



UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTA

TITULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Falta de motivación de los actos administrativos y resoluciones del poder
público**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Velasco Freire, Jaime Ramiro.

DIRECTOR: Dr. Carrión González, Paúl Edvaldo, Mgs

CENTRO UNIVERSITARIO TENA

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACION

Doctor

Paúl Edvaldo Carrión González, Mgs

DOCENTE DE LA TITULACION

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado “Falta de motivación de los actos administrativos y resoluciones del poder público” realizado por el autor Jaime Ramiro Velasco Freire, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, agosto del 2015

f) Dr. Paúl Edvaldo Carrión González, Mgs.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Jaime Ramiro Velasco Freire, declaro ser el autor del presente trabajo de maestría: “Falta de motivación de los actos administrativos y resoluciones del poder público, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Paúl Edvaldo Carrión González, Mgs 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, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente aclaro conocer y aceptar la disposición del Art 88 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad.

f)

Autor: Jaime Ramiro Velasco Freire

Cédula: 1802114585

DEDICATORIA

Este trabajo investigativo para la obtención del título de Magister en Derecho Administrativo lo dedico a mi esposa Germania Calderón y a mi hijo Andrés, quienes han sido el soporte moral para culminar este objetivo, que sin duda contribuirá con la aplicación del conocimiento para poner al servicio de las instituciones públicas, privadas y en general de toda la población que requiere de la defensa de sus derechos y garantías constitucionales reconocidas en la actual Constitución de la República del Ecuador.

f)

Autor: Jaime Ramiro Velasco Freire

Cédula: 1802114585

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer en primer lugar al señor Todopoderoso por haberme concedido la vida y a través de esta me ha permitido desarrollar mis actividades basados en los valores humanistas, sociales, culturales, cuya base se sustenta en la preparación académica que me ha brindado la Universidad Técnica Particular de Loja para profesionalizarme y ser un profesional del derecho con criterio formado y crítico en los actos de trascendencia Local y Nacional.

Dejo constancia expresa que también mi agradecimiento se amplió a todas las maestras y maestros que con su formación y sus conocimientos sólidos supieron enrumbarme por el camino de la verdad y la justicia para contribuir en la defensa de los derechos y garantías de las y los ciudadanos que han sido vulnerados sus derechos.

A usted Dr. Paúl Carrión mi especial agradecimiento porque en el ejercicio de la cátedra Universitaria ha sido un profesional con alta solvencia académica y siempre ha estado al servicio de los maestrantes, y más aún cuando se trata del Director del presente trabajo investigativo.

f)

Autor: Jaime Ramiro Velasco Freire

Cédula: 1802114585

INDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACION DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
INDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTACT.....	2
INTRODUCCION.....	3
CAPITULO I.....	5
1.- GARANTIAS BASICAS DEL DEBIDO PROCESO.....	6
1.1. Aspectos Generales.....	9
1.2. Definición.....	11
1.3. Naturaleza Jurídica.....	14
1.4. Antecedentes Históricos.....	15
1.5. Garantías Básicas.....	27
CAPITULO II.....	29
2.- DERECHOS DE PROTECCIÓN.....	30
2.1. Derechos y Obligaciones.....	35
2.2. Garantías Básicas.....	36
2.3. Principios de la Administración de Justicia.....	37
2.4. Principio de Legalidad.....	38
2.5. Derecho a la Defensa.....	43
CAPITULO III.....	46
3.- MOTIVACIÓN.....	47
3.1. Objeto y Finalidad de la Motivación.....	50
3.2. Importancia de la Motivación.....	57
3.3. Motivación de Hecho y Derecho.....	58
3.4. Motivación de las Resoluciones Judiciales.....	67

CAPITULO IV	72
4. FALTA DE MOTIVACIÓN.....	73
4.1.. Análisis de casos.....	76
4.2. Formulación de encuestas	79
4.3. Análisis de encuestas	81
4.4. Investigación de campo.....	81.
4.5. Contrastación de objetivos e hipótesis.....	82
CAPITULO V	83
CONCLUSIONES.....	84
RECOMENDACIONES.....	86.
BIBLIOGRAFIA.....	87
ANEXOS.....	92

RESUMEN

El presente trabajo investigativo sobre la falta de motivación de los actos administrativos y resoluciones del poder público, ha generado indefensión, en los casos investigados se evidenció que en los procesos administrativos instaurados en contra de servidores públicos del Distrito de Educación y de Salud de la Zonal Napo, no existieron ninguna motivación lógica y jurídica que sostenga o justifique los fundamentos o declaraciones de hecho y de derecho que sirvieron y dieron origen al acto administrativo, en las providencias de inicio de los sumarios administrativos se basan en supuestas infracciones, las mismas que no tienen fundamentos ciertos, verdaderos que deben ser comprobados legalmente para demostrar que en verdad existió infracciones a Ley Orgánica del Servicio Público, por lo tanto el acto administrativo es dictado con argumentos insuficientes, con evidente error y fuera de la Ley, en tal circunstancia las y los responsables deberían ser sancionados, pero lamentablemente hasta la presente fecha no existe ninguna autoridad o servidor público que haya sido sancionado por la falta de motivación, debido a que no existe el procedimiento expedito, ni existe la denuncia.

PALABRAS CLAVES: Falta de motivación, produce Indefensión, altera el debido proceso.

ABSTRACT

This research work about the lack of motivation of administrative acts and decisions of government, has generated helplessness in the cases investigated evidenced in the instituted administrative proceedings against public servants of the District Education and Health Zonal Napo, there were no logical and legal justification to sustain or justify the grounds or statements of fact and law who served and gave rise to the administrative act on the measures start administrative proceedings based on alleged violations, they do not have certain basics, true to be legally proven to show that there violations Organic Law of the Public Service in truth, therefore the administrative act is issued with insufficient arguments, with obvious mistake and outside the law in such circumstances the and those responsible should be punished, but unfortunately to this date there is no authority or public servant who has been penalized by the lack of motivation, because there is no expedited procedure.

KEYWORDS: Lack of motivation, produces Helplessness, alters the process due.

INTRODUCCIÓN.

Considerando que el presente trabajo investigativo “sobre la falta de motivación de los actos administrativos y resoluciones” del poder público, ha sido aprobado para su desarrollo, el mismo que constituye un requisito indispensable para la culminación del trabajo de titulación de la Maestría en Derecho Administrativo.

En tal virtud se ha desarrollado el trabajo investigativo en donde se ha enfocado en determinar, si en los sumarios administrativos que se instauraron en contra de servidoras publicas y servidores públicos de los Distritos de Educación y Salud de Napo fueron motivados o no para garantizar el debido proceso.

Para la sustentación del trabajo de tesis, se ha desarrollado cuatro capítulos, los mismos que realizo una explicación de cada uno.

Las Garantías Básicas del Debido Proceso, tiene raigambre en los antecedentes históricos y constitucionales de la carta magna de Inglaterra del año 1215, y que fue modificada y enmendado por el Rey Juan sin Tierra, cuya finalidad era garantizar las libertades dentro de un juicio y de esta forma evitar el abuso del poder; en nuestra Constitución Ecuatoriana las autoridades tienen la obligación de garantizar el debido proceso y no dejar en indefensión a las personas naturales o jurídicas.

Los Derechos de Protección, tienen como misión fundamental la aplicación de varios principios, entre los más importantes constan los de legalidad y motivación, los mismos que son la base para que el acto sea válido para ejercer el derecho a la defensa

La motivación , se basa exclusivamente en la condición legal y concreta de los elementos y antecedentes de hecho y de derecho que justifiquen y las razones jurídicas que dieron origen al acto administrativo generado por efectos de la administración pública, el literal l del art 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala, que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica su pertinencia de su aplicación a los antecedentes de Hecho y de Derecho.

La falta de motivación de los actos y resoluciones del poder público, generan nulidad del acto, debido a que algunas autoridades o servidoras y servidores públicos especialmente los encargados de las Direcciones de Talento Humano simplemente enuncian normas en donde determinan competencias y en algunos casos contienen justificaciones fácticas que llevaron

ilegalmente a determinar el nacimiento erróneo de un acto administrativo o de una resolución judicial.

La Constitución vigente es clara cuando señala que los actos administrativos y resoluciones del poder público deberán ser debidamente motivados, las mismas que en su mayoría no se cumplen con la aplicación de esta garantía, de ahí que es importante el estudio de la falta de motivación que permitió estudiar pormenorizadamente cada uno de los sumarios administrativos en cuestión, quedado demostrado que hay un incumplimiento de la obligación Constitucional y legal que tienen las autoridades para garantizar la motivación como parte del debido proceso y evitar la indefensión, y para los usuarios es necesario coordinar promover eventos de capacitación mediante una exposición radial, haciendo énfasis en la investigación que dio como resultado que las autoridades no respetaron ni reconocieron los derechos y garantías establecidas en la Constitución y la Ley.

Como respuesta al tema planteado, y no dejar en la impunidad ,es necesario la aprobación de un proyecto de reforma al Art 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en donde incorpore un inciso como causa de destitución por la falta de motivación, la misma que debe ser sancionado para sentar precedentes y obligar a que todas las autoridades que ejerzan potestad publica cuando se produzcan los actos administrativos por naturaleza del ejercicio de la administración tengan su respectiva motivación de hecho y en derecho y e esta forma evitar la indefensión y la nulidad

Esta investigación se enmarcado en la consecución del objetivo general y objetivos específicos, en donde se ha detectado la falta de motivación en tres sumarios administrativos instaurados en contra de servidoras y servidores públicos, quienes omitieron la obligación de aplicar las garantías básicas del derecho a la defensa y del debido proceso conforme lo establece la Constitución vigente, además se ha formulado un proyecto de sanción a los responsables de la indefensión por la causa de falta de motivación de los actos y resoluciones del poder público

Trabajo investigativo realizado en base a un estudio sistemático, orgánico y procesal, para determinar las causas de la falta de motivación de los actos administrativos y resoluciones del poder público, para el efecto acudí a obtener los procesos administrativos y los elementos normativos para realizar una comparación lógica y jurídica y las encuestas realizadas a las servidoras y servidores públicos sumariados, que sirvieron de prueba para asegurar y demostrar que en los procesos instaurados existo la falta de motivación, llegando a concluir que existió un abuso de poder de las autoridades de Educación y Salud de Napo.

CAPITULO I
GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

1. Garantías del debido proceso.

El debido proceso como antecedente histórico fue creado para proteger al individuo contra el poder absoluto del Estado.- El primero indicó que hace referencia al debido proceso, lo que encontramos en la carta magna expedida por el Rey Juan de Inglaterra en Runnymede, y en ella se estableció que el poder del Rey no era absoluto.” (INGLATERRA, Constitución, 1215)

Los Estados Unidos de Norte América obtuvieron su independencia en el año 1776; y para el año 1.787 ya tenían estructurada una constitución de hecho que fue por primera vez escrita; En 1.791, en las diez enmiendas planteadas y aprobadas se ratificaron en el texto, en donde se denominó The Bill OF RIGHTS, que sirvió de elemento esencial para la quinta enmienda de la Constitución, en la que se instituyó el DUE PROCESS OF LAW, (El debido proceso), posteriormente en la décima cuarta enmienda incluía más elementos sobre el mismo tema(TIERRA, Due Process Of Law, 1971)”

En la declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de Agosto de 1.789, y aceptada por el Rey Luis XVI, el 5 de octubre de 1789 en sus Arts. 6, 7,8 y 9 se recogen la Institución del debido proceso (XVI, Institucion del debido proceso, 1789)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la novena conferencia internacional en Bogotá en el año de 1948, disponía en su artículo 18 normas relativas al debido proceso”

La Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la conferencia especializada interamericana de derechos humanos en su artículo 8, indica sobre las Garantías Judiciales acoge el debido proceso.(HUMANOS C. A., 1969)

Las enmiendas en la constitución jugaron un papel muy importante en la decisión del poder, debido a que se *instituyó la Institución Jurídica del debido proceso*; La Convención Americana de los Derechos del Hombre que fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia Institucionalizó el debido proceso como una garantía jurisdiccional, la misma que fue aceptada por el Rey Luis XVI.

(ALBERTO, 1999), en su *estudio sobre las garantías del debido proceso*, basándose en la Constitución de los Estados Unidos de Norte América señala: que, “La *Garantía Constitucional del debido proceso* se promulgó en la 5ta y decima 4ta enmienda a la constitución federal. La garantía de un procedimiento justo que posibilite que los *individuos* cuenten con una audiencia abierta ante un juez neutral e imparcial que no tenga intereses pecuniarios, directos y personales, y que se encuentre libre de dominación, y que se incluya la asistencia de un abogado en casos criminales en que se juzgue a indigentes”.

Del estudio de las garantías del debido proceso realizado por el Dr. Alberto Wray señala: “que se promulgó en la quinta y decima cuarta enmienda constitucional, en donde se determinó que en una garantía de procedimiento justo permitan a los individuos a contar con el derecho a la defensa y hacer juzgado por un Juez neutral e imparcial que no tenga intereses pecuniarios, directos, políticos personales”

En la sección Monografía,(ALBERTO, 1999)manifiesta que la “Corte suprema de Justicia en su sentencia dictada en el año de 1.884 dice, “*Lo que significa el debido proceso de Ley depende de las circunstancias que varía con la materia y las necesidades de la situación*”⁴. Así mismo enfatiza que, el debido Proceso de ley es aquel en las formas que debe observarse resultan apropiadas para el caso y justas para las partes, el procedimiento debe ser observado para situaciones análogas y debe adaptarse al propósito siempre que sea necesario para la protección de las partes debe ofrecerlos la *oportunidad de ser oídos* con respecto de la justicia del procedimiento en cuestión”

El debido Proceso como garantía adquiere la categoría de Jusogens, como derecho Humano de observancia erga-omnes, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1966, de igual manera es incorporado al artículo 6 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969; además, consta en el Convenio Contra la Tortura de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1975. (HUMANOS P. I., 1966)

La Constitución Política del Estado 1998, en el artículo 24 señalaba que “*Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas sin menoscabo de otras que establezcan la constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia*”

Con la aprobación, de la nueva norma constitucional, la misma que fue aprobada por el pueblo Ecuatoriano el 20 de septiembre del 2008 y publicado en el Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del año 2008, el debido proceso es un derecho civil, el mismo que se encuentra consagrado en su artículo 76 y señala: “*En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá garantías básicas que permitan el pleno ejercicio de los derechos garantizados en la constitución, es necesario tomar muy en cuenta que ninguna persona será privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del juicio para el efecto los autoridades y toda persona que actué bajo una potestad pública están obligados a aplicar las garantías sustanciales del debido proceso cuya finalidad es evitar la indefensión, esta garantía no es una concesión de las autoridades administrativas, de justicia sino que es una obligación constitucional, inclusive la Corte Interamericana de derechos humanos por reintegradas ocasiones ha señalado que cuando se trate de derechos y obligaciones las autoridades de cualquier rango deben sujetarse a las normas establecidas en cada uno de los procesos administrativos o judiciales*”

1.1.- Aspectos generales.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), ha señalado que, en términos generales, el proceso es, un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. En tal perspectiva, estos procesos deben observar un conjunto de garantías o recursos mínimos recogidos, por ejemplo, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que puedan afectar sus derechos. El conjunto de estas garantías suelen denominarse debido proceso (HUMANOS C. I.)

(HUERTA, 2003) , señala que “El debido proceso no es exigible únicamente *a nivel judicial, sino que deben ser respetadas por todos los órganos que ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional*”¹²

Lo que significa que esta obligación vincula a cualquier autoridad pública sea esta administrativa, judicial, en donde se determinen derechos y obligaciones que corresponden para evitar la indefensión, *por lo tanto la administración pública no está exenta de dar cumplimiento a esta obligación*, que el Estado debe garantizar en las diferentes fases y procedimientos de su competencia.

(HUERTA, 2003), del análisis de la Corte Interamericana, ha determinado en forma clara y explícita, *que el debido proceso al tratarse de un conjunto de garantías deben ser adoptadas en forma obligatoria por todas las autoridades que ejerzan una potestad pública*, las mismas que deben respetar su procedimiento para que las personas afectadas tengan derecho a la defensa ante cualquier acto o resolución que haya sido dictado en forma arbitraria que menoscabe o disminuya el ejercicio de los derechos que se encuentran garantizados en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos y en las Constituciones de los países miembros que se encuentran en condiciones de desigualdad e indefensión, esta omisión es cuestionada porque afecta a los derechos del debido proceso considerada como arbitrariedad del poder por parte de las autoridades que ejercen potestad pública.

El Debido proceso está *considerado como una Institución Jurídica de mucha importancia para el desarrollo del derecho moderno*, la misma que se encuentran reconocida por la mayoría de Constituciones que promueven la modernidad, *esta garantía del debido proceso es obligatoria a toda clase de actuaciones administrativas, judiciales*, porque se constituyó en un principio y pilar fundamental del derecho procesal que tutela y ampara el derecho a un proceso justo y equitativo, es decir que se respeten todos los procedimientos en los tiempos, plazos para presentar su defensa, ser escuchados y contradecir ante el juez, inclusive a impugnarlos cuando las decisiones han sido actuadas fuera de la ley.(HUERTA, 2003)

En el Estado Moderno es necesario crear *mecanismos de control contra las resoluciones jurídicas*, para determinar si se cumplió o no con las garantías procesales y las reglas del debido proceso que justifiquen una administración imparcial, expedita e independiente que esté sujeta al derecho y no ha interés del Estado” sobre este mismo tema la Convención Americana de Derechos Humanos señala “ *que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, cumpliendo los plazos razonables para ejercer la defensa ante un juez competente imparcial e independiente* para su legítima eficacia y eficiencia en el desarrollo de la justicia administrativa y judicial.(PADILLA, Principios Generales del Derecho Administrativo)

Con la vigencia de Constitución del dos mil ocho, y al consagrarse como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, todas las autoridades que ejerzan potestad pública tienen la obligación garantizar los derechos reconocidos en el artículo 75 de la Constitución, que señala “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 la indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley. (CONSTITUCION, 2008)

1.2.- Definición.

