008&script=sci_arttext, he analizado el artículo que proviene de la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica

de Valparaíso, sobre La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, lo puntual dice: “La función de garantía del procedimiento administrativo alcanza no sólo a los particulares que inician el procedimiento por medio de una solicitud, sino que comprende a aquellos que, no obstante no haber tenido parte en la iniciación, pueden verse de algún modo afectados con el resultado del procedimiento, es decir, con la resolución final. Esto explica que un conjunto de reglas que estructuran el procedimiento estén dirigidas a materializar la función garantista que cumplen las formas administrativas, tanto respecto del particular solicitante como en relación a terceros cuyos derechos o intereses puedan resultar comprometidos a causa de la decisión de la Administración.”

Además en el capítulo III numeral I encontramos: “Una importante garantía jurídica derivada del procedimiento administrativo es la intervención de los particulares en el mismo. En primer lugar, muchas veces el procedimiento sólo puede iniciarse a instancia de parte, o sea, es necesaria una manifestación de voluntad de la persona interesada (una instancia o solicitud) para que la actividad administrativa pueda ejercerse legalmente (concesión de permisos, autorizaciones, concesiones administrativas, excedencias, renunciaciones, jubilaciones voluntarias, etcétera). En estos casos, la instancia del interesado es un requisito de la legalidad de los actos administrativos. En cuanto a los requisitos y forma de los escritos de los interesados, también constituye una ventaja la relativa tolerancia y benignidad de las disposiciones legales y aun de la propia Administración. La jurisprudencia se caracteriza por su benevolencia y falta de rigor respecto a las formalidades”

Hipótesis: 8) Es positivo el uso inmoderado de la participación en el procedimiento administrativo de un país o es preferible tender a un sistema concreto e insensible a los requerimientos comunitarios. En el sitio web: <http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/11/procedimiento-administrativo-y.html>, Julio Rodolfo Comadira dice: “...Por eso, el procedimiento administrativo es estimado, en ese esquema, en principio, sólo como canal de defensa de derechos o intereses individuales; y es, asimismo, coherente con esa visión postular la libre elección discrecional como regla general para la selección de los contratistas del Estado; caracterizar a la concesión de servicios públicos como un acto de soberanía; encuadrar la relación de empleo público como acto de imperio o de mando; conceptualizar el reglamento como un acto de estricta gestión unilateral ; y , en fin, instrumentar el control de los servicios públicos sólo por el concedente a través de las

prerrogativas clásicas de los contratos administrativos, o, en todo caso, por oficinas burocráticas de la propia administración....La primera, que podría denominarse participación tutelada, o participación propiamente dicha, se configuraría cuando el ordenamiento jurídico otorga al administrado el derecho, exigible en sede administrativa y judicial, de tomar parte como colaborador en el ejercicio de la función administrativa, sea en el procedimiento previo a la emisión del acto (entendido éste en sentido lato) y cualquiera sea la modalidad que su actuación asuma, pero sin que ella importe la integración a la estructura administrativa (participación procedimental); sea, en cambio, a través de su inserción, ocasional o permanente, en dicha estructura (participación orgánica). La segunda, denominable participación de otorgamiento discrecional, se daría cuando el ordenamiento contempla la posibilidad de que el administrado colabore en el ejercicio de la función administrativa, por medio de cualquiera de los dos modos indicados (procedimental u orgánico), pero sólo como una alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa y sin que ésta tenga más obligación que la de fundar su negativa cuando mediare una petición del particular....6.-

Conclusiones. 6.1. La participación puede ser enunciada como un principio del procedimiento administrativo, en especial en los aspectos considerados en esta ponencia, si el término se emplea con un sentido superador, a la vez, de la generalidad propia de su significado etimológico, de la estrechez que podría derivar de un uso excesivamente restringido y, asimismo, de la limitación que impone su identificación con la ideología propia del Estado Social y Democrático de Derecho....6.3.5. En esta materia también es necesario hallar el equilibrio que evite, por un lado, el uso inmoderado de la participación y su consecuencia enervante del poder propio de las instancias políticas; y, por otro, el riesgo de soslayarla transformando a la Administración en una estructura autista insensible a los modernos requerimientos comunitarios. En ningún caso deberían significar sólo la apariencia formal de un valor negado en la realidad...”

