



Universidad Técnica Particular De Loja

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIO HUMANISTA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La prohibición de suspender la ejecución de un acto administrativo frente al debido proceso como derecho o garantía constitucional.

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA.

AUTOR: Aguilar Arciniegas, Jorge Eduardo.

DIRECTOR: Valdivieso Espinosa, Patricio Alberto, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor.

Valdivieso Espinosa Patricio Alberto.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: “La prohibición de suspender la ejecución de un acto administrativo frente al debido proceso como derecho o garantía constitucional” realizado por Aguilar Arciniegas, Jorge Eduardo, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Noviembre de 2014

f).....

DECLARATORIA DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Aguilar Arciniegas Jorge Eduardo, declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría: La prohibición de suspender la ejecución de un acto administrativo frente al debido proceso como derecho o garantía constitucional, de la Titulación Magister en Derecho Administrativo, siendo Valdivieso Espinosa, Patricio Alberto director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

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

f.....

Autor: Aguilar Arciniegas Jorge Eduardo.

Cédula: 0702538174.

DEDICATORIA

A Sandra, compañera, amiga y esposa.

A Eduarda y Santiago, prolongación de nuestras vidas.

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud y agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, en cabeza de sus representantes, por la oportunidad de forjarme como un profesional de pos grado; loable labor que espero revertirla en bien de la sociedad.

ÍNDECE DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----------|
| CARATULA..... | i |
| APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA..... | ii |
| DECLARATORIA DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS..... | iii |
| DEDICATORIA..... | iv |
| AGRADECIMIENTO..... | v |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS..... | vi |
| RESUMEN..... | 1 |
| ABSTACT..... | 2 |
| INTRODUCCIÓN..... | 3 |
| CAPITULO I..... | 4 |
| 1. Tema El Estado y su evolución..... | 6 |
| 1.1. Origen del Estado..... | 7 |
| 1.2. Estado de derecho..... | 12 |
| 1.3. Estado social de derecho..... | 16 |
| 1.4. Estado constitucional de derechos..... | 20 |
| 1.5. Funciones o fines del Estado..... | 22 |
| CAPITULO II..... | 27 |
| 2. Origen del derecho..... | 28 |
| 2.1. El Derecho como norma Jurídica..... | 30 |
| 2.2. El Derecho como Superestructura..... | 32 |
| 2.3. El Derecho Objetivo y Subjetivo..... | 33 |
| 2.4. El Derecho Público y Privado..... | 35 |
| 2.5. El Derecho Sustantivo y Adjetivo..... | 37 |
| 2.6. El Derecho Positivo..... | 38 |

| | |
|---|-----------|
| 2.7. El Derecho Administrativo..... | 39 |
| 2.8. Características del Derecho Administrativo..... | 40 |
| 2.9. Principios del Derecho Administrativo..... | 44 |
| 2.10. Fuentes del Derecho Administrativo..... | 49 |
| | |
| CAPITULO III..... | 53 |
| | |
| 3. La Autoridad y la Potestad Pública..... | 53 |
| 3.1. La Administración Pública..... | 53 |
| 3.2. Clases de Administración Pública..... | 54 |
| 3.3. Definición de Autoridad Pública..... | 58 |
| 3.4. Definición de Potestad Pública..... | 59 |
| 3.5. Características de la Potestad..... | 59 |
| 3.6. Clasificación de la Potestad Pública..... | 61 |
| | |
| CAPITULO IV..... | 64 |
| | |
| 4. Teoría del Acto Administrativo..... | 64 |
| 4.1. La normativa que constituye el régimen jurídico de la resolución o acto administrativo en el Ecuador..... | 65 |
| 4.2. Concepto..... | 70 |
| 4.3. Elementos subjetivos..... | 72 |
| 4.4. Elementos objetivos..... | 74 |
| 4.5. Clases de actos administrativos..... | 82 |
| 4.6. Presunciones de legitimidad y ejecutoriedad..... | 87 |
| 4.7. Auto tutela declarativa..... | 91 |
| 4.8. Auto tutela ejecutiva..... | 62 |
| | |
| CAPITULO V..... | 94 |
| | |
| 5 El acto administrativo en la legislación ecuatoriana..... | 94 |
| 5.1. El acto administrativo en la LJCA..... | 95 |
| 5.2. El acto administrativo en el ERJAFE..... | 98 |
| 5.3. El acto administrativo y los derechos fundamentales..... | 104 |
| 5.4. El acto administrativo y la seguridad jurídica..... | 117 |

| | |
|--|-----|
| 5.5. El acto administrativo y el debido proceso..... | 123 |
| CONCLUSIONES..... | 132 |
| RECOMENDACIONES..... | 133 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 134 |
| ANEXOS..... | 136 |