(CABANELLAS, Diccionario Jurídico Elemental, 2000), en su Diccionario Jurídico Elemental, “define *al debido proceso*, como el cumplimiento de los requisitos constitucionales en materia de procedimiento por ejemplo: en cuanto a la posibilidad de defensa y producción de pruebas”. En cambio en el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua ,define al debido proceso como la acción de ir adelante” y en su tercera acepción agrega el “conjunto de frases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”, que viene a configurar una serie de actos encaminados a obtener un fin jurídico o como procesalmente se ha definido como la “secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver medianamente un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”.(ESPASA, 1996).

La definición de los autores (SATRUSTEGUI, REVISTA HISTORICA COSNTITUCIONAL, 1979) Y(COUTURE, 1958), han *definido que el debido proceso es la secuencia de los actos* por medio de los cuales se busca la solución de un conflicto sometido a decisión de la autoridad competente y consecuentemente este proceso será “ *el Debido*” en la medida que se respeten las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico para su prosecución, por lo tanto aparece el concepto del debido proceso la misma que *ha sido definida como una garantía de carácter fundamental* que proteja al ciudadano o cualquier tipo de arbitrariedad en que pudiera eventualmente incurrir la autoridad jurisdiccional, entonces la garantía es un continente cuyo contenido está compuesto por aquellos derechos y principios constitucionales y legales que rigen en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales.

En tal sentido (COUTURE, 1958) en su definición indica que el debido proceso permite asegurar la participación de los individuos en los procesos o juicios, los mismos que deberán cumplir requisitos establecidos en las leyes para ejercer el derecho a la defensa, *esto es tener plazos y tiempos para preparar la defensa ser oído ante un juez, contradecir lo que la otra parte indica.*

En la definición del Tratadista (HERRERA, 2012), en su edición tercera “p” 808. Señala que “El debido proceso *en el Derecho Administrativo*, es una institución importantísima dentro del derecho moderno, ya que contiene las garantías necesarias para el derecho procesal, *se trata de un derecho fundamental reconocido en el derecho Colombiano* y en la mayoría de constituciones modernas”

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; *nadie podrá ser juzgado sino conforme las leyes preexistentes al acto que se le imputa*, el derecho a la defensa considera la presentación de pruebas, un proceso justo y equitativo.

El debido proceso es fundamental del Derecho Procesal y se expresa en los siguientes derechos:

El *derecho a la justicia*,- Consiste que toda persona pueda acceder a los órganos jurisdiccionales, cuando un derecho sea afectado por efectos del ejercicio de la potestad pública.

El *derecho a la independencia del Juez*.- Todas las personas tiene derecho a que la decisión se encuentra libre de toda intervención externa o sea manipulada por personas ajenas o por intereses económicos o de otra índole que influya en la decisión del fallo para imponer una sanción ilegal.

El *Derecho a la Igualdad*.- Las partes intervinientes en el proceso deben recibir un trato igualitario a fin de garantizar las pretensiones de las partes que deben desarrollarse en el transcurso del juicio, las mismas que tienen como objetivo evitar las discriminaciones arbitrarias que favorecerían a una de las partes.

El *Derecho a un juez imparcial*, Que es aquel que no tiene ningún tipo de interés en los resultados del juicio, para favorecer o desfavorecer ilegalmente a las partes que intervienen.

El *Derecho a un Juez predeterminado por la Ley*, Este derecho nos garantizaría una justicia imparcial y evitar que una persona sea Juzgada por quien no es Juez o por quien carece de competencia.

El derecho a la Defensa que asegura a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones en todo el proceso, probarlas y contravenir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia conforme a Derecho”.(HERRERA, 2012)”.

(MONROY, 1966), se refiere a que las partes en un proceso siempre deben estar informados respecto de las actuaciones del procedimiento, *mediante la notificación de las resoluciones que afectan a cada una de ellas* y en definitiva inciden en el proceso; *el desconocimiento del debido trámite en el derecho administrativo, no solo quebranta los elementos sustanciales si no que constituyen una vulneración de derecho de acceso a la administración de Justicia*, en tal sentido es importante que se respete el procedimiento requerido para la aplicación del acto administrativo, *el debido proceso debe velar por un procedimiento que garantice el derecho a la defensa* y de contradicción de todas aquellas personas que pueden resultar afectadas con la decisión administrativa.

En el proceso debe existir un equilibrio en las relaciones que surgen en el procedimiento frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general, *entonces el debido proceso es una institución de gran relevancia dentro del derecho colombiano* que posee un tinte fundamental dentro de la Constitución Colombiana, que *no solo es de aplicación para las actuaciones judiciales, sino también para todas aquellas actuaciones que se hagan por parte de la administración.*(MONROY, 1966)”.

En resumen desde mi punto de vista, el debido proceso es una institución de mucha trascendencia que inclusive la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos promovió y defendió los derechos humanos debido a las violaciones que se cometieron al debido proceso*, por el cual cabe presentar los correspondientes recursos que se interponen por esta violación, de esta forma es necesario exigir al Estado y a todas las autoridades que ejercen potestad administrativa, o judicial que cumpla con las disposiciones constitucionales .

1.3.- Naturaleza jurídica.

Para que el debido proceso tenga validez jurídica debe enmarcarse en el *principio del debido proceso* que de acuerdo a la sentencia de julio 22 de 1970 G.J .N° 2338 de la Corte Suprema de Justicia señala que “El principio del debido proceso, es el principio fundamental en un Estado de Derecho conforme lo establece la constitución y la Ley , *toda sanción disciplinaria que se imponga a un funcionario o empleado debe ir precedida y actuada en un proceso regular, de acuerdo con las normas que regulan la respectiva falta*”(JUSTICIA, 1970)

Lo anterior es desarrollo del Art 29 de la Constitución Nacional, la actual expresa “Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a las leyes pre-existentes el acto que se les imputa ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido el artículo 29 de la Constitución que señala que “las expresiones y formalidades legales, plenitud de las formas de cada juicio deben considerarse en relación:

- a).- Que toda Ley o disposición emanada de autoridad competente, que ordene o prohíba de modo general), *debe definir de antemano y de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye delito, la contravención o culpa que han de prevenirse o castigarse*
- b).-Que medie un procedimiento apropiado, *el cual puede ser sumario brevísimo* cuando así lo requieran las funciones rápidas de policía preventiva, que alegue la prueba adecuada, según el caso, el hecho individual que ha de sujetarse a la medida de la prevención o castigo correccional, y el comprobante que establezca la probabilidad, por lo menos, respecto de culpabilidad de los autores, siempre que hayan de tomarse contra providencias preventivas, coercitivas o correccionales;
- c)...; d) Que el procedimiento en todos estos casos *garantice al sindicado los medios de defensa*; e) Que la Ley no imponga medidas o castigos que sean *insólitos, excesivos o desproporcionados en extremo*”⁷.

1.4.- Antecedentes históricos y legales.

El debido proceso, remontándonos en el año 1.215, los barones Ingleses se alzaron en armas ya cansados de la tiranía del Rey Juan Sin Tierra; quien, ante la posibilidad de rebelión y guerra civil, y de acuerdo a la exigencias de aquellos, concedió y dictó la Carta Magna, la cual fue reeditada en el año 1216 1217 y nuevamente en el año de 1.225, con algunas modificaciones, en dicho documento en su capítulo XXXIX estableció “*Qué ningún hombre libre será aprehendido, ni encarcelado ni despojado de sus bienes, ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él, sino media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país o del el reino, o en la jerga anglosajona “The Law of the land” conocida como el debido proceso legal cuyo alcance es sustantivo como adjetivo*¹.”

En consecuencia, el debido proceso se consiguió gracias a la participación oportuna de los barones ingleses quienes cansados de tanto abuso del poder, se armaron, y promovieron una rebelión y guerra civil para romper con el estado monárquico, para posteriormente presionarse y se dicte la constitución en donde consiguieron “que ningún hombre, ni aún el rey queden por encima de la ley”, es decir que todos estaban llamados a respetar esa garantía de libertad que fue concedida y reconocido por el rey de Inglaterra Juan Sin Tierra.

En referencia a la modificación realizada por el Rey Juan Sin Tierra, (ARAZI, DEBIDO PROCESO, 2003), en el texto citado conformó el antecedente directo del “*due procesos of law o debido proceso legal, cuyo alcance es tan sustantivo como adjetivo*”¹. En cuanto al contenido de la norma que regula la materia objeto del proceso fue como el procedimiento tal fue el primer documento de este tipo, en los que los sujetos obligados no son solamente las personas del rey, sino también todos los herederos integrándose así a los lugares de la tierra. La carta se ordenó leer a través del reino y el momento de establecer nuevas tierras, una copia de la carta era llevada y leída allí de manera que los nuevos habitantes se enterarían de la garantía de la libertad concedida por el rey.

El debido proceso se encuentra en sus raíces ancestrales en el capítulo XXXIX de la carta magna de Inglaterra y disponía que “Ningún hombre libre podrá ser arrestado,

detenido o preso o desposeído de su propiedad o de ninguna otra forma ser molestado, y no iremos en su busca ni mandaremos a aprehenderlo, *salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus partes* y por la ley de la tierra “lo cual es una impresión no menos al tratar de determinar el origen del debido proceso”, la decisión y participación protagónica de los barones ingleses en la construcción y en la emisión de la carta magna fue de mucha trascendencia porque lograron frenar al Rey Juan Sin Tierra, imponiéndole un proceso limpio, eliminando la arbitrariedad del poder y dando un verdadero sentido a los procesos garantizados por la carta magna.(TIERRA, 1225)”.

El texto aprobado y reconocido por el Rey Juan Sin Tierra *consagra doble garantía*; la primera *significa el juicio por jurados, por definiciones imparciales*, y incluso que nadie pudiera ser condenado por un tribunal o una comisión especial dependiente del Rey; la segunda *exigencia, alternativa o complementaria de lo anterior* (según la interpretación) la misma que *consiste en que el juicio se haga conforme a las leyes del País*” lo que aseguraba una legalidad procesal”⁶. En tal virtud la garantía del debido proceso se funda en la carta magna de Inglaterra.

(SATRUSTEGUI, 1979), al referirse a la carta Magna de Inglaterra corrobora con el criterio que sostiene el decano de la facultad de derecho de la Universidad de Harvard, indica que “Quienquiera que haya leído la Carta Magna, ya sean en latín o en traducción inglesa se habrán quedado sorprendidos por lo que encontró allí” en su contenido la opinión del Tratadista Satrustegui quien señaló: que, en su conjunto la Carta Magna no tiene el esquema de una constitución o de un sistema de gobierno, sino que en realidad se *“trata de un misceláneo de normas de la más diversa índole y significación* (algunas por cierto absolutamente sorprendentes para un lector actual) y solo unas pocas tratan de asuntos que hoy se consideran propias del derecho constitucional”⁴,

(FAIRÉN, 1969), Comenta sobre la Carta magna del Rey Juan sin Tierra, la idea que fue recogida en el derecho medieval aragonés en su regulación foral, en el cual aparecen figuras procesales bastante comparables a las garantías contenidas en el capítulo XXXIX de la Carta Magna, tal como lo comenta Fairén, en donde por ejemplo se establecía la institución del justicia mayor, que venía hacer como un “Juez intermedio”, entre el monarca y la nobleza.

Su nombramiento correspondía al rey quien debía seleccionarlo dentro del estamento o Brazo de los caballeros. Su jurisdicción se refería a los pleitos entre el rey y los nobles a los de estos entre sí; además, estas causas solo podían ser juzgadas por el justicia mayor.” Con el consejo de los ricos hombres y caballeros que estén en la corte”.

Sin embargo no se trataba, de un juicio por jurados, como el “iudiciumpariumsuorum” de la Carta Magna, porque la opinión de la corte no era vinculante para el justicia mayor estuvo inicialmente reservado a las categorías nobiliarias, aunque se extendió a partir de 1283 a “ los ciudadanos y hombres buenos de villas” Por su parte la cláusula de la “lexterrae” también aparece en el fuero aragonés, desde las Cortes celebradas en Zaragoza en 1348, y con una redacción que ha sido destacada por Fairén, recuerda el capítulo XXXIX de la Carta Magna , por la forma en que enumera los compromisos del rey en materia procesal: “...no mataremos ni extremaremos ni exiliaremos, ni matar , extremar o exiliar mandaremos, ni faremos ni preso o presos, alguno o algunos, contra fueros privilegios, libertades, usos etc. costumbres de Aragón...”(SIC).(FAIRÉN, 1969)

En resumen el comentario de Fairén se basa en el desarrollo del derecho medieval, en donde aparecieron figuras procesales tenían su similaridad con las garantías del debido proceso, en donde se constituyó un juez intermedio que servía de enlace entre el monarca y la nobleza, los mismos que generaban los pleitos, las mismas que podían ser juzgadas por un consejo de ricos y de buena reputación y prestigio que se encontraban en la corte.

Esta corriente garantista de libertades ciudadanas se propagó por Europa peninsular, sin éxito, dada la presión del absolutismo de los siglos XVI y XVII, que acabó con cualquier atisbo para establecer un sistema legal que protegiera a los ciudadanos ante el poder del Rey, no obstante subsistió en Europa insular y se desarrolló duramente el constitucionalismo inglés y norteamericano, el cual con el ya mencionado juicio por jurados y la lexterrae, sigue en vigor en Gran Bretaña hoy indirectamente también en los Estados Unidos, al haberse incorporado a su derecho Constitucional. Esto se debía principalmente a su utilización de instrumentación como un mito poderoso por parte de los agentes que llevaron a cabo la “Revolución Constitucionalista” de (1688) ⁹(TIERRA, 1215)

Por cierto que los revolucionarios independentistas latinoamericanos tuvieron presentes las normas implementadas en el sistema anglosajón, y especialmente, en el norteamericano, el cuál junto al espíritu de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano emanada de la Revolución Francesa sentó las bases de lo que fueron, ya en Chile, nuestras primeras normas Constitucionales, *las cuales ya venían con el germen de garantía del debido proceso en su enunciado.*

1.2.- El debido proceso, desde el punto de vista *Histórico el debido proceso, etimológicamente la palabra “proceso” se deriva del sustantivo processus* lo que a su vez dan *origen al verbo precedente constituido por la idea de las fases sucesivas* de un fenómeno de un cierto lapso avanzando hacia un fin determinado. Así mismo el diccionario de la Real Academia de Española de la lengua *define el proceso como “acción de ir hacia adelante y su tercera acepción agrega “conjunto de fases sucesivas de un fenómeno Natural o de una operación artificial”.* Llevado esto al plano del Derecho, entonces, viene a configurar una serie de actos encaminados a obtener un fin jurídico, o como procesalmente se ha definido. “la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.” ¹¹(COUTURE E. , 2005)

El Tribunal Constitucional del Perú de 1996, ha señalado *que el debido proceso “está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deberán aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos”* desde esta perspectiva el Tribunal ha precisado que. *El debido proceso Administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la Jurisdicción común o especializada, y a los que se refieren al artículo 159 de la Constitución del Estado. (Verbigracia, jurisdicción procedimentaria por la ley derecho de defensa, pluralidad de la instancia, cosa juzgada etc.)(PERU T. C.)*

En conclusión el *concepto del debido proceso*, se funda en el principio Constitucional de los Estado Unidos, la misma que tiene una conexión con las leyes y normas establecidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que aseguró la garantía y el pleno ejercicio a la defensa evitando la discriminación por algún motivo, filiación política, raza y opiniones política de otra índole. El Tribunal

Constitucional de Perú, respecto de una ley que impedía el embargo de los bienes públicos del Estado señaló “De continuar vigente la ley cuestionada, daría lugar a que no exista una seguridad jurídica que en vano sería accionar en contra del Estado, porque no habría derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, no habría igualdad de condiciones y se pondría en duda el cumplimiento de las garantías del debido proceso.

(BUSTAMANTE, 2002), En la línea del derecho constitucional, sostiene que la “*dimensión material del debido proceso exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive, sean justos, es decir que sean razonables y respetuosos de los valores superiores de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su validez*; de esta forma el acto es considerado como arbitrario y por lo tanto lesivo del derecho fundamental a un debido proceso sustantivo será sancionado con la implicación de este modo”

La garantía del Debido proceso es, entonces es un continente, cuyo contenido está compuesto por aquellos derechos y principios constitucionales y legales, que debe ser respetado por la autoridad jurisdiccional el momento de decidir un conflicto sometido a su decisión mediante el procedimiento. Es necesario señalar la existencia de dos corrientes referentes al debido proceso, una instrumental y otra sustancial, las primeras ven a esta garantía como un continente de diversos derechos, los cuales pueden cambiar según las valoraciones sociales en el tiempo y en el espacio, las segundas corrientes ven a ésta garantía como la justicia en sí misma, con derechos que la componen, pero derechos que deben sustentarse en procesos legítimos y que estén de acuerdo con el Estado Democrático.(HOYOS, 1998)”.

Las corrientes instrumentalistas conceptualizan al debido proceso como “una institución, porque constituye una idea común, compleja y objetiva integrada en un todo unitaria que es la Constitución, a la cual se adhieren las voluntades de los justificables, pero que el Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, mediante

un proceso les ofrezca la tutela judicial que permita a las personas la defensa y el goce efectivo de los derechos”¹².