Como en toda actividad humana vemos que lo razonable es el equilibrio, que la participación no se constituya en una actitud asfixiante que en vez de clarificar entorpezca el desarrollo institucional, así como tampoco sería para nada bueno que los servidores públicos tomen decisiones puertas adentro sin participar a los mandantes.

4.2. Verificación de los objetivos.

Los Objetivos específicos que propuse fueron:

1. **Determinar que es una institución jurídica.** Ha quedado demostrado en el desarrollo de la tesis y en la contratación de la hipótesis
2. **Determinar que es el procedimiento administrativo.** Se ha demostrado ampliamente lo que es el procedimiento administrativo en el capítulo 2 y 3 de esta tesis.
3. **Describir los principios que rigen al procedimiento administrativo.** En el capítulo II punto dos quedan detallados en forma amplia los principios que rigen al procedimiento administrativo.
4. **Determinar el nexo entre procedimiento administrativo y garantía ciudadana.** En el capítulo III numeral I se ha detallado con precisión, resumiendo: “....El procedimiento es garantía tanto del derecho de los particulares como del acierto en la resolución. Por ello el interesado ha de tener a la vista todas las actuaciones administrativas para poder alegar lo que estime pertinente en defensa de sus derechos,....”
5. **Conocer los fundamentos constitucionales del procedimiento contencioso administrativo.** En el capítulo III numeral II de esta tesis detallo claramente y cumplo este objetivo.
6. **Precisar los momentos de la participación de los ciudadanos y su colaboración en la adopción de las decisiones que los puedan afectar.** En el capítulo III numerales IV y V detallo la participación ciudadana, la ley que rige, y los mecanismos que la misma contempla.
7. **Concretar a quienes alcanza la función de garantía del procedimiento administrativo;** al comprobar la hipótesis en páginas anteriores, queda ratificado y corroborado lo que este objetivo dice: “La función de garantía del procedimiento administrativo alcanza no sólo a los particulares que inician el procedimiento por medio de una solicitud, sino que comprende a aquellos que, no obstante no haber tenido parte en la iniciación, pueden verse de algún modo afectados con el resultado del procedimiento, es decir, con la resolución final.....”.

4.3 Conclusiones:

El tema de la tesis es: El procedimiento administrativo como institución jurídica y garantía ciudadana de participación, por tanto he verificado las hipótesis, he comprobado el cumplimiento de los objetivos, por tanto indico que las siguientes conclusiones las determino en base al análisis secuencial de los puntos y temas más trascendente de la tesis; y más que emitir mis determinaciones finales, prefiero que concluyan los eminentes tratadistas quienes mediante años y años dirimen con claridad puntos sustanciales o vertebrales que yo maneje en la presente tesis:

1. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos en el seno de una sociedad, aporito: el derecho evita el abuso del más fuerte y poderoso, evita volver a la etapa de las cavernas o de la monarquía absoluta.

2. Marco Morales Tobar: El Derecho Administrativo, nace con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, como resultado de la limitación al poder del monarca y su estructuración tripartita. En ese mismo momento surgió la necesidad de la existencia de un Derecho para poner límites al poder y lo que es más, para evitar la posibilidad de la arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad, a esta limitación que el poder de la autoridad tiene, con referencia al derecho, es lo que se ha dado en denominar de manera general principio de legalidad (Marco Morales Tobar)

3. El pensamiento de BURDEAU se resume en que: "...los hombres han inventado el Estado para no obedecer a los hombres. Lo han hecho la sede y el apoyo del poder del cual ellos experimentan su necesidad y el peso todos los días, pero que, desde que se imputa al Estado, les permite someterse a una autoridad a la que saben ineluctable, sin estar sujetos, no obstante a voluntades humanas"; reflexionando, que llamativo se lee lo que el pensador manifiesta ya que pensamos que el estado se ha formado para obedecer, pero ya entendiendo correctamente lo que se busca es acatar la ley, y a las autoridades establecidas y no someteros al arbitrio o pareceres de uno u otro.