RESUMEN

La actual Constitución que consagra el principio de legalidad, así como la garantía a la seguridad jurídica Art. 82, que contiene y del cual deriva el principio de tutela judicial efectiva Art. 75 CRE; así como las garantías básicas del debido proceso administrativo; normas estas que de sobrada razón confirman la derogaría del Art. 76 LJCA; a fin de que tanto Administración Pública y Jueces de derecho, no continúen vulnerando derechos y garantías de los administrados al momento de conocer y resolver sobre el pedido de medidas cautelares y la suspensión de los efectos de los actos puestos en su conocimiento.

Destacando que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva contempla la posibilidad que tanto en vía administrativa como en vía judicial, sea suspendido los efectos del acto administrativo impugnado, mientras dura la tramitación del mismo y se obtenga un pronunciamiento definitivo y en firme.

Sin embargo la experiencia nos permite decir y con mucha certeza que dicha premisa que utiliza la Administración Pública, muy lejos de precautelar el interés general, lo que ocasiona es cuantiosas indemnizaciones.

Palabras claves: administración pública ecuatoriana, derecho constitucional, principios del derecho administrativo

ABSTRACT

the current constitution which enshrines the principle of legality, as well as ensuring legal certainty Art 82, which contains and which derives the principle of effective judicial protection CRE Art 75; and the basic guarantees of due administrative process; standards of good reason that these confirm the repeal of Article 76 LJCA.; to both Public and Administrative Law Judges, do not continue violating the rights and guarantees given when hearing and deciding on the request for precautionary measures and the suspension of the effects of the acts made known. Emphasizing that the Statute of the Administrative Legal System of the Executive Branch provides for the possibility that both administratively and judicially, is suspended the effects of the contested administrative act, the duration of the processing thereof and a final judgment is obtained and firm.

However, experience allows us to say with much certainty that this premise using the Public Administration, far to safeguarding the general interest, resulting is substantial compensation.

Keywords: Ecuadorian government, constitutional law, administrative law principles.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día existe un nuevo escenario económico-social, donde el Estado ha retomado la prestación de la mayor cantidad de los bienes y servicios, marginando y relegando al sector privado a escasas parcelas en donde se desenvuelven con dificultad. Con ello las exorbitantes atribuciones que maneja el Estado, en contra de los administrados, así por ejemplo despidos masivos, a cuenta de liquidaciones forzosas; actos administrativos en los cuales los funcionarios públicos, consideran que están por encima de la ley, solo resta comentar, lo que voz en cuello dicen: “que los actos administrativos emitidos por la administración pública no hay como impugnarlos, pues los jueces se encuentran plenamente instruidos y oficiados por el Consejo de la Judicatura”; y, pobre de aquel juez que ose conceder acciones de protección en contra de la administración pública, al otro día se encuentra en la calle. Hoy en día vemos al ejecutivo, promoviendo las enmiendas constitucionales, entre las cuales consta la inadmisión de la acción ordinaria de protección; con lo cual se estaría dando paso a la restricción de las garantías constitucionales, en desmedro de la población y de los administrados.

La vida profesional y diaria, que nos enfrenta a actos administrativos que no guardan la rigurosidad de la constitucionalidad y legalidad de la cual deberían estar envueltos, para que se garantice la seguridad jurídica y el debido proceso; que debe existir en el actuar de la administración pública frente a sus administrados; nos permite observar permanentes problemas y vicios que traen aparejados actos administrativos pronunciados por funcionarios cargados de desconocimiento de la Ley, los cuales transgreden derechos subjetivos, en forma permanente y reiterada, al emitir actos administrativos lesivos, contrarios a derecho y por lo tanto nulos; los cuales deben ser atacados vía recursos y los mismos no pueden ser ejecutados y cumplidos, mientras no hayan sido ratificados por Autoridad competente y pasados en Autoridad de cosa juzgada; pues conforme lo afirma el profesor Otto Mayer, que el acto administrativo no es una simple regulación concreta como un negocio jurídico privado, sino una decisión imperativa derivada de la supremacía estatal, elemento éste que lo hace similar a la sentencia judicial.