En el análisis del tratadista (HOYOS, 1998) concluye que el “*Debido proceso*, es “*una institución instrumental* en virtud de la cual debe asegurarse a las partes, en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas, oportunidad razonable de ser oídas por un Tribunal competente, predeterminado por la Ley, independiente e imparcial de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contra parte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la Ley contra las resoluciones judiciales y administrativas motivadas y conforme a Derecho de tal manera que las personas pueden defender efectivamente los derechos”. Con estos antecedentes *el debido proceso como Institución jurídica está obligado a respetar las garantías*, sin más dilaciones y que no contravengan al ordenamiento jurídico de nuestro país (HOYOS, *El Debido proceso*. "p"54, 1998)".

(COUTURE E. , 1979), al referirse a la corriente sustancial del *Debido Proceso*, señala que esta garantía es de “orden estrictamente procesal que ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía del debido proceso consiste en el último término *en no ser privado de la vida*, la libertad o propiedad, sin garantía supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario “¹⁵.

(COLOMBO, 2006) En este sentido jurídicamente hablando, el proceso debe entenderse *como instrumento a través del cual el Estado dota a sus ciudadanos para que estos resuelvan sus conflictos de relevancia jurídica*. Así mismo es entregado a los órganos en tanto tengan facultades jurisdiccionales y deban pronunciarse en sentencia, asegurando que las garantías y derechos fundamentales no se consideren un simple trámite, sino que es una obligación objetiva y pensando en la subjetividad del procedimiento y de una investigación del conflicto para determinar si en verdad se tutela y se garantiza la aplicación de las garantías que son de cumplimiento obligatorio por mandato expreso de la constitución y la ley. El

debido proceso en Chile. Nuestra doctrina ha incorporado la acepción del debido proceso dentro del concepto de las desigualdades, el que como antecedente histórico ya se encontraba reconocida, entre nosotros, como un germen que contenía la idea, en el reglamento constitucional Provisorio de 1.822.

La visión del debido proceso en Chile, es considerado como garantía se encuentra en el Art 19 N° 3 inciso 5°, de la Constitución Política de la República de Chile que dispone “ Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional, y justos” ante esto podemos sostener que nuestro ordenamiento jurídico entiende la garantía del debido proceso(COLOMBO, 2006)”.

El Tratadista(AROS, 2004)emite su criterio sobre el debido proceso y señala que “En el sentido y jurídicamente hablando, el proceso debe entenderse como el instrumento a través del cual el Estado dota a sus ciudadanos para que estos resuelvan sus conflictos de relevancia jurídica, Así mismo se han entregado a los órganos, en tanto tengan facultades jurisdiccionales y deban pronunciarse en aquellas me refiero a las sentencias o resoluciones emanadas por los órganos que ejercían jurisdicción y en este sentido, no es exclusivamente un órgano judicial el que puede emitir una sentencia o resolución, puesto que el concepto de órgano dotado de facultades jurisdiccionales implica cualquier autoridad por un lado y por otro, se requiere que afecte derechos esenciales de la persona Humana”²⁸

(MEINS, 1999), al respecto del debido proceso indica que se integra por diversos actos *como las partes, el juez o del órgano* que conozca y, en muchos casos, de *terceros; actos*, los cuales, deben estar previamente establecidos en una norma. A su vez, este proceso debe llevarse a cabo mediante la aplicación de ciertas reglas llamadas procesales, y que en su conjunto conforman el procedimiento para efectivizar la garantía de la igualdad, y la obligación del legislador de “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justos” no obstante como señala el profesor y Ministro de la ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, Eduardo Meins Olivares “*El debido proceso constituye una garantía de otros*

derechos, permite que ellos se hagan efectivos cuando entran en conflicto y son llevados para su solución en sede Jurisdiccional” ²⁹

Esta afirmación nos lleva a sostener que *el debido proceso, como derecho autónomo*, en sí constituye además, un derecho ejecutor que posibilita el desarrollo de las demás garantías del debido proceso, las cuales debidamente respetadas legitiman cualquier proceso y de cualquier índole, además de hacer lo propio con las eventuales sanciones que se puedan imponer en el mismo.

El debido proceso en sede Administrativa, el ejercicio de estos derechos debe *de reconocerse desde que el procedimiento se inicie* contra el involucrado, dado que en esta etapa es cuando *asoma el ejercicio del derecho a la defensa*, cuyo objeto es dejar en igualdad de condiciones al sumariado, investigado o el fiscal investigador, y se constituye uno de los elementos esenciales tales como, *el derecho a ser oído* lo que en la práctica se traduce en que el funcionario envuelto en una investigación tiene derecho a entregar su versión de los hechos que se imputan.

El tratadista (EVANS E. , 1989), se refiere al debido proceso, y hace un resumen de la siguiente manera: *2 Los elementos que constituyen un racional y justo procedimiento son los siguientes:*, de un modo muy escueto: **1)Notificación y audiencia del afectado**, pudiéndose considerar en rebeldía si no comparece una vez notificado; **2) Presentación de las pruebas**, recepción de ellas y de su examen; **3)Sentencia dictada en un plazo razonable**; **4) Sentencia dictada por un Tribunal u órgano imparcial y objetivo**; y **5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.”³⁰**

El derecho a impugnar ante los órganos de jerarquía superior, porque el acto administrativo le afecta. Así podríamos sintetizar, que el debido proceso está considerada como una garantía, en dos aspectos básicos: la exigencia de formulación de cargos previos y el derecho a defensa del inculpado. Sobre la exigencia de la formulación cargos previos, el artículo 150, inciso 3^o del Estatuto Administrativo prescribe sobre el particular que “ningún funcionario podrá ser sancionado por hechos que no han sido materia de cargos”.

Lo que se traduce que dichos cargos deben formularse por escrito al inculpado y serles notificados personalmente o por carta certificada, tal como dispone el art 125 del Estatuto Administrativo .Por otra parte, los cargos deben formularse en forma concreta, precisando específicamente los hechos constitutivos de la infracción, no siendo posible imputar al inculpado conductas genéricas o imprecisas, de modo que impidan asumir adecuadamente su defensa”³³(CONTRALORIA, DICTÁMENES 32274/89.616/96...Otros, 1989)”.

Constitucionalmente en el sistema procesal todas las juezas, jueces y autoridades administrativas tienen la obligación de proteger las garantías efectivas del debido proceso y no se sacrificará la justicia ordinaria ni administrativa por la sola omisión de formalidades, esta alusión constitucional permitirá que las y los individuos afectados por una decisión antijurídica, tengan la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa.

En materia penal los derechos provienen de un origen internacional, específicamente de la declaración Universal de los derechos humanos, la misma que dio énfasis en la búsqueda del aseguramiento de la responsabilidad penal cometido por los individuos, garantías que van más allá de garantizar el debido proceso del procesado por la presunción de comisión de delitos, la importancia está centrada en que toda persona debe ser procesada cumpliendo ciertos requisitos y solemnidades que establece la constitución y la ley.

En el anterior código de procedimiento penal en su Art 5.1, señalaba: “El debido proceso se aplicarán las normas que garanticen en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.

En el actual (COIP, 2014), en su Artículo 5 principios procesales, El derecho al, debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras norma jurídico, se regirán por los siguientes *principios: de legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, inocencia, igualdad, impugnación procesal, prohibición de empeorar la situación del procesado, prohibición de autoincriminación, prohibición de doble*

juzgamiento, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, directo judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, motivación, imparcialidad, privacidad, confidencialidad, objetividad.

Para (QUIROGA, 2003).La garantía y el derecho fundamental amparado por la Constitución Política del Estado, muy difundido pero no desarrollado en su real dimensión. *Una parte de la doctrina se la desarrolla como una garantía específica* semejante al derecho a la defensa, otros lo consideran dentro del derecho Fundamental a la Tutela Judicial efectiva y también lo desarrollan como una institución instrumental.

La Corte Suprema no ha dado interés a su desarrollo conceptual, solo se enmarca en el principio de fundamentación de la Resoluciones Judiciales, en el tema de notificaciones y en lo referente al tratamiento de los medios probatorios. Además podemos señalar que el debido proceso no está sistematizado dentro de la teoría general del proceso.

“Sin embargo esta garantía pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la Ciencia Procesal que con el desarrollo histórico y científico y de la teoría general del proceso han visto positivado el texto normativo de la Constitución, diversos principios, y postulados, esencialmente procesales sin los cuales no se puede entender un proceso judicial justo y eficaz” ¹(QUIROGA, 2003)

La garantía del debido proceso que reconoce el Art.19 N°3 inc.5º en el ámbito administrativo se manifiesta en una doble perspectiva: por una parte el derecho a la defensa que debe ser reconocido como una oportunidad para el afectado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas; y también el derecho a exigir de la Administración pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos”. En tales circunstancias todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, lo que supone la posibilidad de hacer valer dentro del procedimiento los distintos intereses antes de adaptarse una decisión definitiva por parte de la Administración”¹

El tratadista (TICONA, *El Debido Proceso y la Demanda Civil*, 1999) refiriéndose al origen y antecedentes del debido proceso, señala: *En la actualidad el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carta magna de 1215, en la que el Rey Juan Sin Tierra, otorgó a los nobles ingleses entre otras garantías la del due procesos of law, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado, o puesto a prisión, ni despojo de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de las partes, según la ley del país”.*

De la lectura de la Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra, se aprecia que el debido proceso consagra incluso para proteger la libertad de la persona humana antes de iniciar el proceso judicial propiamente dicho, presentándose la detención y la prisión como excepcionales a la libertad, las mismas que se concretizaban previo al juicio. Desde el reconocimiento del debido proceso legal” due process of law” el Estado Monárquico inglés asumió el deber y el compromiso que al momento de restringir las libertades personales, el derecho de propiedad, la posesión o de cualquier otro bien perteneciente “solo a los nobles” deberían respetar las garantías previstas en la carta magna que en ese entonces a los doctores Francisco Javier Pariona Aliaga y Jorge Alfredo Solís Espinosa, en gratitud de su amistad y el apoyo de mis aventuras académicas”²

El Tratadista en su opinión sobre el debido proceso se fundamentó en el origen y los antecedentes que se generaron por la intervención de los barones ingleses quienes forzaron para frenar la arbitrariedad del poder y lograron que se apruebe la carta magna, *en donde el Rey Juan sin Tierra, se vio en la obligación de otorgar garantías tendientes a proteger la libertad de la persona para que se defienda antes de iniciar el proceso, pero el Estado Monárquico instituyó una excepción de restringir la libertad es personal es que es lo más preciado del ser humano y que constituye un respeto irrestricto al sistema democrático del país(TICONA, *El Debido Proceso y la Demanda Civil*, 1999)”.*

Para diferenciar *el debido proceso* y el *proceso administrativo sancionador*, en base al Expediente Nro. 02098-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional de Perú en un ámbito de proyección sobre cualquier de proceso o procedimiento, sea esté judicial o administrativo o entre particulares. Así se ha que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, no solo tiene un espacio de aplicación en el ámbito “judicial”, sino también en el ámbito administrativo” y en general como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, puede *extenderse a “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter jurisdiccional, el que tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la convención americana”*. (Caso Tribunal Constitucional de Perú, párr. 71)

La aplicación del artículo 8 de la convención Americana (caso Tribunal Constitucional de Perú), de igual la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene en la doctrina que ha hecho suyo este colegiado en la sentencia correspondiente al Expediente Nro. 2050-2002-AA /TC, que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en el sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que puedan afectar sus derechos” (párrafo 69).

“(…) cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “Juez o tribunal competente”, estas expresiones se refieren a cualquier autoridad pública administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas (párrafo 71).

El debido procedimiento administrativo, reconocido constitucionalmente comprende entre otros aspectos, *el derecho a impugnar las decisiones de la administración*, a través de los mecanismos que prevé el propio procedimiento administrativo y en algunos casos se acude a la vía judicial, bien mediante el juicio contencioso administrativo o el propio proceso de amparo(CONSTITUCIONAL, *Expediente Nro 2050-2002.AA/AT."p" 71, 2002*)”.

1.5.- Garantías básicas en la constitución.

Las garantías tienen enjambre en el Estado garantista porque construye un sistema artificial de garantías constitucionalmente reordenadas a la tutela de los derechos fundamentales. Se trata de un Estado productor de normas jurídicas (positivismo jurídico), la misma que se encuentra regulada desde la producción normativa misma, por normas positivas que indican: quién, cómo y cuándo hacerlo, (formas) y además prescribe en el sentido sustancial o material, la constitución impone el derecho sobre el derecho en forma vinculante a la producción jurídica.

En su obra de derecho Administrativo del Dr. Jorge Zavala Egas en las páginas 128 y 129 se refiere a las Garantías y señala: El Estado Garantista es el que se construye como un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales. Se trata de un Estado que se rige como único productor de normas Jurídicas (positivismo jurídico) que se encuentra regulado desde la producción normativa misma, por normas que indican, quien cómo y cuándo hacerlo (formas) y además, prescribe con qué contenido (sustancial o material).

En referencia a las garantías (GONZAINI., 2004) señala que, de esta manera se procura, no solo que la Ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino que además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto, se distingue entonces la razonabilidad jurídica o la adecuación a la Constitución en General y; en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella y, finalmente razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que razonablemente derivada de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen en la vida y en la sociedad “¹¹⁰(GONZAÍNI, 2004)”.

Como antecedente jurisprudencial sobre el debido proceso, el mismo que se encontraba desarrollado en la Constitución Política del Estado Ecuatoriano del año 1998, el mismo que en su Art 24 señalaba que “para que se efectivice las Garantías del debido proceso estas deberán observarse las garantías básicas, sin menoscabo

de otros que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes y la jurisprudencia.

El profesor (ZAVALA, 2011) en su obra Derecho Administrativo se refiere al Estado Garantista, el mismo que señala “La constitución vigente (R.O.449 de 20 de octubre de 2008), en nuestro país seleccionó las siguientes operaciones: 1ª La constitución de un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (Art 1 CRE); 2ª La definición de este estado como República (ibídem); 3ª Con un gobierno descentralizado (ibídem) y, 4ª Proclive y favorecedor de la integración supranacional, en los términos y objetivos que prescriben las normas del capítulo tercero del Título VIII de la misma constitución.

La concepción del Estado garantista es la del Estado constitucional de derechos, es decir aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder arbitrario. Es aquel en que el legalismo no es suficiente para considerar frenado o limitado al poder legislativo que, libérrimo en cuanto a dotar de cualquier contenido a las leyes, puede ejercerse, junto a su aplicación por los jueces, en forma autoritaria y despótica. Estado que asume el garantismo, en cambio, es el que vincula los derechos fundamentales consagrados en la constitución con todos los poderes públicos.

Hemos construido al Ecuador como estado constitucional de derechos, empero aceptemos que esa no es realidad (el ser) es una creación normativa (deber ser) y, por tanto, admitamos que no es lo existente, los ecuatorianos hemos creado una proposición jurídica que, como todas son artificiales, algo ilusorio, un proyecto a realizar, distante de la objetiva realidad (ZAVALA J. , 2011)”.

CAPITULO II
DERECHOS DE PROTECCION

2.- Derechos de protección.

Constitucionalmente en el sistema procesal todas las juezas, jueces y autoridades administrativas tienen la obligación de proteger las garantías efectivas del debido proceso y no se sacrificará la justicia ordinaria ni administrativa por la sola omisión de formalidades, esta alusión constitucional permitirá que las y los individuos afectados por una decisión antijurídica, tengan la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. El Artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, Indica “que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el debido proceso, que incluirá las siguientes Garantías Básicas:

Numeral 1.- Garantía de Cumplimiento “corresponde a toda autoridad Administrativa o Judicial garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes”.

Numeral 2.- (Garantía de presunción de inocencia) “se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”

Numeral 3 (Principio de legalidad) “ nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto o omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la Ley Penal como infracción penal administrativa o de otra Naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución y la Ley. “Sólo se podrán Juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

Numeral 4 (Eficacia Probatoria) “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

Numeral 5.- (Principio de Extraterritorialidad de la Ley o in-dubio Pro-reo) “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”

Numeral 6.- (principio de proporcionalidad) “las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra

naturaleza” Este principio se suscribe en que debe darse a cada cual lo que le corresponde de acuerdo a su grado de participación en una infracción, contravención o delito.

Numeral 7.-Principio de Defensa).”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 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.
- e) Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- f) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines investigativos por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado patrocinador o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- g) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el proceso.
- h) 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.

i) 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.

j) 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.

k) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la Jueza, Juez o Autoridad y al responder al interrogatorio respectivo.

l) 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.

m) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. 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 consideran nulos. Las y los servidores responsables serán sancionados.

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

Así mismo la constitución 2008 en su Art 77. Prevé garantías básicas. En todo proceso penal en que se haya privado la libertad a una persona se observarán las siguientes garantías básicas:

1.- La privación de libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos

flagrantes, en cuyo caso no podrán mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de 24 horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

2.- Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita por jueza o juez competente, Salvo en el caso de delito flagrante. Las personas procesadas o iniciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de prisión provisional de libertad legalmente establecidos.

3.- Toda persona en el momento de la detención tendrá derecho a conocer en forma clara y en lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de jueza o juez o autoridad que lo ordenó a quienes la ejecutaron y a las de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4.- En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una Abogada o Abogado, o de una defensora o defensor público en el caso que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

5.- Si la persona detenida fuera extranjera quien lleve adelante la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

6.- Nadie podrá ser incomunicado.