4. Enrique Rojas Franco (Derecho Administrativo – página 102) dice: “...la Constitución Política tiene un carácter de “super legalidad” concepto expresado por André HAURIUO, para quien la Constitución se encuentra en el interior del ordenamiento jurídico, más allá de las leyes, a las cuales puede derogar y aquellas deben plegarse a sus órdenes. La Constitución como fuente suprema del poder administrativo es a la vez el sustento de su legalidad. De ahí su importancia como fuente normativa

5. CANASI define al acto administrativo como “un acto voluntario del poder público, dentro de la esfera de su competencia, que tiene por objeto crear una relación jurídica exorbitante del derecho privado”; DROMI: “El principio general es que nada se escapa a la fuerza de la ley, a la posibilidad de ser legislado. Sin embargo, este principio general presenta dos excepciones: hay materia que indistintamente puede ser regulada por la ley y por reglamento, y hay materia propia y exclusiva del reglamento”

6. Juan Carlos Benalcázar Guerrón en su obra Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano manifiesta: “...el bien común –fin del Estado- o el interés general, no se expresan en lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que se fundamentan en la atención a las exigencias y necesidades de las personas, jurídicamente expresadas en los derechos que le reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Un bien común con rostro humano, y no el Estado como fin último, es lo que caracteriza al Estado de derecho y las funciones y cometidos que debe cumplir.”.

7. Para los maestros españoles García de Enterría y Tomás Ramón Fernández la Administración Pública es para el Derecho Administrativo una persona jurídica, personificación que constituye “el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine que non del Derecho Administrativo.

8. Marco Morales Tobar: la doctrina ha distinguido tradicionalmente dos tipos de procedimientos administrativos, el constitutivo o de preparación y emisión de actos administrativos y el impugnativo o recursivo de la voluntad administrativa, conforme es la ponencia de DROMI, así mismo este sostiene que ninguna de ellas es categoría jurídica distinta, “ni tampoco una de ellas

puede absorber el contenido integrum del procedimiento administrativo con exclusión de otra”. Enrique Rojas Franco coincide con lo que se cita en la obra de Morales Tobar, el de naturaleza constitutiva tiene “como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el pedimento formulado por el gestionante o parte interesada –en un sentido favorable o desfavorable-”, el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo, fase recursiva.

9. Juan Carlos Benalcázar Guerrón: “...El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres”

10. Enrique Rojas Franco: “Persona en sentido jurídico significa sujeto de derecho; puede ser tanto una persona física (el hombre, la mujer, el niño, el adulto mayor), como las denominadas personas jurídicas (entes abstractos y morales). Personalidad es la cualidad que tienen las personas de ser titulares de derechos; surge en la persona física al nacer viva (condition iuris), y aún antes, trescientos días, siempre que nazca viva y en todo lo que le favorezca, no en lo que le perjudique (donación o legado testamentario),...La personalidad le confiere al individuo todos los derechos que a él competen como sujeto jurídico. Esencialmente los inherentes a su libertad, a su integridad física y moral, a su status, (ciudadano, hijo, padre, cónyuge) y otros que no son disponibles y por ende son imprescriptibles.”

11. “Carnelutti señala que “la legitimación es un requisito necesario pero no suficiente para el ejercicio de la acción o sea para conferir a alguno el derecho de hacerse escuchar por el juez a fin de que este pueda proceder a la composición de la litis. Podría ocurrir que, aún cuando legitimado, quién propone la demanda no tenga interés en proponerla en el sentido del que la misma sea acogida no presenta para él ninguna utilidad práctica; si por ejemplo, yo pidiese la declaración de un derecho frente a un obligado que no lo niega, incluso que lo ha reconocido explícitamente, haría trabajar al juez en vacío”.