Con el presente tema, “la prohibición de suspender la ejecución de un acto administrativo frente al debido proceso como derecho o garantía constitucional”, pretendo enfocar la problemática que surge, cuando se pronuncia un acto administrativo por parte de la administración pública y el mismo debe cumplirse inmediatamente después de notificado; dado que los mismos no son

objeto de suspensión por mandato de la Ley, salvo excepciones previstas en la misma; independientemente de la impugnación de la que pueden ser objeto.

El tema que propongo y objeto de este estudio, reviste mucha importancia, toda vez que el mismo aborda la problemática dentro del orden administrativo público; a través del presente estudio, nos interesa establecer si la administración pública al pronunciar un acto administrativo, permite a sus administrados que ejerzan en forma oportuna el derecho constitucional al debido proceso o si este se lo relega a un segundo plano.

Para lograr los objetivos trazados, abordare temas como el Estado y su evolución, a fin de poder entender y comprender, el desarrollo de dicho Estado Monárquico hasta llegar a nuestros días, como el actual Estado Social de Derechos; esto le permitirá al lector, tener una idea clara y concisa de que nuestras sociedades son el reflejo del poder político que gobierna en cada época.

Ahondaré en el origen y las fuentes del derecho, con la firme convicción de que en su estudio y conocimiento hallaremos la respuesta a las diferentes interrogantes. Hasta delimitar nuestro estudio en el Derecho Administrativo; conoceremos sus fuentes, los principios que lo rigen y sus características.

Abordaré lo que es una autoridad y potestad pública, a fin de poder entender y comprender, sus definiciones, características y clasificaciones.

Nos detendremos en la teoría del acto administrativo, profundizando sobre sus elementos subjetivos y objetivos, sobre sus clases de actos y sobre sus presunciones de ejecutividad y legalidad. Abordaremos el acto administrativo, visto desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana.

En el presente trabajo, se ha dado respuesta al problema planteado, en base a la investigación bibliográfica y especialmente a la investigación realizada en los diferentes procesos que se han ventilado con el Tribunal Contencioso Administrativo de Loja y Zamora Chinchipe y a la recopilación de anexos entre los que cuentan los que me permití aparejar al trabajo.

Debo aclarar que los objetivos trazados en la presente investigación, se han cumplido a cabalidad entre ellos, se ha podido establecer en forma meridiana que la prohibición que se encuentra prevista en el Art. 76 LJCA, vulnera el debido proceso previsto en el Art. 76 CRE,

pues genera inseguridad jurídica en la persona que debo cumplir con dicho acto sin pasar previamente en autoridad de cosa juzgada.

También se pudo constatar que existe franca contradicción entre los que establece el Art. 189 del ERJAFE y el Art. 76 de LJCA. De igual forma se constató que los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo de Loja y Zamora Chinchipe, en sus autos de aceptación a trámite de las diferentes demandas de impugnación de actos administrativos, jamás hacen uso de principios como el de tutela judicial efectiva, debido proceso; mucho menos disponen la suspensión del acto impugnado.

Si bien existió un cronograma tentativo, debido a lo extenso del tema y el problema, los seis meses resultaron insuficientes; sin embargo dejó en claro que dicha investigación ha sido muy enriquecedora en experiencia y en conocimientos.

Finalmente concluyo manifestando que la metodología que se empleó en el presente trabajo investigativo fueron el análisis, la síntesis y el método científico.

CAPITULO I
EL ESTADO Y SU EVOLUCIÓN

1.1 Origen del estado

Guillermo Cabanellas lo define como “El Estado, como expresión de potestad pública y de la organización social de un territorio determinado, se considera como persona de Derecho Privado, en igualdad relativa con las demás personas jurídicas e individuales, y como entidad suprema de Derecho Público, con jerarquía para establecer la ley y hacerla cumplir. Se considerará brevemente en sus proyecciones dentro de diversas ramas jurídicas, con asignación, dentro de cada epígrafe, de las remisiones específicas.”¹

Para el **Dr. Patricio Secaira Durango** El Estado es: “La palabra estado proviene de la voz latina status que significa la manera de ser de una persona o cosa; o las condiciones, circunstancias en las que se encuentra una persona o cosa. En Grecia a la organización llamada estado se lo conocía con el nombre de polis. En Roma en cambio se lo denominaba civitas o res pública.

Pero, es Maquiavelo quien por primera vez utiliza el término stato para definir con él al cuerpo social que modernamente conocemos como estado nacional, al que se refirió con mucha precisión sobre todo de orden político.