7.- El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informado, de forma previa y detallada, en su lengua propia o en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

b) Acogerse al silencio.

c.- Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

8.- Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto

en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

9.- Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causa por delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

10.- Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o sentencia absoluta, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aún cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

11.- La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la Ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

12.- Las personas declaras culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado. Salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

13.- Para las adolescentes y adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de las personas adultas.

14.- Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca de usos excesivo de la fuerza policial en aplicación o interpretación

abusiva de contravenciones u otras normas o por motivos discriminatorios. Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.

2.1.- Derechos y obligaciones.

La Constitución de la República en su título II del capítulo primero (principios de Aplicación de derechos), es necesario tomar muy en cuenta ciertos numerales del artículo 11 de la Norma Suprema, que permita asegurar el cumplimiento de la Constitución, los mismos que se detallan Como por ejemplo en el Art 11 señala que “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios, entre los que anotamos.

Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

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

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. No excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades pueblos y nacionalidades, que es necesario para el pleno reconocimiento y ejercicio.

El más alto deber del Estado es consiste en respetar y hacer respetar los derechos y 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.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución y la Ley.

2.2. Garantías básicas.

Hasta la Constitución de 1998, el Ecuador se regía bajo una concepción ideológica de un Estado liberal de derecho, en su fase de Estado Social, vale decir, en el que el poder público actuaba conforme a la ley, desapareciendo la voluntad del gobernante como manifestación y sede de la soberanía y, en su lugar, se entronizó un gobierno de la ley, que es la expresión de la voluntad del pueblo soberano(...) con esta concepción ideológica vigente hasta el año vigente en el Ecuador, se construye el Estado, fue el reino de la ley, concebida como norma general y abstracta, pues su generalidad y alejamiento de casos concretos **eran garantías de la justicia** para todos y de la voluntaria sujeción de todos allá.

Las Garantías del debido proceso en la administración de justicia ordinaria, administrativa o jurisdiccional tiene enjambre en la Constitución de la República del Ecuador, la misma que se encuentra desarrollada en las normas secundarias, en este caso me referiré a la materia penal, en el anterior Código de Procedimiento Penal en su Art 5.1, señalaba que el “Debido proceso se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentos de los fallos.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art 29, interpretación de la ley procesal, la Jueza o Juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los Instrumentos internacionales de derechos Humanos, y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán alcanzarse mediante la aplicación de los *principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa.*

2.3.- Principios de la administración de justicia.

Con la transformación del marco Constitucional, mediante la constituyente y posteriormente aprobada por el pueblo Soberano del Ecuador, mediante referéndum aprobatorio, la misma que fue elevada a norma Constitucional de mayor jerarquía conocida como la Constitución de la República del Ecuador y *en su Art 169, señala que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagran 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”*(CONSTITUCIÓN, 2008)

Los principios son criterios rectores que regentan los determinados procedimientos en un sistema procesal, la misma que fundada en la doctrina positiva, en tal virtud los principios generales son aquellos que históricamente es considerada como una norma no legal, supletoria de ella y constituida por doctrina que es aceptada por los jurisconsultos y Juzgados y Tribunales.

En el análisis de los principios la idea de Andrés de la Oliva, manifiesta que “son principios del debido proceso o principios procesales, las ideas y las reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos (de ahí el término de principio), determinado que sean sustancialmente como son los criterios inspiradores de la capacidad de decisión y de la influencia del órgano jurisdiccional y de las partes, en el nacimiento del proceso, en su objeto, en su desenvolvimiento y en su determinación”

De acuerdo al Diccionario Jurídico Espasa. Los principios procesales son aquellas reglas mínimas a las que deben sujetarse a un proceso judicial para alcanzar al debido proceso, estas reglas mínimas aseguran el derecho de defensa de las partes. Teniendo en cuenta además que *“nadie puede ser juez en causa propia, ni hacerse justicia por sí mismo”*. La doctrina procesal civil ha desarrollado una serie considerables principios procesales.

2.4.- Principio de legalidad.

El principio de Legalidad constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, al cual se halla sometida toda actividad pública, el tratadista (DROMI, 2005) manifiesta que la “Legalidad conformadora y limitadora de la actuación pública que asegura a los administrados la disposición de una variedad sus medios sustantivos y vías formales para efectivizar la fiscalización y el control de la administración pública, la constitución y las leyes definen las atribuciones del poder público y de ellos debe sujetarse su ejercicio”.

El principio de legalidad se encuentra investido de una potestad constitucional que se rige como garantía suprema del ciudadano, dado que el estado impone “el respeto a la normatividad y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad jurídica, control y responsabilidad jurídica como consecuencia del Estado de Derecho que es adoptado como modelo de organización pública”

La doctrina define que toda actividad emanada de la autoridad administrativa debe sujetarse a normas preestablecidas y concebidas el desarrollo del proceso administrativo, en el cual debe seguirse el cauce formal y alcanzar una eficaz actuación administrativa respetando la protección subjetiva del derecho a la defensa y al debido proceso.

(DROMI, 2005) *El principio de legalidad tiene raigambre en la doctrina y en el ámbito constitucional, la misma que se encuentra garantizada en nuestra Constitución que fue aprobada en el año 2008, mediante referéndum aprobatorio por el pueblo Ecuatoriano; y en Art 226 se consagró el principio de Legalidad que señala “ Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y las facultades que le serán atribuidas en la Constitución y la Ley” este principio está en conexión con la responsabilidad dispuesta en el Art 233 de la Constitución de la República la misma que señala “ que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones(DROMI, Tratado de Derecho Administrativo, 2005)”*.

El Tratadista (BARRACO, 1996). *Manifiesta que La legalidades la que mueve la actividad estatal*, la misma que debe justificar y avalar la validez de los actos administrativos; por eso se crea la presunción de que son legales, es decir se los presume válidos y que respetan las normas que regulan estos procesos; si reúne todos los requisitos y solemnidades establecidas en las normas legales, la falta parcial de los requisitos puede conllevar a contener algunos vicios por lo tanto se consideran nulos.

Presunción de Legitimidad.- Es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente; los *actos administrativos se presumen legítimos, obligatorios y estables, las misma que tiene fuerza ejecutoria*, su regulación está sometida a la satisfacción de los distintos requisitos de los actos de los particulares, en tal virtud la presunción de que el acto fue emitido conforme a derecho.

Los fundamentos formales y sustanciales de la legitimidad de los actos administrativos se sustentan en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos que fundamentan la presunción, este argumento se impone indiscutiblemente con la sanción de las leyes de procedimiento administrativo que regulan los requisitos del acto, es decir aquí nace el origen de la preparación y la emisión de la voluntad administrativa. En el orden sustancial, la ley solo es fuente de presunción de legitimidad. En consecuencia, con la consagración normativa de la presunción de legitimidad se disipan todas las posibles dudas interpretativas; Además, *la presunción de legitimidad de los actos administrativos deriva del principio de interpretación constitucional* que consagra la presunción de validez de los actos estatales.(BARRACO, 1996)

En tal virtud, la presunción de legalidad es proteger la arbitrariedad administrativa, ante la dificultad de hacer efectiva la vigencia de los derechos y garantías constitucionales; la misma que atañe la carga de prueba y fija una regla de inversión de la carga probatoria. El que impugna la legitimidad de un administrativo carga con la prueba, cuando se tratan de actos nulos no hacen falta acreditar la legitimidad(BARRACO, *Fallos 302, 1503*, Universidad Nacional de Córdoba , 1980)".

1.- En la Obra de Derecho Administrativo de (VIDAL, 2008) en el capítulo XVII, se refiere *al principio de Legalidad* el mismo que indica “Que en el derecho moderno se considera que la actividad de la administración debe *estar permanentemente sujeta al ordenamiento jurídico*, esto es, que las normas que ella expide y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores. *Este fenómeno político-jurídico* se conoce con el “principio de legalidad”, la consecuencia que se deriva de la existencia de ese principio es la de que la violación del orden jurídico por un acto de la administración puede dar lugar a su anulación por el juez quien ejerce el control legal.

El control judicial de los actos de la administración se instituye el control de la constitucionalidad de las leyes, sin embargo el control limita al simple objeto de hacer desaparecer del ambiente jurídico una Ley que Choca con la Constitución, *el control de la legalidad puede conducir también al otorgamiento de una indemnización para reparar el daño causado.*

La doctrina advierte que *el principio de legalidad constituye una limitación del poder administrativo y tiene una inspiración, liberal*; estará mejor asegurado, por otra parte, en la medida en que resulte más expedito controvertir judicialmente las decisiones administrativas. La presunción de legalidad se presume legal, esto es, ajustados a las reglas cuyo cumplimiento les es obligatorio. La consecuencia de esta presunción es que dichos actos deben ser obedecidos por las autoridades y por los ciudadanos, es el efecto de cosa decidida.

1.1. Las autoridades que hacen efectivo el principio de la legalidad, un régimen de derecho, los gobernantes deben obrar de acuerdo con la Constitución y ley; ellas son las fuentes de sus poderes jurídicos y el marco de su acción. El Art 6° de la Constitución Colombiana lo tiene así establecido con claridad “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”

1.2. La presunción de legalidad y la excepción de ilegalidad, Los actos los de la administración se presumen legales, esto es, ajustados a las reglas cuyo cumplimiento les es obligatorio. La consecuencia de esta presunción es que dichos

actos deben ser obedecidos, por las autoridades y por los ciudadanos, es en efecto de cosa decidida.

2.- Sanción por violación del principio de legalidad, las causales de anulación de los actos administrativos.

La doctrina y la jurisprudencia en relación a la teoría de *la inexistencia del acto administrativo es inexistente porque carece de los elementos sustanciales de fondo*, pero la acción judicial puede o no declarar la anulación, La declaratoria judicial de que un acto administrativo es inexistente porque le serviría de respaldo o de base que fue declarado inexcusable para ciertos actos.

Causales de nulidad de los actos por violación al principio de legalidad, la miasma que su aplicación es de carácter obligatorio porque incumbe a todas las autoridades administrativas de respetar las normas jurídicas superiores a su poder jurídico, para lo cual se requiere acotejar el acto administrativo expedido y la aplicación de las normas para ver si aquel infringe las ese orden jurídico.

Los vicios que pueden afectar un acto administrativo son de distinta Naturaleza, por ejemplo la presentación de los defectos de los actos administrativos requiere ciertas formalidades en la etapa jurisdiccional, *los actos administrativos para que sean anulados deberán estar acompañados de los motivos jurídicos que pueden contribuir para su anulación*, aunque esas mismas acusaciones de ilegalidad puedan ser controvertidas en la vía gubernativa.

La falta de este principio nos lleva a pensar que el acto es inexistente cuando no ha sido materializada y establecida adecuadamente una decisión contraria a la presunción de legalidad y la aplicabilidad inmediata de los actos administrativos; la teoría de la inexistencia sirve a la jurisprudencia para corregir ciertas reglas de procedimiento muy rigurosas.

Un acto administrativo puede ser anulado por incompetencia de su autor; *por vicios de forma; error en los motivos, violación de la ley o desviación del poder*, esto se comprueba con el principio de legalidad.

Incompetencia.- tiene relación con el principio de separación de poderes y para garantía de los ciudadanos, la Constitución y las Leyes, en un acto administrativo de cualquier funcionario *distinto a aquel investido por la ley de poder para dictarlo, se viola la ley y el acto es anulable.*

Vicios de Forma. Para garantía de los ciudadanos, la ley organiza un ritual que debe seguirse dentro de la vida jurídica, *pero es anulable cuando no se cumple con todo el procedimiento instituido*, por lo tanto es fácil de apreciar, porque basta hacer una comparación entre la forma del acto y los trámites legales; los colombianos le conocen con el nombre de “Papeleo” debido a la excesiva exigencia de formalidades, en tal sentido *los vicios de forma produce la violación de los procedimientos establecidos en la Ley.*

Violación de la Ley.- la Doctrina señala que de manera general todas las causales de anulación de los actos administrativos caben dentro de este epígrafe llamado “*violación de la ley*” *que consiste en trasgresión de toda norma de derecho.* Ahora bien la violación de la ley es una violación flagrante, especialmente cuando se contradice la norma inferior en contra de la norma superior, *pero también puede darse por una falsa interpretación.*

Falta de Motivos o error en los motivos.- se llaman “motivos” las circunstancias de hecho que proceden o provocan toda decisión administrativa, la sucesión de acontecimientos que impulsan al administrador a obrar, la medida tomada puede ser ilegal *si no la justifica los hechos que provocaron*, el juez entra a estudiar *los hechos para ver si el motivo invocado se ha realizado*, porque la legalidad del acto se funda en la realidad de los hechos invocados.

Desviación del poder.- cuando se emplea una facultad distinta a la ley o se *abusa del derecho para satisfacer intereses en beneficio de terceros.*

2.5.- Derecho a la defensa.

El derecho a la defensa puede concebirse como una idea autónoma, el profesor (EVANS E. , Los Derechos Constitucionales Tomo II, 1986)conceptúa *el derecho a la defensa jurídica como el “derecho a solicitar y obtener la intervención de un abogado para que ejerza la defensa de los derechos de las personas, intervención que debe admitirse no solo en los tribunales de justicia, sino en cualquier otro órgano jurisdiccional o ante cualquier autoridad”*³⁶ , lo que sin ser un perjuicio de ser un concepto bastante genérico se ajusta enormemente a lo que la comisión de estudio de la nueva constitución trató de establecer. Además como se desprende de lo anteriormente transcrito, se deja muy en claro que esta garantía tiene aplicación cuando se actúa ante cualquier clase de organismo con facultades jurisdiccionales, *dando así una verdadera protección al principio de defensa.*

En materia administrativa, el derecho a la defensa se ha considerado no solo como una exigencia del principio de justicia sino también como expresión del principio de eficacia, ya que asegura un mejor conocimiento de los hechos y contribuye a mejorar la decisión administrativa garantizando que ella sea más justa; el derecho a la defensa debe ser reconocido como una oportunidad para el afectado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas, así como ejercer el derecho a exigir de la administración pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos.

La doctrina y Jurisprudencia nacional consagrada en la Constitución 1998 señalaba que *“toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”*.

En consecuencia el derecho a la defensa es clave para el desarrollo de la justicia administrativa, ordinaria y jurisdiccional, esta garantía es esencial, porque él individuo puede defenderse (EVANS E. , **Los Derechos Constitucionales Tomo II, 1986**)”.

Con la transformación del marco constitucional, el Ecuador se convierte en un Estado garantista de derechos, los mismos que deben ser observados por todas las

autoridades de todos los poderes del Estado y de manera especial la aplicación de las garantías establecidas en el numeral 7 del Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que transcribo:

Literal a) “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”.

Literal b) “Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa”

Literal c) “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”

Literal d) “Los procedimientos serán públicos, salvo las excepciones previstas por la Ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento “

Literal 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”

Literal f) “Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma en la que se sustancia el procedimiento”

Literal g) “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada u 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”

Literal 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”

Literal i) “Nadie podrá ser Juzgado más de una sola vez por la misma causa y materia. Los casos Resueltos por la jurisdicción indígena deberían ser considerados para este efecto”

Literal j) “Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la Jueza, Juez o autoridad y a responder al interrogatorio respectivo”

Literal k) “Sr 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”

Literal l) “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. No habrá motivación si en la resolución no se encuentran las normas o principios jurídicos en que se funda y 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 consideran nulos. Las servidoras y servidores serán sancionados”, esta sanción no está determinada de qué forma o procedimiento debe seguirse para ejemplarizar esta omisión que afecta gravemente al derecho del debido proceso y de defensa.

Estas garantías básicas son indispensables en todos los procesos de cualquier índole, resulta preocupante que en los procesos administrativos en contra de los particulares se omiten algunos requisitos que conforman el debido proceso, desde mi punto de vista creo que la falta de un solo requisito el acto es nulo, por citar ejemplos, los procesos administrativos instaurados por Agrocalidad, Ministerio del Ambiente, notifican para que conteste en el término de 5 días, luego se abre la causa prueba y posterior notifican con la resolución por parte de la autoridad que se convierte en juez, como podemos apreciar no se convoca a una audiencia en donde la persona procesada tenga la oportunidad de ser escuchado en igualdad de condiciones, como lo dispone el literal c del numeral 7 del Art 76 de la Constitución de la República .en tal virtud se evidencia que las autoridades no están cumpliendo con la obligación de aplicar los derechos y garantías que más favorezcan a los particulares, estos vicios afectan al Estado de Derecho que se funda en el respeto irrestricto de Constitución, las Leyes y las demás normas del ordenamiento jurídico.

CAPITULO III

MOTIVACION

3.- Motivación.

(ROJAS E. , 2007) en su obra Derecho Administrativo de derecho procesal administrativo, en la sección 1 *sobre la determinación de los motivos en el acto administrativo*, señala “El motivo puede ser previsto por regla de derecho que indique en cierta situación de hecho puede ser dictado en el acto”, entonces el motivo aparece como una condición legal y concreta del acto, es decir el motivo puede figurar en el texto, *sin embargo la administración está obligada a motivar sus actos solo si una disposición de ley o de reglamento se lo imponen*, los actos que en nuestro ordenamiento jurídico deben ser siempre motivados en los siguientes casos:

- a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos.
- b) Los que resuelven recursos
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos
- d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso.
- e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance General.
- f) Los que deban serlo en virtud de la Ley.

La jurisprudencia ha establecido que toda decisión puede ser válidamente motivada cuando el autor se refiere al informe de una comisión e indicó nada más que la parte dispositiva, sea que lo reproduzca en cabeza de la decisión, sea que en aquella resulte de la aprobación como fundamento o base de la consulta, sin embargo es necesario *que los motivos figuren en el documento para efectos de la impugnación.*

Las ilegalidades que se refieren a los motivos previstos por la regla del Derecho, se fundamenta en el control de la existencia de los motivos, el juez debe investigar si los hechos indicados por la regla del derecho y que condicionan al ejercicio de la

competencia discrecional ligada han tenido lugar realmente; además *el juez debe controlar la calificación del motivo*, es decir el Juez después de la apreciación calificará los hechos y verificará si la administración no ha cometido ningún error de manifiesto.