12. En el cuadernillo de discusión de la SENPLADES Tendencias de la Participación Ciudadana en el Ecuador dice: “En el siglo XVIII; Rosusseau ya crítica la forma y el carácter de la democracia representativa, en el sentido de que los políticos no asumen la obligación de

cumplir las promesas formuladas durante su campaña, con las que ganan las elecciones, y olvidan así a sus electores, situación que anula el principio de la representación. A la larga, los electores pierden la confianza en la democracia electoral. El ausentismo y los votos blancos y/o nulos son una consecuencia de esta pérdida de confianza y reflejan una crisis de representatividad y de participación política...”

13. la participación ciudadana no es un refrán, no es algo bonito que ojalá sea tomada en cuenta por los mandatarios, no, es norma Constitucional y tiene su Ley Orgánica; Ley Orgánica de Participación Ciudadana: “Artículo 1. Objeto.- La presente Ley tiene por objeto propiciar, fomentar y garantizar el ejercicio de los derechos de participación de las ciudadanas y los ciudadanos, colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, y demás formas de organización lícitas,”.

14. Marco Morales Tobar, “...Respecto de la formulación de los planes, programas y compromisos, para alcanzar tan ambicioso objetivo, cuestión que de suyo no es nada fácil, se debe tener presente que dichos cometidos encierran una serie de complejos problemas de gobierno y administración, que conjugan no sólo la satisfacción de las necesidades de la población, sino además como lograr que, los escasos recursos con los que se cuenta sean suficientes. ...”.

15. Miguel Sánchez Morón: “El servicio a los intereses generales define la esencia de la Administración pública y determina totalmente su estructura y su actividad. Como organización la Administración debe articularse de la forma más adecuada para alcanzar su fin.....”

22. Finalmente concluyo que la participación ciudadana con conocimiento previo incide positivamente en el desarrollo de la sociedad, de las instituciones públicas, de la democracia, y unen al mandante (pueblo, comunidad) y al mandatario (autoridad); por ende progresa la nación; pero la participación ciudadana no debe ser usada como herramienta para desestabilizar ilegalmente a autoridades o hacer politiquería barata.

4.4. Recomendaciones.

- 1) Es necesario que Ecuador regule “a nivel de la administración del Estado los procedimientos administrativos” mediante una codificación, conforme nos describe el tratadista ecuatoriano Marco Morales.
- 2) La Justicia en nuestro país debe ser tramitada exclusivamente por la Función Judicial, y no por Comisarías de Policía, Juntas de Derecho, Consejo de la Niñez y Adolescencia, Intendencias y otras instancias que confunden a la ciudadanía en vez de solucionarles sus pretensiones.
- 3) Tenemos una Constitución de la República, Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, normas en relación que van perfeccionando la participación ciudadana en el país, pero aún persiste el desconocimiento de las mismas por parte de los mandantes, y muchos servidores públicos a lo sumo informan pero no rinden cuentas, además la participación ciudadana en buena parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados es “letra muerta”, por ende deben capacitar a sus poblaciones e incluirles en sus planes y programas en forma activa, las municipalidades son quizá los gobiernos que más cerca de sus poblaciones están, administrativa y físicamente hablando.

Bibliografía

Obras de doctrina.