En el contexto citado, el Estado es el triunfo del derecho colectivo frente al despotismo monárquico y a la descomposición anárquica. En el Estado se impone la voluntad general manifestada en la Constitución y en las leyes, convirtiéndose el derecho en una forma de poder casi impersonal.”².

Un concepto que sobre Estado no podemos dejar de lado es el citado por el Dr. Secaira, y que formula Engels, citado por Lenin en su obra “Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado”: “El Estado –dice Engels resumiendo su análisis histórico-, no es de modo alguno, un poder impuesto desde afuera de la sociedad, ni es tampoco ‘la realidad de la idea moral’, ‘la imagen y la realidad de la razón’ como afirma Hegel. El Estado es más bien un producto de la sociedad al llegar a una determinada fase de desarrollo; es la confesión de que esta sociedad se ha enredado consigo misma en una contradicción insoluble, se ha dividido en antagonismos irreconciliables, que ella es impotente para conjurar, y para que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna, no se devoren a sí mismas, y no devoren a la sociedad en una lucha estéril, para eso hízose necesario un Poder situado, aparentemente, por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el conflicto, a mantenerlo dentro de los límites del orden. Y este poder que brota de la

¹ CABANELLLAS. Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 26 edición. Argentina. TOMO III D-E.1998.Pág.567.

² SECAIRA .DURANGO. Patricio. Derecho Administrativo. Ediciones Universidad Técnica Particular de Loja. Texto Guía. Ecuador. 2010. Pág.33.

sociedad, pero que se coloca encima de ella y que se divorcia cada vez más de ella es el Estado”³

Referirme al Estado constituye, hablar de la organización jurídico-política perfecta conocida hasta la actualidad.

En sus estados primigenios, le antecedieron al Estado moderno, organizaciones humanas como la Horda, Clan, Tribu, Confederaciones de Tribus, todas unidas por un ideal común.

Nos informa el Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, respecto al origen del Estado: “No hay acuerdo entre los antropólogos para señalar el paso de la sociedad acéfala a las sociedades con E. Posiblemente la aparición del E. fue un largo proceso de transición, surgido a partir de focos distintos, pero en el que se encuentran unas características comunes: consolidación de la sociedad política por oposición a la sociedad gentilicia; existencia de un terr. determinado sobre el que se ejerce el poder; independencia; aparición de un centro urbano como núcleo vertebrador; estratificación social y división del trabajo; el soberano como garante del orden social y cósmico, y existencia de una burocracia de funcionarios que ejercen el monopolio de la coacción en las diversas esferas de la vida social.

Los E. modernos fueron las formas de organización política surgidas con el Renacimiento. Maquiavelo y Bodin proclamaban la soberanía del E. por encima de la tutela religiosa imperante en la E. Med. El E. moderno se inició con la monarquía autoritaria, pronto convertida en absoluta. Con el E. absoluto se abrió paso al capitalismo y se reforzó la unidad nacional. El desarrollo capitalista y la filosofía de Montesquieu y Locke derivaron, en el s. XIX, hacia el E. liberal o de derecho, basado en la separación de poderes. En el s. XX, con la eclosión del fascismo y el triunfo del estalinismo en los países del Este, se consolidaron varios E. totalitarios. La victoria de los aliados en la II Guerra Mundial barrió los E. fascistas y autoritarios de Europa y Asia, salvo el régimen esp. del general Franco. En América Latina las tentaciones totalitarias han sido corrientes en muchos países, pero a partir de la década de los ochenta se observa una tendencia general a la consolidación de E. democráticos.”⁴

Si bien para los estudiosos del tema no existen acuerdos, de cuando la humanidad dio ese gran paso de la sociedad primitiva y acéfala, a lo que hoy conocemos como la organización jurídico-política perfecta llamada Estado; sin embargo no es menos cierto que para estos intelectuales, si existen coincidencias respecto a que este tipo

³ Ob. Cit. Pág.38.

⁴ OCEANO UNO. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Edición 1991. Bogotá-Colombia. E.

de sociedad política, apareció con características comunes y propias como: la aparición de grupos humanos, capaces de organizarse y establecer sus propias reglas de convivencia; en un espacio geográfico determinado llamado territorio, en donde ejercían soberanía y poder a través de sus Autoridades.

El Estado moderno se inició con la Monarquía autoritaria, pronto convertida en absoluta, a este respecto el profesor Patricio Secaira Durango, informa: “La Monarquía.- Definida como una forma de Estado autocrática en el cual el gobierno reside en una sola persona sea de modo total o parcial. Así está definida incluso etimológicamente, pues monarquía proviene de las voces latinas: “monos” que significa solo o uno y, “arkhein” que significa autoridad o poder.