La falta de motivos de hecho y de derecho puede conllevar a la nulidad del acto administrativo emanados por las autoridades que ejercen potestad pública en la Administración del Estado.

Los Motivos de hecho, se refieren a los actos administrativos que fueron dictados a partir de hechos materialmente inexistentes, son declarados nulos por el juez contencioso administrativo si los hechos sirven de motivos al acto en forma determinante, el control de los motivos de derecho permite descubrir tres aspectos de exceso de poder.

- 1.- *Acto dictado fuera del campo de aplicación de la Ley*
- 2.- *Defecto de base Legal*
- 3.- *Error de Derecho.*

Acto dictado fuera de la Ley.-No se trata de una simple violación de la ley o de una falsa aplicación, sino más bien de inaplicabilidad directa o indirecta, como las imposiciones tributarias, que no entran en el campo de aplicación.

Defecto de base legal.- Implica que el motivo de derecho sobre el cual está fundado en acto atacado no puede existir, no existe aún, no existe más o es ilegal tratándose de los siguientes casos:

- 1.- El acto dictado por la autoridad administrativa *no tiene ninguna base legal o reglamentaria*: acto administrativo que impone sanciones no previstas en los textos legales en el caso de que un administrado se niegue a aceptar una condición administrativa.
- 2.- Puede suceder que la autoridad escogiera mal la base o el fundamento legal que sirve de motivo a su acto.

3.- La base legal no existía, *su duración de validez había concluido* aun así la autoridad administrativa dicta el acto.

4.- Finalmente *la base jurídica escogida por la administración es ilegal*, es el Caso de un acto ilegal, es el caso de un acto individual con base en un reglamento declarado nulo.

Error de Derecho.- Esto sucede cuando la administración da un texto de derecho un sentido y un alcance distinto, la administración ha escogido el texto apropiado, pero lo ha interpretado mal, es decir de hecho, el motivo es contrario a la norma y a las reglas del derecho.

El Tratadista Rojas, en su exposición sobre la motivación considera aspectos muy importantes como por ejemplo, señala que la administración está obligada a motivar los actos en los que se fundan su decisión, la falta de este requisito será clave para efectos de una posible impugnación, además señala que pueden existir ilegalidades o vicios que puedan lesionar los derechos del administrado, para efecto la autoridad deberá controlar la legalidad de los hechos, que no tengan error de derecho y especialmente no sea dictado fuera de la Ley, y que la base legal no tenga defectos etc.

Los motivos de hecho deben estar claros y precisos de tal forma que se justifique que en verdad se cometió una infracción al margen de la Ley, en cambio en la motivación de derechos debe expresarse las normas legales que han sido inobservadas, es decir los fundamentos de hecho y de derecho deben estar coligadas para sostener la decisión del acto, caso contrario es proclive de impugnación y sanción. Este tratadista advierte que si no se motivan los actos se lesionan los derechos de las personas y se altera el orden jurídico(ROJAS E. , 2007)".

3.1.- Objeto o finalidad de la motivación.

Nos dice,(CHAMORRO F. , 1994)basándose en una sentencia del TC Español señala que (...) la *finalidad de la motivación en un Estado democrático* de Derecho legitima la función jurisdiccional y, es múltiple ya que: 1°. *Permite el control de la actividad jurisdiccional* por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.2°. Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución.3°. *Permite la efectividad de los recursos.*4°. Pone de manifiesto la vinculación del Juez a la ley. No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar porque encajan”²¹

Debida motivación de una resolución, es especial de una sentencia porque *supone una justificación racional*, no arbitraria de la misma, expresada mediante un razonamiento lógico concreto, no abstracto, particular, no genérico, esta justificación debe incluir: a).-Un juicio lógico. b).-Motivación razonada del derecho. Son deberes de los Jueces en el proceso:(...).

La motivación debe ser escrita en todos los actos y resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan, en tal virtud todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, *son motivadas, bajo responsabilidad*, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los Fundamentos de la resolución recurrida, No constituye motivación suficiente, cuando los antecedentes de hecho y derecho no están ampliamente justificados, solamente se han enunciado normas de derecho o enuncian los informes que sirvieron de base para adoptar la decisión administrativa, en tal sentido la insuficiente motivación de los actos, autos, resoluciones conllevan a la nulidad(CHAMORRO F. , 1994)”.

El tratadista(DROMI, Derecho Administrativo, 2009), en su obra de derecho administrativo en la página 359, señala que “la *Motivación es la declaración de las*

circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto, en este sentido la jurisprudencia ha sostenido que la *“la Motivación es la expresión concreta de las razones fácticas y jurídicas en función de las cuales se ha emitido el acto”*

La motivación del acto, es decir de las *razones de hecho y de derecho* que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo, ya que es obligatoria su responsabilidad de motivar los actos administrativos que provengan de la Administración, debido a que *la motivación es una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad* para dar validez al acto; la motivación constituye una exigencia de los presupuestos y razones del acto,

Es la *fundamentación fáctica y jurídica* con la cual la administración *sostiene su legitimidad* y oportunidad de su decisión. *Hay falta de causa o motivo en el acto administrativo* cuando los hechos invocados no tienen antecedentes que justificaron su emisión y fuesen falsos o cuando el derecho invocado para ello tampoco existe.

El acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe siempre *basarse en hechos ciertos y verdaderos y existentes al momento de emitirse*; de lo contrario estaría viciado por la falta de causa o motivo. La jurisprudencia ha dicho que, *“... en cuanto a la motivación del acto es preciso tener en cuenta la doctrina de la Corte que indica que en el ámbito de las facultades discrecionales de la administración es donde aquel requisito se hace más necesario.”*

El principio de legalidad juega un papel preponderante dentro de la motivación porque de esta depende la validez o no del acto administrativo, el mismo que puede ser impugnado en sede administrativa judicial o jurisdiccional, y está deberá ser declarado por un juez competente, imparcial y sobre todo que sea neutral en sus actuaciones al emitir el dictamen o fallo final(DROMI, *Derecho Administrativo*, 2009)”.

Para(FERNÁNDEZ, 1984). *La motivación al tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tomado en cuenta para la emisión de su voluntad*, constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta

para la interpretación del acto , por lo tanto la *motivación es una exigencia del estado de Derecho*; por ello es obligatoria como un principio en todos los actos administrativos por que asume la auténtica y satisfactoria explicación de las razones de la emisión del acto, no se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de los motivos del acto, ha dicho la jurisprudencia que “(...) con ello no se busca establecer formas por las formas mismas, solo preservar valores sustantivos y aparece como la necesidad tendiente a la *observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales* y su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto”.

Por principio todo acto administrativo debe ser motivado. *La falta de Motivación implica no solo el vicio de forma, sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad.* La motivación previa debe surgir de informes y dictámenes que sean expresamente invocados o comunicados. Alguna jurisprudencia judicial y administrativa ha admitido la validez de la motivación inaliunde o “Contextual” que responde al principio de unidad del expediente y por la cual la fundamentación del acto administrativo se puede integrar con los informes y antecedentes y sobre todo las actuaciones administrativas(FERNÁNDEZ O. , 1984)”.

En tal sentido la motivación no puede constituir *únicamente en la remisión a propuestas, dictámenes o resoluciones previas*, La ausencia de ambas exigencias, *el acto estará viciado por la falta de motivación*, pero este vicio puede excepcionalmente subsanarse por medio de una motivación ulterior, siempre que ella sea suficientemente desarrollada y razonada que indujeron a emitir el acto, para que se adecue al particular en cada acto administrativo, sin que hayan formalidades expresas para tenerla por cumplida(...). Si el acto impusiere o declarare obligaciones para el administrado.

La motivación de los actos administrativos y las potestades discrecionales tiene raigambre en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC) establece como uno de los requisitos de los actos administrativos la motivación de los mismos en una serie de supuestos, en concreto, el artículo 54 desarrolla una lista de tipos de actos administrativos *que por su naturaleza u objeto, deben ser motivados.* La exigencia de motivación de los actos administrativos, a pesar de que pueda

parecer lógica y razonable, es un elemento relativamente moderno. Dice el profesor PARADA* que “en el *Antiguo Régimen ni siquiera se exigía en las sentencias judiciales*, pues se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad en el Estado absoluto (...).

En el Derecho administrativo *la motivación se exigió en los reglamentos ministeriales* dictados en desarrollo de la Ley.

No obstante lo dicho, el *concepto y finalidad de la motivación* justifican sobradamente su inclusión en la actual normativa. Sobre el concepto, el Tribunal Supremo se pronuncia del siguiente modo: *la motivación es “la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión ínsita en el acto como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado o, al menos, restringido en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriera contra el acto (STS de 15 de Octubre de 1981 [ROJ 3518/1981])”*.

De esta manera la motivación *sirve para preservar los derechos de los administrados* de un modo esencial. Tal es así que se constituye como un requisito “de fondo e indispensable, cuando se exige, porque *sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que ‘justifican’ el acto*, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución(STS de 20 de enero de 1998 [ROJ 228/1998])”.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la misma en los siguientes términos: “(...) *la motivación es no sólo una elemental cortesía*, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos” (STC 26/1981, de 17 de julio); Dentro del elenco de actos administrativos que requieren motivación.

La definición de discrecionalidad no es absolutamente clara, por lo que suele definirse en contraposición con las características de conceptos aledaños. Así, por una parte, se *distingue la discrecionalidad de las potestades regladas*, en las que la Administración ha de limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos expresamente previstos en la normativa y sobre los que no hay ambigüedad. Planteada la cuestión en estos términos, resulta manifiestamente “necesario que la resolución que la Administración adopte con el ejercicio de la potestad discrecional, debe ser suficientemente motivada, porque, como dice la jurisprudencia, en los actos reglados, su contenido está completamente determinado en el Ordenamiento Jurídico; en cambio, en los actos en los que puede hacerse uso de la potestad discrecional, es indispensable que la Administración exprese clara y suficientemente el proceso lógico que lleve a su decisión (STS 15 de diciembre de 1998 [RJ 1999/1025])”.

Por otra parte, *la discrecionalidad se contrapone con el concepto de arbitrariedad*, plenamente proscrita por la normativa. En algún momento se cuestionó la compatibilidad entre el ejercicio de una potestad discrecional y *la exigida motivación del sentido del acto administrativo*. Al respecto, el Tribunal Supremo ha dicho lo siguiente: “lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la *obligación de expresar los motivos de su actuación*, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; *en la discrecionalidad los motivos lícitos* [...] han de ser reconocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios (STS de 10 de junio de 1994 [ROJ 20357/1994])”.

Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.(...)”²⁰, la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº

27524 publicada el 06 – 10 -2001.(,,,)”²¹ *Motivación razonadas de los hechos y respuestas a las pretensiones de las partes.*

Sobre la lógica jurídica Implica un control del razonamiento del juez. Este control por cierto, no sale de los límites de lo formal -lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y no violar las reglas que rigen el pensar. Por encima de todo rige la lógica jurídica “...o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma”²² .

En consecuencia, no sólo la sentencia debe estar bien motivada, antes debe estar bien fundada - lógicamente bien fundada - esto es, que se muestre el itinerario del Razonamiento para que se pueda controlar (por las partes o por el juez superior) si éste (el razonamiento) ha sido correcto y ha observado las leyes del pensar, es decir, todas las reglas fundamentales que la ciencia de la Lógica ha puesto de manifiesto desde que la concibiera Aristóteles, no debe vulnerarse entonces, las leyes de la razón. b).-Los errores in cogitando: Los errores de este tipo son dos:

- a) *Falta de motivación y*
- b) *Defectuosa motivación.*²²

Dentro de los vicios considerados para que la motivación tenga la validez jurídica y sea efectiva que garantice el derecho al debido proceso, entre las cuales identificamos las siguientes:

- a) *Aparente motivación;*
- b) *Insuficiente motivación;* y
- c) *Defectuosa motivación propiamente dicha.*
- d) *Falta de motivación:* simplemente *no existe motivación* o la misma no es considerada como tal,

e) *Defectuosa motivación*: tiene tres clases: o Motivación aparente: se presenta una aparente motivación cuando se viola los principios lógicos del pensar y de las reglas de la experiencia.

f) *Motivación insuficiente*: se presenta cuando se vulneran los principios lógicos de razón suficiente ²⁴.

g) *Motivación defectuosa* en sentido estricto: la motivación es defectuosa en sentido Estricto, cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.

Para la eficacia y aseguramiento de la seguridad jurídica se ha considerado dos principios los mismos que rigen para un razonamiento correcto:

Principio de verificabilidad: la motivación del juez así como la fundamentación de la sentencia, debe expresarse de tal manera que pueda ser verificada, esto es que los motivos deban ser claros y expuestos, lo cual proscribire toda formulación manifestada en lenguajes oscuros, vagos y ambiguos o tácitos. o Principio de la racionalidad : desde el punto de vista formal (lógico - formal) la decisión debe ser fruto de un acto de la razón, no fruto de la arbitrariedad, debe conformarse con las reglas que rigen el pensar y de las que surgen de la experiencia cotidiana.

La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. *Motivación de resoluciones* Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan (GHIRARDI, 1997)".

(JINESTA, 2002). La Motivación consiste en la expresión formal de los motivos del acto, tanto los que son de derecho y que configuran la base legal, como los de los hechos que provocan la anulación administrativa, por lo tanto la motivación es la causa de los actos administrativos, por lo que juega como doble garantía para el ciudadano posibilitándose su control ya sea en sede administrativa o jurisdiccional.

La motivación permite conocer toda la causa y el fin del acto administrativo, pero también el derecho con la que se pretende legitimar la decisión. Y el procedimiento para su adopción, de ahí el carácter fundamental que se asigna a este requisito que excede su condición de mero formalismo, pues se ha dicho con razón que motivar un acto es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho, que autoriza tal decisión, o de cuya aplicación surge y así se explique ante una importante conquista jurídica, relativamente tardía del Derecho público frente a la contraria regla del absolutismo que estaban a decisión del monarca quien impedía la motivación.

“El Motivo” denominada también causa o presupuesto, está constituido por los antecedentes jurídicos y fácticos que permiten ejercer la competencia casuísticamente, su ausencia determina la imposibilidad de ejercerla exclusivamente, para el caso concreto...Habrá ausencia de motivo o causa cuando los hechos invocados como antecedentes que justifiquen su emisión son falsos o bien cuando el derecho invocado y aplicado a la especie fáctica no existe, en este caso el acto administrativo sea reglado o discrecional debe siempre fundamentarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes, lo mismo que en el derecho vigente de lo contrario faltará el motivo “.. La relevancia del motivo es capital, puesto que el motivo es el antecedente inmediato del acto administrativo, que crea la necesidad pública o particular.(JINESTA, 2002)

Desde esta perspectiva, la adecuación del acto administrativo al fin depende de la verificación del motivo, cuya ausencia determina el fin del acto administrativo.

3.2.- Importancia de la motivación.

La importancia y el sentido de la motivación del acto ha sido señalado por la doctrina más prestigiosa, entre ellos(SAYAGUEZ, 1988), el mismo que señala “La motivación constituye además de un justificativo de la acción administrativa un medio para permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto. Además sostuvo que en plano estrictamente jurídico no cabía exigir la motivación del acto fuera de los

casos en que los textos normativos imponen dicha exigencia o la misma surge de su propia naturaleza, aunque no pueda dudarse de la convivencia de la generalidad de los actos tenga la debida motivación”⁴

En el mismo sentido Fernández Vázquez, sostuvo que la motivación es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos aspectos reglados del acto) y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad (aspectos discrecionales) del acto agregando que “ la motivación no solo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hace posible su control o fiscalización estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable a la decisión adoptada”⁵, más reciente se ha realizado un análisis sobre la motivación desde la perspectiva del estado de derecho y los derechos fundamentales de la persona Humana.

En tal sentido se ha expresado que “habrá de verse de la cuestión de la motivación de los actos estatales como un derecho fundamental de los individuos”; pues “estando las prerrogativas del poder de lado del Estado, la adecuada fundamentación y la motivación de los actos públicos es la garantía que tiene el sujeto contra la arbitrariedad”. En tanto que el derecho fundamental de la persona humana, la obligación de motivar los actos no emana entonces de la norma reglamentaria que le impone y ni siquiera de la norma, sino de la propia Constitución, en virtud de la concepción ius naturalista de la misma.

3.3.- Motivación de hecho y derecho.

En un Estado democrático de derecho los ciudadanos tienen derecho a conocer las razones tanto fácticas como jurídicas en que se apoyan las decisiones judiciales o administrativas. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y al incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica, y en segundo lugar , a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto. La motivación, pues es un elemento material de los actos judiciales y administrativos y no un simple requisito de forma (CONSTITUCION DEL PERÚ”).

Nuestro ordenamiento positivo ha recogido expresamente el deber de Motivación de hecho y de derecho La Constitución de Perú ha escogido el deber de motivar de hecho y derecho de todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias, ello lo encontramos en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú*1*, el numeral 6 del artículo 50° y el numeral4 del artículo 122°del Código Procesal Civil, el art 12° de la Ley Orgánica del poder Judicial, entre otras normas.