- 1) Benalcázar, Juan (2007) Quito, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fundación Andrade Asociados Fondo Editorial.
- 2) Ediciones Legales, (2011), Quito, Manual Práctico Legal Ecuatoriano.
- 3) Mejía, Alvaro (2011) Los Recursos Administrativos, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 4) Mora, Alfredo (2012) Quito, De lo Contencioso Administrativo en el Ecuador, Editorial Jurídica LYL
- 5) Morales, Marco (2011): Quito, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Quito Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 6) Pallares, Eduardo (2005) México, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial PORRUA.
- 7) Pérez, Efraín (2009): Quito, Derecho Administrativo Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana, Quito Ecuador Corporación de Estudios y Publicaciones. Volúmenes I y II.
- 8) Rojas, Enrique (2007) Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, Edilex S.A.
- 9) Sánchez Morón, Miguel (2010) Derecho Administrativo Parte General, Editorial Tecnos.
- 10) Yépez, Manuel (2010), Sentencias Contencioso Administrativas Repertorio de Ponencias.

Sitios del internet.

1. Comadira, Julio, Derecho Administrativo Local, Procedimiento Administrativo y participación Ciudadana, disponible en el sitio:

<http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/11/procedimientoadministrativo-y.html>

2. Mirosevic, Camilo, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre) [pp. 281 - 323], La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley Nº 20.417, en el sitio:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071868512011000100008&script=sci_arttext

3. Procedimiento Administrativo, disponible en:

<http://es.wikipedia.org/wiki/Procedimiento> (consulta: 28-10-2012).

4. Zavala, Jorge, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, procedimiento administrativo, disponible en:

http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_el_procedimiento_administrativo.pdf (consulta 28-10-2012).

5. http://www.legalmania.com.ar/derecho/reglamentos_administrativos.htm

6. http://www.diputados.gob.ar/secparl/icap/publicaciones/glosario/F/facultades_legislativas.html, "IX. El reglamento delegado

7. http://www.legalmania.com/derecho/reglamentos_administrativos.htm

8. <http://portaljuridico.lexnova.es/practica/JURIDICO/192691/que-es-la-dimension-pasiva-o-fuerza-pasiva-de-la-ley>, hallamos que: "La fuerza pasiva de la ley

9. <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/institucionesbasicas-del-derecho-administrativo/lecciones-1/leccion-2>, hallé el artículo: lección 2. la administración pública

10. http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo1.pdf, IADA-I-8 introducción al derecho administrativo

11. http://es.wikipedia.org/wiki/Procedimiento_administrativo

12. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_el_procedimiento_administrativo.pdf

13. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>, los principios del procedimiento administrativo

14. http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf
15. <http://www.gerencie.com/principio-de-igualdad-ante-la-ley>
16. <http://www.emagister.com/cursoprocedimientoadministrativo.espana/procedimiento-administrativo>
17. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2580, el tema: El debido proceso en la doctrina
18. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/definicion-tipificacion-clasificaciones--379603>, dice: Las instituciones jurídicas
19. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_el_procedimiento_administrativo.pdf Dr. Jorge Zavala Egas características propias del procedimiento administrativo como institución jurídica:
20. http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03capitulo1.pdf, Procedimiento constitutivo y de impugnación
21. <http://www.ijeditores.com.ar/files/doctrina/20090630Capitulo%20IX%20%20ER..pdf?PHPSESSID=87e37bb3975a4fa163f085a07a2e3c49> caso del doctor BENTLEY
22. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2765, El derecho a la tutela judicial efectiva
23. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5781&Itemid=134 José García Falconí ¿qué es la jurisdicción?
24. <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjt693c/doc/fjt693c.pdf>, Legitimación procesal

25. <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista14/documentos/que%20es.htm>, ¿qué es participación ciudadana?

26. http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.200510.25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/29%20ie_135_part_sociud.pdf, Informe Especial de Participación Social y Ciudadana

27. http://www.espae.espol.edu.ec/images/documentos/publicaciones/coffee_break/conociendoparticipacionciudadana.pdf

28. http://enlaces.ucv.cl/educacioncivica/contenup/up3_orga/4_servpu/priud34.htm, Servicios Públicos y Rol Social del Estado

29. <http://alumnosmdag.blogspot.com/2010/11/procedimiento-administrativo-y.html>, Julio Rodolfo Comadira

30. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071868512011000100008&script=sci_arttext

Códigos y leyes.

- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana.
- Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.