La monarquía concentra para sí incluso la propiedad de los bienes y de las personas. El monarca asume en su autoridad la capacidad legislativa, ejecutiva y judicial. Los parlamentos son solo cuerpos consultivos convocados cuando el rey o príncipe le interese y lo decida. Los jueces dependen de él así como toda la administración del Estado.

El tratadista ecuatoriano Rodrigo Borja Cevallos, en su Enciclopedia de la Política (Fondo de Cultura Económica. México.1997), sostiene que la monarquía fue uno de las más antiguas formas de gobierno o regímenes políticos, conocidos desde la prehistoria; pero que, por antonomasia se llama así a los regímenes que surgieron en Europa a partir del proceso de unificación de sus Estados y que imperaron entre los siglos XVI al XVIII, hasta la Revolución Francesa. Desde luego afirma que, también se conoce como tales, aquellos Estados contemporáneos, que asumieron elementos republicanos de gobierno, convirtiéndose en las llamadas monarquías constitucionales.

El mismo autor define a la monarquía como “la forma de gobierno en que se ejerce el poder de modo ilimitado, vitalicio y jurídicamente irresponsable y en que el gobernante, que lleva el título de rey o monarca, llega a su posición de mando por la vía hereditaria, es decir, de conformidad con las leyes que rigen la sucesión de la corona entre los miembros de la dinastía”

Conocido es por todos que al iniciarse la edad moderna el poder se hallaba disperso en varios segmentos sociales que imponían su propia voluntad, era evidente la fuerza de unos hombres frente a otros; así de los señores feudales hacia los siervos de la gleba, las ciudades sobre sus colectividades, ciertas asociaciones cupulares sobre los artesanos, etc. Este hecho sin duda provocó en las monarquías ciertas actividades orientadas fundamentalmente a centralizar el poder, la capacidad de mando, la autoridad en ellos mismos; provocándose sin duda conflictos al interior de los respectivos territorios, entre el

monarca y su representación, con aquellos sectores que por tales decisiones perdían autoridad frente a los grupos sociales que se hallaban bajo su égida.

La lucha por la captación del “poder público” determinó varios movimientos sociales en los cuales se concentró la autoridad solamente en el monarca como en Suecia, Prusia, Rusia y Francia en donde Luis XIV proclamó que “toda fuerza, toda autoridad reside en manos del Rey. No ocurrió lo mismo en Inglaterra país en el que la llamada “gloriosa revolución de 1688” determinó que el Rey haga cesión de su poder, naciendo el parlamento que representaba a los vencedores, es decir al sector de los ricos dueños de los medios de producción industrial que estaba en boga, bajo la determinación de que esa entidad impondría leyes a toda la sociedad a las cuales se sometía incluso el rey. Desde luego con un poco de mutuo respeto para la clase dirigente, burguesía y nobleza, algunas de cuyas instituciones aún permanecen, como el juzgamiento legislativo, la designación de ciertos grados militares y del cuerpo diplomático.

Autores como Seydel y Bodino afirman que “El poder del Rey no existe en virtud de la Constitución, sino ésta en virtud del poder Real” El rey está sobre todo y todos, incluso sobre el Estado.

Todo este conflicto político da paso al fortalecimiento de los movimientos de defensa de derechos individuales y colectivos, surgiendo especialmente en Francia pensadores como Montesquieu, quien planteó la tesis de la división de poderes, mejor, señaló que el poder público tenía una trilogía de actividades en las que se sustenta la existencia de las sociedades organizadas, las que se reflejan en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Afirmaba entonces que todo poder se convierte en tiránico; por lo que, en su libro *El Espíritu de las Leyes* decía de la necesidad de evitar la tiranía usando el poder, para que sea este mismo el que detenga al poder. Propuso entonces que estos tres poderes, que tenían la misma naturaleza soberana, por tanto ninguno es superior al otro, actúen de modo independiente, para de este modo equilibrar la fuerza que dimana de cada uno, limitándose entre sí.

Roseau en su *Contrato Social* dice que la soberanía radica en el pueblo y cuya manifestación mayor es la ley, ya que parte de la voluntad general para aplicarse a todo el colectivo que integra la nación. La soberanía es el poder político y moral que la propia sociedad tiene sobre sí misma. Afirma entonces que el único medio de eliminación de los privilegios y de lograr la igualdad y la libertad es la ley que está por encima de cualquier otra voluntad. De allí afirma que, reconociendo la existencia de los tres poderes, éstos no son de

igual categoría, ya que el legislativo, expresa la representación de la soberanía por tanto tiene una posición de superioridad con los otros.