Estos preceptos del ordenamiento positivo han sido materia de aplicación y desarrollo por la jurisprudencia, que han conocido expresamente el deber de motivación de hecho y derecho como un elemento del debido proceso, me permito citar algunas: a)”3.La exigencia de la resolución motivada como, La exigencia de la Resolución motivada; La certeza judicial es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, la exposición de un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. Esta figura es acorde con la Constitución, cuando señala en su artículo 139° inciso 5), que es un principio de la función jurisdiccional (...) La motivación es una exigencia que si bien es parte de las resoluciones judiciales, debe ser observada en todo tipo de procedimiento, a la luz del Art 139 inciso segundo de la Constitución peruana “como una motivación escrita”, es decir que la motivación queda plasmada en el documento.

El tratadista Chileno (SILVA E. , 2004), identifica de manera muy adecuada los requisitos a ser satisfechos tanto por la motivación de hecho como de derecho.

Motivación de Hecho: “ son las circunstancias material o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo y al respecto señala que debe a lo menos cumplir con dos exigencias básicas; debe existir y estar jurídicamente bien calificado. Que el motivo o la motivación de hecho existan, significa que debe ser real y efectivo. Vale decir, que es concreto y cierto. De darse la situación contraria, se tipifica la falsedad del motivo, lo que ameritaría para demandar la nulidad del acto administrativo.

Motivación de Derecho,(. ...) la doctrina estima que el motivo o motivación de derecho debe cumplir con las exigencias de ser idóneo, concreto y preciso; el acto idóneo significa que deben invocarse como fundamento legal del acto administrativo

normas vigentes y no derogadas; que se a concreto lo que significa que debe individualizarse la fuente legal específica que sirve de fundamento del acto; y que sea preciso, significa que dicha individualización debe realizarse de manera circunstanciada en términos de identificar con exactitud la norma que se invoca como fundamento del acto administrativo p¹¹²

El tratadista (GARCIA, 2004), señala que el Tribunal Constitucional en su sentencia del 17 de Julio de 1981, antes citada “ la motivación es no solo una elemental cortesía, sino requisito del acto de sacrificio de derechos”, lo mismo la sentencia de 16 de Junio de 1982 “debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos” la expresión “sucinta”, que contiene el Art 54 no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación, aunque como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1982, la doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación ni acarrea la nulidad”.

Lo primero que debe hacer el juzgador a la hora de decidir sobre el juicio de derecho es seleccionar una norma aplicable que le permita resolver la causa. Dicha norma seleccionada debe ser vigente y válida: se trata de verificar la legalidad de la norma a aplicarse. Nos dice (COLOMER, 2003) que “Este control de la legalidad se extiende a verificar, de una aparte, la vigencia de la norma seleccionada, o lo que es lo mismo, a comprobar que el precepto no haya sido derogado o abrogado del ordenamiento (validez formal) y, de otra parte verificar su constitucionalidad²⁵

Según el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de marzo de 1998, la motivación “ es un instrumento que permite *conocer los hechos y las razones jurídicas que impulsan el actuar de quien emana*”, no obstante el mismo tribunal, en sentencia de 31 de octubre de 1995, entiende que la motivación “ no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, considerándose suficientemente motivados, conforme ha reiterado la doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la toma de decisiones, es decir el ratio

decidendi determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales.

La motivación en Derecho a diferencia de la *motivación fáctica* y la necesidad de la prueba judicial, la exigencia de que la *motivación esté fundada en derecho* posee un mayor desarrollo conceptual. Hoy tanto en la Doctrina como en los Tribunales, existe un especial interés por acotar las exigencias que garantizan la racionalidad jurídica de la justificación del elemento jurídico en la sentencia. La justificación de la decisión jurídica de la causa ha de ser específicamente una motivación fundada en Derecho, es decir una aplicación racional del ordenamiento jurídico al caso concreto, sin que pueda al respecto, no satisfacerse las exigencias constitucionales del deber de motivación con una justificación que no sea jurídica, es decir que no sea fundada en derecho.

Para el Tratadista (GORDILLO, 2004), en su libro de Derecho Administrativo señala que “*la Motivación es una declaración de las cuales son circunstancias de hecho y de derecho* que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con la que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. En todos los casos debe destacarse que la necesidad de la motivación no se satisface con arbitrarias expresiones tales como “por razones de mejor servicio” por ser conveniente y necesario al superior interés del Estado”.

El tratadista indica que la motivación es una declaración de hecho y de derecho de las cuales deben ser probadas y fundamentadas jurídicamente con explicación de circunstancias claras, precisas que llevaron a tomar la decisión.

El Administrado y el particular que ha sido afectados por una decisión arbitraria e ilegítima por parte de la autoridad que ejerce una potestad pública, que han inobservado las garantías del debido proceso entre la principal la motivación que es esencial para saber por qué se adoptado una decisión con prevalencia de los

fundamentos de hecho y derecho, que no debe ser defectuosa en su expresión, insuficiente y carentes de exposición con razonamiento lógico y coherente que justifique el acto o resolución tomada por el poder Público.

El tratadista además señala que la falta de motivación implica no solo vicio de forma sino también y principalmente vicio de arbitrariedad que como tal determina normalmente la nulidad del Acto”. La motivación en suma, es la exposición de razones que de relatar el administrador público para tomar una decisión, en la cual deben analizarse los fundamentos facticos, es decir el hecho que genera la emisión del acto administrativo, haciendo la vinculación jurídica con la norma positiva aplicable al caso, lo cual permite asumir un juicio de valor y una resolución sobre el tema(GORDILLO, 2004)”.

El tratadista determina que la falta de motivación constituye un vicio de arbitrariedad del poder de la Autoridad que ejerce potestad pública(GORDILLO, *Derecho Administrativo Tomo III*, 2004)”.

En la (CONSTITUCIÓN , 1998), el legislador elevó la motivación a categoría de garantía del debido proceso y cuya obligación se consignó en el numeral 13 del Art 24 de la norma constitucional que señalaba “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se encuentran normas o principios jurídicos en que se haya fundado y si no se explicare su pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción no se podrá empeorar la situación del recurrente.

En cambio en el literal I del numeral 7 del Art 76(CONSTITUCIÓN , 2008), señala que “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. 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 serán considerados nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados.

El Art 31 de la (LEY DE MODERNIZACION, 1993), señala que, “Todos los actos emanados de los órganos del Estado, *deberán ser motivados. La motivación debe*

indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.

El Art 20 del (REGLAMENTO A LA LEY MODERNIZACION, 1994), indica que la motivación, conforme con el Art 38 de la Ley de Modernización, los actos que emanen de un órgano del Estado y que no se encuentren debidamente motivados se consideran actos violatorios de ley. La motivación de una decisión, resolución o fallo debe comprender tanto los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que determinaron. Tanto los unos como los otros deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión de manera que los interesados los puedan conocer directamente.

El(ERJAFE, 2002), en su artículo 122 señala que. “La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. *La falta de motivación, entendida ésta como la no enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución.* El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el control de la discrecionalidad de los actos de la administración pública.

El Art 4 del (REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD, 2002), señala que “De la motivación, Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito meramente formal, si no les de fondo e indispensable, porque solos atrás de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas, que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La discrecionalidad técnica no debe implicar arbitrariedad, sino que es un supuesto especial de discrecionalidad reglada caracterizado por la presencia de un criterio económico, técnico o social permitido por la ley o norma aplicable. Es decir, consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos técnicos y sociales, estas disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias previstas en la Constitución, la Ley y el Estatuto.

A decir del tratadista (ESCOLA, 1981), al referirse a la motivación señala “que nada obsta a que la administración declare esas causas o motivos y explique la finalidad del acto que dicta. *Por lo contrario la obligación de motivar los actos administrativos*, impone el examen de esas causas, finalidades y asegurar así al menos disminuyendo la posibilidad de actos dictados *en forma apresurada*, sin basamento legal o sin el análisis de las situaciones y factores que deben precederlos”, en su doctrina sobre la motivación ha expresado de manera clara, que para la *emisión de la voluntad administrativa se requiere de la concurrencia de los antecedentes, de la razón o el motivo por el cual la autoridad en ejercicio de la potestad publica ha tomado una decisión correcta o incorrecta* que pueda influir en la disminución de los derechos y garantías constitucionales, la misma que acarreará la nulidad del acto.

El tratadista señala que “El acto administrativo *para que tenga eficacia y sea válido debe cumplir con los requisitos y solemnidades sustanciales* establecidas en las normas de procedimiento que son aplicables de manera obligatoria como garantías esenciales del debido proceso y de esta manera evitar la indefensión, *la omisión de estos requisitos hace que el acto sea nulo por carecer de legitimidad*, en consecuencia la lógica jurídica nos indica que en el acto debe contener la parte expositiva y resolutive, las mismas que deberán ser motivadas de hecho y de derecho”.

En relación a la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en su sentencia del 9 de noviembre del año 1999, *refiriéndose al principio de Motivación Constitucional* como garantía del debido proceso, indicó que “ La motivación es en todo caso uno

de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad, por lo consiguiente actúa como un elemento de prevención y control frente a la misma, La falta de motivación es un expediente de hipocresía formal establecido por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia que nos inunda por el abuso del poder, como regla general, la motivación se basa en hechos ciertos, razones de derecho que sostengan la decisión”

Para (MARIENHOFF, 1999)La casuística ofrece algunos matices en relación a la jurisprudencia como Motivación “adecuada” Suficiente “Introduciendo por esta vía un elemento de flexibilidad que obliga a un análisis muy cauteloso para determinar los casos en los que se producen la referida nulidad o bien las características del acto que permiten aceptar como inválida por insuficiente una motivación sucinta escueta e incluso ineficiente en el propio acto, si no que sea derivada exclusivamente de sus antecedentes, del análisis y de un criterio general en donde se determina la vigencia de una motivación “ suficiente” no sitúa la totalidad de los requerimientos formales establecidos por la Ley.

La finalidad de la exigencia de una adecuada motivación del acto administrativo, además de la necesidad de contar con una debida justificación de la actuación administrativa, consiste en permitir el control de la juricidad de dicha actuación; Así como garantizar en el administrado la garantía considerada por parte de la doctrina como un derecho fundamental de la persona humana de conocer los motivos de la actuación administrativa para poder ejercer adecuadamente su derecho a la defensa ante posibles abusos o arbitrariedades en ejercicio del poder Público.

Además (MARIENHOFF, 1999), se refiere algunas sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Alemania, en el año 1999, señala que los vicios de forma de los actos dentro del procedimiento no causan nulidad si cumple con el fin que los determina y si no disminuyen las garantías del debido proceso o provocan indefensión.

“El Tribunal de lo Contencioso administrativo, a su vez ha hecho reiterados anuncios sobre el alcance del requisito de la motivación adecuada de los actos administrativos, en tal sentido ha expresado al anular un acto que “en la vía administrativa el interesado quedó totalmente desamparado al ignorar y por lo tanto desconocer, los fundamentos del acto, lo que en consecuencia no pudo controvertir o no pudo hacerlo o desconocer el fundamento del mismos”¹⁴.

La motivación *suficiente*, Es la que surge del antecedente administrativo del acto, la jurisprudencia acepta la validez del acto administrativo aunque nos e exprese en el mismo los fundamentos, los mismos que deben surgir claramente de los antecedentes del acto, es decir las, *actuaciones anteriores; dictámenes Técnicos; informes y otros actos* que permitirá aceptar como motivación suficiente que deben contener requisitos como los documentos generados con fechas anteriores al acto ¹⁷.-, en tal sentido la motivación debe contar con las circunstancias de hecho y derecho, que servirán como garantía y control de su legalidad y el ejercicio para la defensa del administrado.

En cambio la Motivación *Insuficiente*, la insuficiencia de la motivación acarrea la nulidad, con frecuencia podemos observar que los actos que se convierten nulos por el acto no fue suficientemente motivado, en el propio acto se debe incorporar que no fueron manifestados con anterioridad y se debe introducir nuevos elementos sustanciales para que exista una motivación suficiente, mientras que la motivación “EX POST FACTO” se refiere a que después de los fundamentos y luego de haberlos dictado el acto original que fuera recurrido no resulta idóneo para subsanar el vicio originado; por lo que es ilegítimo el acto, al respecto Marienhoff, señala que la inadmisibilidad de la motivación debe ser sucesiva o posteriori, no es aceptable a efectos de sanear el vicio original.

La fundamentación no eficiente, debe tener una relación entre la *causa y circunstancia de hecho y la determinación de derecho*, al respecto FERNANDEZ VAZQUEZ Emilio, en su diccionario público, indica que la apreciación de la motivación como eficiente surgirá de cada caso concreto, el Tribunal ha marcado pautas como por ejemplo una sanción administrativa, como medida ejemplarizadora, con la finalidad de disuadir a otros funcionarios que cometan faltas similares.

La omisión total o parcial de la motivación en los actos administrativos, es debido a que el servidor Público no aprecia claramente el alcance e importancia de la motivación, además les resulta difícil definir genéricamente la importancia de la práctica establecidas como normas reglamentarias, los mismos que no pueden ser aplicadas por las circunstancias extremas cuando la propia administración omite total o parcialmente la motivación, inclusive impide el acceso del administrado a los documentos o antecedentes en que se funda dicho acto alegando el deber de reserva, secreto o confidencialidad.

3.4.- Motivación en las resoluciones judiciales.

El maestro (PIERO, 1959), en su doctrina sobre la motivación señala lo siguiente “*La censura por defecto de motivación, tal como se encuentra elaborado ésta en la práctica, tiende a someter a la sentencia de mérito de todas sus partes a un control, como si dijéramos de logicidad. Puesto que la sentencia debe contener, en la parte llamada “Motivación”, la esquemática descripción del itinerario lógico que llevó al Juez a las conclusiones incluidas en la parte dispositiva, y la justificación de los argumentos de derecho y de hecho que constituyeron las etapas de aquel recorrido*”⁴

El tratadista se refiere a La casación, a título de “defecto de motivación” puede extenderse a censurar, no solo existencia sino también la consistencia, la perfección y la coherencia lógica y racional de esta motivación. , no solo a verificar si en sentencia ha referido el juez cómo razonó, sino también a controlar si razonó bien, es decir en forma que respondiera a las leyes de la lógica, y por tanto, de modo convincente y exhaustivo, en tal sentido una de las garantías básicas de la actividad jurisdiccional y de la administración de justicia, es la motivación e inscrita de las decisiones judiciales, además dichos fundamentos podrán ser razonamiento.

Además con respecto a la motivación señala: “que debemos apreciar y diferenciar dos categorías: a) *la falta de motivación, es aquella decisión en la cual no existe motivación omitiéndose fundar el motivo que conlleva a tomar una decisión en uno u*

otro sentido.- La motivación es un requisito esencial para la validez de toda decisión, de modo que en ella deben iniciarse las razones o elementos de juicio que se tuvieron en cuenta para arribar a una determinada conclusión. En algunos casos la sentencia tiene motivación pero contradictoria, los motivos se excluyen entre sí y se neutralizan resultando el fallo *sin motivación alguna, ésta deficiencia en la motivación* es la peor de todas, debido a que el análisis lógico y jurídico realizado por el juzgador, nos arroja un resultado diferente y hasta contradictorio con la decisión(PIERO, 1959).”

Actualmente en la Constitución vigente consta el principio de motivación garantizado en su literal I del numeral 7, art 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Así mismo el Art 274 del Código de Procedimiento civil dispone “En las sentencias y en los autos se decidirá con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la Ley y en los méritos del proceso; y a falta de ley, en los principios de justicia universal, por último el artículo 276 del Código Adjetivo Civil prescribe “En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda y tercera instancia.

La motivación de las sentencias y de las resoluciones que son admisibles y no admisibles serán motivadas de igual manera, el *código iberoamericano de ética judicial, en su Art 18 dice “La obligación de motivar las decisiones se orienta a la legitimidad del juez, en tal virtud las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos,* por falta de motivación procede la nulidad, no habrá nulidad procesal si la desviación no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio la falta de motivación siempre afectará al derecho Constitucional a la defensa.

El sistema Jurídico Ecuatoriano tampoco contemplaba un efecto para el caso de las resoluciones de casación de la extinta Corte Suprema de Justicia que adolecían de falta de motivación constituirá una causal de interposición de un recurso constitucional, ante la Corte Constitucional (Acción Extraordinaria de Protección) En

los demás casos, la falta de motivación constituye una razón para interponer el recurso de apelación o el de casación amparado en la causal quinta del Art 3 de la Ley de Casación.

En consecuencia se ha podido evidenciar que en el sistema jurídico anterior no se aplicaba la motivación lo cual quedaban en la indefensión, y en el actual sistema jurídico pese a que existe una sanción para quienes omitieron la motivación, no se cumple.

(NINO, 2003) Requisitos de la motivación, si bien la Constitución de la República del Ecuador, las leyes secundarias, la doctrina y la jurisprudencia han insistido en la unidad de las decisiones jurisdiccionales y la necesaria coherencia lógica entre las premisas y las conclusiones finales y necesarias del fallo; lastimosamente, en la práctica esto no se cumple, ya que en múltiples ocasiones no reina una debida correspondencia y armonía entre los presupuestos fácticos y normativos efectuados en la fundamentación y la decisión, sino, por el contrario existe un exagerado simplismo que puede resultar peligrosas o irracional porque que puede existir una apariencia de motivación , por expresar razones insuficientes para justificar le decisión, es necesario establecer determinados parámetros o exigencias mínimas.

Con ello no queremos negar la existencia de cierta discrecionalidad judicial que como decía (NINO 2003), en “buena parte de la discreción es un discreción de hecho y que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas e inconsistencias del sistema jurídico” ³⁹.

En este sentido compartimos que la motivación debe ser expresa y clara, contempla legitima y lógica, requisito que se encuentra consagrado en el artículo 276 del Código de Procedimiento civil, tiene relación con el hecho de que los juzgadores al momento de dictar su sentencia deben señalar los fundamentos que sirvieron de soporte para sustentar su tesis o su interés que influirá en el proceso.

En consecuencia constitucionalmente todas las autoridades administrativas y judiciales tiene la obligación de motivar todos los actos y resoluciones del poder público, esta omisión conllevara las sanciones establecidas en las normas referente a esta materia, estamos bien claros que la falta de motivación produce nulidad de los

actos, los mismos que pueden ser impugnados ante los jueces competentes, el tratadista se lamenta que en los actos y resoluciones del poder público no se respetan las normas que obligan a motivar, a fin de evitar la indefensión(NINO, 2003)”.

Con la vigencia de la Ley 167 de 1941, se asimilaba por la jurisprudencia y la doctrina la falsa motivación a la desviación del poder. Pero al ser expedido el Decreto-Ley 01 de 1984, el problema desapareció, pues el art 84, estableció la falsa motivación como causal de nulidad de los actos Administrativos.

Con la consagración de la falsa motivación como causa de nulidad de los Actos Administrativos, es fácil para el Juez administrativo el control de los motivos del Acto Administrativo.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda en sentencia de 5 de Junio de 1975, proyectada por el autor de la presente obra, ha sostenido que es preciso distinguir lo que se ha denominado la falsa motivación como una modalidad de desviación del poder y la finalidad del Acto Administrativo.

En ningún caso, ni por ningún motivo, se pueden identificar dichas modalidades jurídicas. Para ilustrar la situación un ejemplo clarifica el caso, según se lee en la Obra Curso de Derecho Administrativo, del Profesor Altamira, Editorial de Palma Buenos Aires.1971, Pág. 374. En donde se dice lo siguiente: “las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictar el Acto Administrativo, constituyen la causa de éste, o, con la terminología que adoptamos, el motivo”

“Sayagués nos ilustra con un ejemplo a fin de precisar los conceptos y distinguir la causa, o motivo del fin: la administración impone una sanción disciplinaria a un funcionario por una falta que ha incurrido, la causa o motivo de la de la sanción es decir, la circunstancia que justifica el acto, es la falta cometida; el fin del acto es asegurar el orden de la administración, que resultaría comprometido si los funcionarios culpables de actos indebidos no fueran sancionados adecuadamente”¹

Este tratadista en el ejemplo señala que la administración tiene la obligación de motivar todos los actos, caso contrario procede una sanción por parte de las autoridades Superiores que administran justicia(PENAGOS, 1975).”

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia ha considerado que la denominada “falsa motivación” no es sino una de las formas o modalidades que se puede revestir la desviación del poder. “Hay que distinguir entre motivación falsa y motivación materialmente inexacta.

El primer concepto sugiere la idea de falsificación voluntaria y dolosa de la verdad, lo que puede implicar la afirmación de que el funcionario ha cometido un delito. La cuestión debe llevarse, entonces, al conocimiento de la justicia penal para los fines consiguientes. “La idea de inexactitud material de los motivos puede constituir una desviación del poder del respectivo funcionario, pues si el acto se dicta por motivos inexistentes, en realidad carece de motivos, significando que quien lo profirió no obró en función de buen servicio sino caprichosamente, lo cual es inaceptable.

“Sin embargo, dentro de la Hipótesis anterior cabe a la administración demostrar que el motivo fue expresado por explicable error, y que existía para justificar el acto un motivo suficiente que no se expresó en la oportunidad debida, caso en el cual no cabría la desviación del poder. Es decir, que aunque errada materialmente la motivación, el mero yero en que se incurrió sin intención de desconocer y sin desconocer de hecho ninguna norma positiva, ni principio alguno de moralidad o de juricidad, no revela desviación de poder sino por otro lado, aparece un motivo suficiente para legitimar el acto”

La falsa Motivación. Consagrada como causal de nulidad por inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso, como se observó consiste en la falsedad de razones expuestas en el acto administrativo para justificar o fundamentar una decisión. Por considerar de interés se transcribe la sentencia de 6 de febrero de 1990 en la cual expresa.⁵

“En el momento de aceptar la renuncia por medio del acto controvertido, la administración ya conocía el retiro de la renuncia, luego se pronunció a sabiendas sobre un supuesto falso. El acto acusado es nulo, simplemente porque contiene falsa motivación pues en últimas se aceptó una renuncia que había sido reiterada”(CASTRO., 1990)”.

CAPITULO IV
FALTA DE MOTIVACION

4.- Falta de motivación.

Exposición de un caso de La falta de motivación de un acto administrativo que generó su nulidad Referencia; Art 24 numeral 13 Constitución Política del Ecuador de 1998; Art 31 de la Ley de Modernización del Estado, Art 94 y 122 del ERJAFE.

Ponente: Dr. Manuel Yépez Andrade

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito del 2010, a las 10h00.(160-2007) VISTOS.-

Comparecen a este nivel jurisdiccional , por una parte El doctor Christian Alberto Fierro García en calidad de delegado del señor Ministro de Energía y Minas y del Procurador General del Estado; y; por otra el doctor Camilo Mena Mena, en calidad de Director Nacional de Patrocino, Delegado del Procurador General del Estado, interponen sendas acciones de casación contra la sentencia dictada. El 2 de marzo de 2007, por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, la cual acepta la demanda incoada por Víctor Ismael Rescalde Cruz en contra del Ministerio de Energía y Minas. Concedidos dichos recursos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, para resolver, se considera: **PRIMERO.-**Esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con su actual conformación, avoca conocimiento de la presente causa y de declarar competente para conocerla y resolverá en virtud de lo que dispone el numeral 1ro. Del artículo 184 de la Constitución de la República en vigor. En la tramitación de esta se han observado todas las solemnidades inherentes a esta clase de trámites, por lo que se declara la validez procesal. **SEGUNDO:** La Casación es un recurso extraordinario y de estricto cumplimiento formal, en el cual, quien recibió agravio con la sentencia recurrida debe determinar con absoluta precisión y claridad, las normas de derecho que estima infringidas, así como la causal o causales en las que funda su accionar, y exponer, de igual forma, los fundamentos que le inducen a afirmar que en la decisión impugnada se ha violado las normas legales. En el estricto contenido del recurso de casación debe existir la necesaria interconexión entre las causales invocadas y las normas jurídicas supuestamente violadas, por lo que no basta enunciar que en el fallo de instancia se ha transgredido la ley; sino que para que la acción de Casación realice una

exposición concreta de los vicios que según el recurrente, afectan a la normatividad jurídica que motivó la sentencia de mérito. En la especie, el artículo 54 de la ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial número 181 de 30 de abril de 1999, que ha sido citada por los recurrentes como norma infringida en la sentencia, establece el mecanismo para la fijación del monto máximo de la indemnización prevista en el literal b) del artículo 59 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.- De la abundante documentación aportada al proceso se colige que la supresión de puesto que ocupaba el demandante no se arregló al procedimiento previsto en el Reglamento de Supresión de Puestos publicado en el Registro Oficial número 236, de 20 de julio de 1993 y que, por ello, carece de motivación según lo previsto en el artículo 24 , numeral 13 de la Constitución política de la República de esa fecha , en concordancia con el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado. Esta sala considera que los hechos constatados por el Tribunal a quo muestran una violación del trámite legal previsto para la supresión de puestos y, por tanto, falta de motivación, en los términos del artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, al expedir las acciones de personal mediante las que se suprimen los puestos de trabajo del actor.-

Esta sala, en múltiples ocasiones, ha señalado que para que un acto administrativo se encuentre motivado , no es suficiente la enunciación de normas que determinen la competencia para proceder a la supresión de puestos, sino también la justificación fáctica que lleva a la autoridad a decidir que un administrado, y no otro, debe ser separado de la institución. La falta de motivación de acto administrativo genera la nulidad, de conformidad con el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política, en relación con el primer inciso del artículo 272 Ibídem, 31 de la Ley de Modernización del Estado, en concordancia con los artículos 94 último inciso, y 122, numeral 1, del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- De otra parte, conforme lo prevé el artículo 95, literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa “la omisión o incumplimiento de las solemnidades legales que se deben observar para dictar un resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley, cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o que influyan en la decisión”, causan nulidad de una resolución o de procedimiento administrativo; en tal virtud de los hechos constatados

y valoradas por el Tribunal a quo, se desprende la ilegitimidad de los actos administrativos mediante los cuales se suprimieron los puestos de trabajo de los actores. En tal virtud, la alegada infracción del literal d) del artículo 54 de la ley para la reforma de las Finanzas Públicas no procede, porque el conflicto no estriba en la determinación del monto de la indemnización a la que tiene derecho los actores por la concurrencia de los supuestos de hecho previstos en las referidas normas. El asunto al que se refiere la sentencia materia de este recurso es el valor jurídico de los actos administrativos. El efecto Jurídico de haber determinado la nulidad de dichos actos es que, estos actos nunca produjeron efecto alguno y, en tal virtud, hizo bien el Tribunal a quo en ordenar la liquidación de los haberes del actor como si el acto administrativo con el que se separó de su cargo nunca se hubiera producido. Por las consideraciones que anteceden, sin que sea necesario el análisis de las demás normas de derecho, que la parte recurrente estima infringidas en la sentencia impugnada por ser impertinente al caso sub iudice, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechazan los recursos de casación interpuestos por los doctores Christian Alberto Fierro García, en calidad de delegado del señor Ministro de Energía y Minas y del Procurador General del Estado y el doctor Camilo Mena Mena, en su calidad de Director Nacional de Patrocinio , Delegado del Procurador General del Estado. Notifíquese, publíquese y devuélvase (YÉPEZ M. , 2010)”.

4.1.- Análisis de casos.

4.1.1.- Caso uno.- Sumario administrativo Nro. 004-2013 – HJMVI, instaurado en contra de la señora Fanzia Zoraida Cabrera Vega, en su calidad de servidora del Hospital José María Velasco Ibarra del cantón Tena, “en virtud de la supuesta responsabilidad por el cometimiento de una presunta falta grave y afín de garantizar el debido proceso consagrado en el Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador y para que la servidora pueda ejercer su legítimo derecho a la defensa, se dispone: PRIMERO.- El hecho materia de este procedimiento es la presunción de que la funcionaria ha incurrido en una falta grave por acción u omisión que contrarían de manera grave el ordenamiento jurídico o altera gravemente el orden Institucional: previsto en el Art 42 Literal b) primer inciso de la Ley orgánica del servicio Público, en concordancia con el Art 22 literales a),b),e),g),h) e i) de la Ley Orgánica del servicio público; Art 48 literal e de la misma Ley; y el Art 89 del Reglamento General a la Ley orgánica del Servicio Público”. SEGUNDO.- Incorporase al procedimiento los siguientes documentos: a) Memorando No. 0660-G-HJMVI de fecha 13 de Mayo del 2013, b) Informe previo Nro. 001-UATH -2013-HJMAVI sobre la providencia del sumario administrativo contenido en el memorando 192 –UATH 2013 de fecha 16 de mayo del 2013.

ANALISIS.- La Providencia de Sumario Administrativo instaurado en contra de la servidora Pública Fanzia Zoraida Cabrera, la misma que ha sido notificada legalmente para que responda por la supuesta infracción cometida en ejercicio de sus funciones y de manera especial por haber incurrido en el incumplimiento de los literales a); b); e), g), h) e i) del Art 22 de la Ley Orgánica de Servicio Público, y supuestamente por alterar el ordenamiento jurídico, hecho que no se ha comprobado por parte de la autoridad, la providencia del sumario resulta ser escueta por lo tanto **falta de motivación**, porque no han especificado las razones y motivos de hecho y de derecho que conlleven a sostener que en verdad la servidora pública cometió un infracción administrativa por hechos que jamás ocurrieron, con estos antecedentes se puede evidenciar que no se ha cumplido con el requisito establecido en el literal I del numeral 7 del Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

Este sumario administrativo, a más de irrespetar el principio de legalidad, incumplen la obligación de motivar los actos administrativos y las resoluciones que apunten a asegurar que se cometió una infracción por parte de la servidora pública.

4.1.2.- Caso dos. Auto de llamamiento a sumario administrativo.

Dirección Distrital Y Bilingüe 15D01, Delegado por la Unidad de Talento Humano; Tena 5 de diciembre del 2013, a las 10 h 26.- VISTO: uno) de conformidad a la providencia Nro. 001 d-2013 emitida por la junta distrital de Resoluciones de conflictos, en condición de Director Distrital, avoco conocimiento del memorando Nro. 0749 UDTH de fecha 2 de diciembre del 2013, en la cual la Ingeniera María Aguasaca responsable de Talento Humano remite el informe **en el caso de la presunta alteración de documentos oficiales**, revisado y analizado el informe y demás documentación, se realizó la siguiente consideración:.- Primera, conforme lo dispone el Art 91 numeral 3 del Reglamento a la LOSEP, Dispongo, Iniciar el sumario administrativo al señor VENANCIO LORENZO SHIGUANGO YUMBO, ya que existen hechos que hay que aclarar y por supuestamente incumplir lo dispuesto en el Art 22 literales a, h) y) último inciso de la LOSEP, en concordancia con el Art 42 literal b) del mismo cuerpo legal, particular que notifico a fin de dar fiel cumplimiento a lo que establece el Art 44 de la LOSEP en concordancia con el Art 92 del Reglamento a la LOSEP, SEGUNDA) Se designa a la Licenciada Aída Alomía Secretaria AD-HOC del presente proceso, TERCERA) se constituyen otras diligencias que serán notificadas.- cúmplase y notifíquese.- Abogado Bolívar Núñez Delegado de la UATH.

ANALISIS. En este proceso administrativo instaurado por el Distrito de Educación de Napo, en contra del servidor Venancio Shiguango se hace mención que dicho servidor incumplió el artículo 22 literales a, h) y) último inciso de la Ley Orgánica de Servicio Público, como se puede apreciar que en la providencia de inicio de sumario hacen constar que se presume que el servidor en mención se encuentra involucrado en una alteración de documentos oficiales, los mismos que no han sido demostradas por parte de la Autoridad de Educación, en vista que se ha omitido la obligación constitucional de motivar todos los actos administrativos para su validez., es decir

falta la motivación en donde consten **los fundamentos de hecho y de derecho** que aseguren que existió tal infracción, vistos los informes que sirvieron como base para instaurar el sumario administrativo, apuntan a que existió una falsificación de títulos, en tal sentido no se ha cumplido con lo establecido en el literal I, numeral 7 del Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

4.1.3.- Caso tres. Coordinación zonal de salud dos del Ministerio de Salud Pública.

El Coordinador Zonal de Salud dos, a través de su Unidad de talento Humano y basándose en el informe MSP-DGS-PSSD-0041-2013 INF, emitido por el Asesor Ministerial, en la que hace relación al proceso Especial Sanitario instaurado en contra del “centro de recuperación comunidad terapéutica Femenina para adolescentes Esperanza” y del informe Nro. 004-UATH-2013, suscrito por el coordinador de Talento Humano Zona Dos, en la que manifiestan que después de haber analizado el proceso seguido en contra del centro en referencia, indican que la Dra. Janine Katherine Olmedo Izurieta *en su calidad de ex comisaria de Salud ha demostrado incapacidad y haber instaurado ilegalmente el proceso en contra del centro de recuperación*, en tal sentido se inicia un sumario administrativo en su contra por haber infringido el Art 222 de la Ley Orgánica de Salud, Art 22, literales a, f y g de la Ley Orgánica del Servicio Público y Art 11 literales 3 y 5 de la Constitución de la República del Ecuador.

ANÁLISIS.- En este sumario administrativo la autoridad de Salud ha señalado que la servidora Janine Katherine Olmedo, en el ejercicio de sus funciones ha incumplido de los literales a, f y g del art 22 de la Ley de Servicio Público, por inobservar el art 222 de la Ley orgánica de Salud pública, en tal circunstancia en dicha providencia se evidencia **la falta la motivación del acto administrativo**, lo único que si consta son los numerales de los artículos invocados, en ningún párrafo se refiere a los fundamentos de hecho, es decir los antecedentes y las razones claras y precisas que demuestren que la servidora se encuentra incurso en una infracción de carácter administrativo.

4.2. Formulación de encuesta.

Con la finalidad de determinar la falta de motivación de los actos administrativos, elabore la siguiente encuesta que fue aplicada a dos servidoras del Ministerio de Salud Pública de Napo y un servidor público del Distrito de Educación.

Nombre.....Apellido.....Edad

ENCIERRE EN UN CIRCULO LA RESPUESTA CORRECA

1.- ¿Cómo servidora o servidor Público sumariado, conoce qué los actos administrativos y resoluciones del Poder Público deben ser obligatoriamente motivados?

- a) si
- b) No
- c) Desconoce

2.- En el proceso administrativo instaurado en su contra ¿Creé usted que el auto de llamamiento a sumario administrativo está debidamente motivado?

- a) No
- b) Si
- c) Desconoce

3.- ¿Cómo consecuencia de la falta de motivación de los actos y resoluciones del poder público se produce la?

- a) Prescripción
- b) Indefensión
- c) Ilegalidad

4.- ¿Cómo servidora o servidor Público conoce sobre las garantías del debido proceso garantizado por el derecho de protección?

- a) Suficiente

b) Poco

c) Nada

5.- ¿Si usted fuera autoridad que dictó un acto administrativo o resolución del poder Público, qué obligación previa tiene que cumplir constitucionalmente?

a) La destitución

b) La motivación

c) Nulidad.

4.3.- Análisis de encuestas.

El trabajo investigativo de campo se realizó una encuesta a los sumariados para que respondan a las siguientes preguntas.

1.- Como servidora pública sumariada ¿conoce que los actos administrativos y resoluciones del poder público deben ser obligatoriamente motivados?, los tres contestaron que sí.

2.- En el Proceso Administrativo Instaurado en su contra creó usted ¿que el auto de llamamiento a sumario administrativo está debidamente motivado? coinciden los tres sumariados que no.

3.- ¿Como consecuencia de la falta de motivación de los actos y resoluciones del poder público se produce?, en su mayoría contestaron la indefensión.

4.- ¿Como servidores públicos conoce sobre las garantías del debido proceso? las dos servidoras contestaron suficiente mientras que el otro servidor contesto poco.

5.- Si usted fuera autoridad que dictó un acto administrativo o resolución del poder público ¿qué obligación previa tiene que cumplir constitucionalmente? La respuesta en su mayoría es la motivación.

4.4.- Investigación de campo.

En las tres encuestas realizadas a dos servidoras y un servidor público sostienen que no tienen razones ni argumentos para haberlos iniciado los sumarios administrativos, los mismos que no han sido debidamente motivados; por lo tanto el sumario no tiene antecedentes de hecho y de derecho que sostengan la decisión tomada, lo que significa que se afectado el derecho a la defensa produciendo indefensión. Así mismo manifiestan que la falta de ha disminuido y anulado esta garantía esencial del debido proceso por parte de la autoridad nominadora.

4.5.- Contraste de objetivos e hipótesis.

Con el estudio pormenorizado de tres Sumarios administrativos se ha podido determinar que la **falta de motivación es evidente**, porque no existe el cumplimiento de este requisito para asegurar el debido proceso, en tal virtud se generó indefensión, además puedo concluir que quienes instauraron los sumarios no tienen nociones de cómo llevar estos procesos cumpliendo las normas existentes dentro del ordenamiento jurídico, pero también se puede ver que existe desvío del poder porque no cumplen con el principio de legalidad , que consiste en hacer solamente lo que la Constitución y la ley manda.

En su mayoría los sumarios administrativos con violación de trámite y vicios de incumplimiento de solemnidades afectan a los servidores públicos por la destitución de su cargo, los mismos que son ilegales y arbitrarios debido a que su resolución no tiene motivación y en otros casos es insuficiente.

Para corroborar con lo expuesto en la página 107 de la obra sentencias contencioso administrativas, repertorio de ponencias, Ponente Dr. Manuel Yépez Andrade en la sentencia del 2010 en caso (160- 2007) transcribe “la falta de motivación de un acto administrativo genera nulidad. Referencia: Art 24 numeral 13 Constitución Política del Ecuador de 1998; Art 31 de la Ley de Modernización del Estado, Art.94 y 122 del ERJAFE.

Ante esta falta de motivación a que está obligado a aplicar la autoridad administrativa, deberá ser sancionado con la remoción del cargo y en el caso de las y los servidores públicos iniciarles un sumario administrativo, previo a la destitución de su cargo, por haber incumplido lo establecido en el literal I del numeral 7 del Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

CAPITULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES, BIBLIOGRAFIA Y ANEXOS

Conclusiones.

Como conclusión de esta investigación sobre *la falta de motivación en los actos y resoluciones del poder público*, vistos y analizados cada uno de los casos, después de un estudio minucioso y pormenorizado basado en la doctrina, la jurisprudencia y la lógica jurídica ha permitido detectar *la falta de motivación por la ausencia de los antecedentes, presupuestos o las razones de hecho y de derecho* que sostengan y justifiquen la decisión que tomaron para llevar adelante estos sumarios administrativos que desembocaron en destituciones, los mismos que se encuentran ventilándose en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En los autos de inicio de sumario administrativo se hace mención a los informes realizadas por los coordinadores de Talento Humano de las Instituciones de Educación y Salud, *los mismos que en su mayoría no tiene coherencia con el caso que se investiga*, el informe es simplemente un documento que sirve como base para realizar las averiguaciones y las investigaciones que se realicen con la finalidad de comprobar la veracidad de los hechos que asegúren la existencia de la supuesta falta grave, las pruebas también constituyen elementos esenciales y debidamente motivadas servirán de sustento para tomar una dedición administrativa que desvirtúe la arbitrariedad o el desvío del poder comprobadas por apartarse de las normas del debido proceso.

Es evidente la falta de motivación, porque en los sumarios administrativos no trasciben la parte esencial del texto del informe, sino que se hacen constar Artículos que se refieren al procedimiento, *y en otros casos se refieren a faltas que jamás incumplieron*, de esta manera deslegitiman los actos administrativos emanadas por la administración pública. Estas acciones y omisiones provenientes de las autoridades que ejercen potestad pública viola flagrantemente las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa, los mismos que se encuentran garantizados por la Constitución y por las demás otras normas que integran el Ordenamiento jurídico de nuestro país el Ecuador.

La autoridad pública que emitió estos procesos administrativos, tiene la obligación de observar y aplicar la garantía de la motivación, la misma que tendrá la suficiente fundamentación de hecho y de derecho, para garantizar el derecho a la defensa,

ante esta omisión se determinó que los actos administrativo Instaurados en las Distritos de Educación y Salud de Napo, no tiene motivación porque no se fundamentan en hechos ciertos, razones coherentes que deben estar enmarcados dentro de los requisitos establecidos en el procedimiento para que sea válido el acto.

Simplemente se hace constar una supuesta motivación insuficiente o incorrectas que sirven para disfrazar que si se cumple el debido proceso, pero que en la praxis falta motivación, también he podido detectar que existe una falsa motivación porque en los informes tiene un sentido y en el auto de llamamiento a sumario administrativo es diferente, lo que demuestra que existe una incongruencia con los fundamentos de hecho y de derecho.

Recomendaciones.

El Estado a través de la Función Ejecutiva debe continuar con la capacitación institucional y de manera preferencial dirigido a las y los servidores públicos que prestan los servicios en las Unidades Administrativas de Talento Humano, Asesores Jurídicos que desconocen de la obligación de motivar todos los actos y resoluciones del poder público, de igual forma a las autoridades de libre remoción, cuya finalidad es detener la arbitrariedad y el desvío del poder o el interés de causar daño a las servidoras y servidores públicos por represalias de carácter político y odio personal.

La Comisión de la verdad deberá hacer una evaluación y auditoria a los sumarios administrativos instaurados en contra de servidoras y servidores públicos, para determinar, si las autoridades que ejercen una potestad publica cumplieron o no las garantías del debido proceso y que consecuencias se produjeron por la indefensión. Y que derechos constitucionales se anularon o disminuyeron en el inicio, desarrollo y al finalizar el proceso.

Bibliografía.

- BARRACO, R. (1980). *Fallos 302,1503, Universidad Nacional de Córdoba* . Argentina.
- BUSTAMANTE, R. (2002). *El Debido Proceso en el Derecho Constitucional Peruano*. Lima Perú.
- CABANELLAS, G. (2000). *Diccionario Juridico Elemental Edición Actualizando*. Argentina: Heliasta.
- CASTRO., C. P. (1990). *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente, 3990 Sentencia 089 6 de febrero de 1990*.
- CHAMORRO, F. (1994). *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y Garantías Procesales Derivadas de la Constitución*. "p"205. Barcelona: Bosch casa: S.A.
- CÓDIGO INTEGRAL PENAL .*Principios Procesales Capítulo II . Garantías y Principios Rectores del Proceso Penal*.ART 5. "p"6. (2014). Quito-Ecuador.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.Arts 274. (Fundamentación) y 276 (sentencias) "p"45y46. (2005). Quito- Ecuador.
- CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO, Art 24 Garantías del Debido Proceso "p" 8. (1998). Quito- Ecuador.
- CONSTITUCION. (2008). *Principios de Aplicación de los Derechos.Título II .Capítulo Primero Art 11. .* Quito.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, *Derechos de Protección,Capítulo Octavo Título II "p" 59*. (2008). Quito -Ecuador.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. *Derecho al Acceso Gratuito a la Justicia y a la Tutela Efectiva*.Art 75. (2008). QUITO.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.*Capítulo Octavo Art 76 y 77 Derechos de Protección*. "pp" 59 y-60. (2008). Quito-Ecuador.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.*Art 169 Sistema Procesal Capítulo Cuarto*. (2008). Quito-Ecuador.
- COUTURE, E. (1958 cuarta edición). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires.
- COUTURE, E. (2005). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires Ediciones de Palma "p" 262.

- DROMI, R. (2005). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires Madrid. Edición. "p" 212.
- DROMI, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires-Madrid-Mexico Edición. "p" 359.
- Ecuador, C. N. (1998). *Constitución Política de Estado. Art 24. Garantías del Debido proceso.* "p" 8. Quito -Ecuador,.
- ERJAFE. ART. 122. *Motivación "P".34.* (2002). Quito- Ecuador.
- ESCOLA, J. (1981). *Tratado General de Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires. ediciones de Palma. "p" 173.
- ESPASA, C. (2001). *Diccionario Jurídico*. Madrid.
- EVANS, E. (1986). *Los Derechos Constitucionales*. Santiago de Chile Tomo II: Jurídica de Chile. "p" 27.
- FAIRÉN, V. (1969). *Proceso Aragonés de Manifestación y el Británico Habeas Corpus, en temas de Ordenamiento Procesal*. Madrid Tomo I: Tecnos "pp" 133 a 170.
- FERNÁNDEZ, E. (1981). *Diccionario de Derecho Público.* "P" 540-547.
- FERNÁNDEZ, E. (s.f.). *Diccionario de Derecho Publico* . Ohanian Hagopian "pp" 506 y 507.
- GHIRARDI, A. F. (1997). *Razonamiento Judicial.* Lima Academia de la Magistratura 1997. "pp" 105 y 106. Lima.
- GONZAINI, O. (2004). *El Debido Proceso*. Buenos Aires Rubinzal culzoni. Bs "p" .21.
- GORDILLO, A. (2004). *Derecho Administrativo Tomo III*. Mexico: Porrúa .
- HERRERA, A. (2012). *Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano*. Colombia tercera edición "p" 808.
- JINESTA, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Bibliografía Jurídica.* edición "p" 370 a 372.
- LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO Art 31 *Motivación.* (1993). Quito Ecuador. "p" 9.
- MEINS, E. (1999). *El Debido Proceso en el Ordenamiento Jurídico Chileno*. Santiago de Chile: Universidad de Talca "pp" 445-460.
- Olsen, A. F. (1997). *Razonamiento judicial.* Academia de la Magistratura "pp" 105-106. Lima.

PADILLA, F. (2010). *Principios Generales del Derecho Administrativo, Escuela Nacional de la Judicatura Republica Dominicana*. Republica Dominicana.

PARADA, R. (1999). *Derecho Administrativo I Parte General* marcial Pons "pp" 137-138.

PERÚ, E. D. (s.f.). *Constitución Política del Perú. Art 39o inciso 5. La Motivación escrita de las Resoluciones Judiciales*. Lima Perú.

REGLAMENTO A LA LEY DE MODERNIZACIÓN Art 20.Motivación. (1994). QUITO ECUADOR.

REGLAMENTO DISCRECIONALIDAD.Art 4 Motivacion."p" 2. (2002). QUITO- ECUADOR.

ROJAS, E. (2007). *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo. Sección 1*"pp" 682-688. Costa Rica Seccion.

SAYAGUES, L. (1988). *Tratado de Derecho Administrativo Fcu 6ta Edición Mont 1988.*"p" 460.

SILVA, E. (2004). *Motivacion de Hecho y derecho*.

TICONA, V. (1999). *El Debido Proceso y la Demanda Civil*. Lima Perú: Edición Rodhas,"p".63.

XVI, R. L. (1789). *Institucion del debido proceso*. francia TIERRA, J. S. (1225). *Modificaciones carta Magna 1225*.Inglaterra.

TIERRA, J. S. (1971). *Due Process Of Law*.Estados Unidos: Quinta emienda a la cosntitución

VIDAL, J. (2008 tercera edicion). *Derecho Administrativo Capitulo XVII Principio de Legalidad y Causas de Anulación de Actos Adminsitrativos* . Bogota Colombia "pp"571 a 596.

ZAVALA, J. (2011). *Lecciones del Derecho Administrativo*. Guayaquil - Ecuador ."p" 108.

REVISTAS

FERNÁNDEZ, O. (1984). *S.C.J Causas B 48976.48.221 de Acuerdos y Sentencias*.

MARIENHOFF. (1999. Sentencias 433.522/763/988."p" 331). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*.

PIERO, C. (1959). *Casación Civil. "P" 107* .Ediciones Juridicas Europa America. Buenos Aires.

DOCUMENTOS

Dictámenes

CONTRALORIA. (1989). *Dictámenes Nros 32274/89. 616/96 (.....), otros.* Santiago de Chile.

ESTADO, C. G. (1989). *Dictámenes 32274/89,616/96,19690/00, 5446/06 entre otros.* Santiago de Chile

HUERTA, L. (2003). *El Debido Proceso en las Desiciones de la Corte Interamericana.* Lima CAJ "p"12. Lima.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *El Debido Proceso Administrativo.* Art 159. Constitución. (1996). Lima - Perú.

Expedientes

CONSTITUCIONAL, T. (2002). *Expediente Nro 2050-2002.AA/AT."p" 71.* Lima -Perú.

Sentencias

COLOMER, I. (2003). *Motivación de las Sentencias sus exigencias Constitucionales y Legales.* valencia: Tirant lo Blanch,"pp" 245-246.

GARCIA, E. (2004). *Derecho Administrativo .referencia sentencia 17 julio 1981 expeido por el Tribunal Constitucional Español.* Madrid.

JUSTICIA, C. S. (1970). *El Principio del Debido Proceso sentencia 22 de julio 1970 G.J.N 2338.* Buenos Aires.

PENAGOS, G. (1975). *TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISALDA, Sentencia de 5 de Junio 1975, en la cual se ordenó el reintegro de un empleado del orden municipal por falsa motivación de la desición administrativa."p"615.* Risaralda.

YÉPEZ, M. (2010). *Corte Nacional de Justicia , Sala de lo Contencioso Administrativo "Falta de Motivación de un Acto Administrativo./160-2007).* Quito-Ecuador.

Convenciones

GUERRERO, 1. L. (s.f.). *El Debido Proceso en las desiciones de la Corte Interamericana de derechos Humanos.*Lima.

HUMANOS, C. A. (1969). *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Art 8.

HUMANOS, P. I. (1950, Art 8 Convencion). *EL Debido Proceso como garantia erga-omnes*.

INGLATERRA, J. S. (1215). *Constitución*. Inglaterra.

QUIROGA, A. (2003). *El Debido Proceso Legal en Perú y el Sistema Interamericano de Derechos de Protección de Derechos Humanos Jurisprudencia Op.cit 37*. Lima- Perú.

Monografía

WRAY, A. (1999). *Monografía . Debido Proceso en la Constitución. Sección Libre 19*. Quito .Ecuador.

Páginas web

<http://seminariomartinezmarina.com/ojs/index.ph>

ARAZI, R. (2003). *Debido Proceso. Realidad y Debido Proceso y la Prueba*. Santa Fe de Buenos Aires Esitores Rubinzal-Culzoni."p" 132.8.

AROS, R. (2004). *El Debido Proceso como Principio de Constitucionalización de la Accion Procesal*. Santiago de Chile Lexis "p" 171.

COLOMBO, J. (2006). *El Debido Proceso Constitucional.Cuadernos del Tribunal Constitucional Nro 32*.Santiago de Chile "pp" 29 y 30

COUTURE, E. (1979). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

HOYOS, A. (1998). *El Debido Proceso*. Bogotá Colombia: Temis Santa Fé "p"54.

MONROY, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Bogota: Temis.

SATRUSTEGUI, M. (1979). *Revista Histórica Constitucional Nro 10, "pp" 243 a 264; Op,cit "pp" 246,250 y 251*. Madrid: Centro de Estudios Políticos, Edición online.

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois>

NINO, C. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho."P" 432*. Buenos Aires: Astre

Anexos.

Proyecto de sanción por falta de motivación de los actos Administrativos y resoluciones del poder Público.

PROYECTO DE SANCIÓN POR FALTA DE MOTIVACIÓN.

Propuesta para incorporación de la sanción por incumplimiento o falta de motivación de los actos administrativos y resoluciones del poder público.

MOTIVOS

Las autoridades y servidores públicos que ejercen la potestad Pública en la Administración Pública no cumplen con el deber de motivar las resoluciones, actos administrativos y los fallos ,en tal virtud es necesario aplicar la sanción enmarcadas en las causales del artículo 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Proyecto de Reforma al artículo 48 de la ley Orgánica del Servicio Público.

CONSIDERANDO

Que, el literal I del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala que 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 consideran nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados.

Que, el artículo 233 de la Constitución de la República señala que “ninguna servidora o servidor estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones y por sus omisiones serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Que de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 134 de la Constitución, dispone quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con sus

disposiciones podrán participar en su debate personalmente o por medio de sus delegados.

En mérito de esta garantía constitucional me permito presentar el Proyecto de reforma al artículo 48 de la ley Orgánica del Servicio Público.

Cesación de funciones por falta de motivación.

Art 1.- En el literal o del artículo 48 causal de destitución, sustitúyase la frase por incumplimiento de la motivación de las resoluciones, actos administrativos o fallos que no se encuentren debidamente motivados; por la frase y las demás que establece la ley.

Art 2. Incorpórese el literal p y hágase constar la frase y las demás que establece la ley.

Art 3.- Disposición final, ratifíquese el contenido del literal b del Art 42 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Jaime Ramiro Velasco Freire

Proponente