La influencia determinante de estos pensadores es explícita en la Revolución Francesa de 1789. En la cual nacen varias instituciones administrativas creando mecanismos para evitar que la división de poderes debilite el poder estatal por medio de limitaciones en el accionar de cada poder, que se consolidó a través de lo que se denominó la cesión de potestades públicas entre poderes, el nacimiento del Consejo de Estado, entre otros. El debate de estas ideas permitió que legisladores como Sieyès diga que es necesario “Dividid para impedir el despotismo; centralizad para evitar la anarquía”; ya que la división y la unidad son la garantía social sin la cual toda libertad es precaria.

En efecto, solo el derecho, esto es la ley, expresión de soberanía, tiene la capacidad de limitar el accionar de los gobernantes y de los gobernados. En la República llamado estado nacional o estado de derecho, la que sustenta su poder en la norma jurídica a la que todos se someten pues, disuade el poder despótico o tiránico como también la arbitrariedad y descomposición social propia de las sociedades anárquicas.”⁵

Si bien Latinoamérica no ha poseído monarquías, sin embargo, ello no ha sido problema para que las dictaduras que se instauraron en el siglo pasado, sobre todo en el cono sur, sometan a la población, a la tiranía de las cúpulas militares, en donde inclusive las dictaduras como la de Videla en la Argentina y Pinochet en Chile, hicieron desaparecer a miles de personas, vulnerando sus más elementales derechos humanos; a fin de imponer un proyecto político que nace en el Imperio Norteamericano, so pretexto de erradicar el socialismo que empezó a germinar en esta región. Gobiernos de ultra derecha que al igual que el monarca imponen su Autoridad, por encima de todo principio Constitucional, concentrando todo el poder del Estado y de la Administración Pública; impidiendo que el ciudadano ejercite en forma libre sus derechos fundamentales.

Pero este cáncer que corroe a la humanidad, no es sólo patrimonio de la ultra derecha; sino también de la izquierda, pues echemos un vistazo a lo que sucede en Cuba, en donde el partido único va a elecciones y tiene como ganadores a los hermanos Castro, los mismos que se suceden en el poder, al igual que lo hacen las monarquías, con la diferencia que el monarca manifiesta que su poder y designación nace de Dios; y, en cambio los socialistas, sostienen que dichas sucesiones son los designios y voluntad del pueblo.

⁵ Ob. Cit. Pág. 29, 30 y 31.

Resulta tan perniciosos estos modelos de gobiernos que se vienen ensayando en Latinoamérica que, los mismos terminan blindando la administración pública, a fin de protegerse de eventuales juicios, coartan la libertad de expresión, a fin de evitar censuras públicas internas y externas, penalizan la protesta social, utilizan todo el aparato estatal a fin de perseguir a sus adversarios y a quien piense distinto a ellos; de tal forma que han llegado al colmo de querer reformar la Constitución que ellos elaboraron a gusto y sabor; a fin de que la misma cumpla con sus protervos intereses; proponen dejar sin efecto, las medidas cautelares de protección de derechos humanos, a las cuales se pueden acudir, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando gobiernos como estos embriagados de poder y de una falsa Autoridad, cometen excesos y abusos en contra de su población.

Como queda anotado; y, tal como lo menciona el tratadista Borja-Cevallos, y con mucha sabiduría en denominar que aquellos Estados contemporáneos, que asumieron elementos republicanos de gobierno, también llamadas monarquías constitucionales; pues dichos modelos de gobierno en nada se diferencia a las monarquías del Rey.

1.2 Estado de derecho

Para el profesor Colón Bustamante Fuentes es: “El Estado de Derecho es un poder político relativamente concentrado en base al cual la jurisdicción y la administración se hallan vinculadas a la Constitución que es producto de la Constituyente y las leyes que son dictadas por la Asamblea (Parlamento), elegida por el pueblo, y los miembros del gobierno son responsables de sus actos u omisiones; los tribunales de justicia son independientes y se respetan los derechos fundamentales, humanos o constitucionales de los ciudadanos, a través del sistema jurídico que garantiza la democracia y el derecho, en la que impera el Estado de Derecho teniendo como contenido la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio del Poder.

La Constitución Francesa de 1791 incluyó en su artículo 16 la expresión que después se convierte en el dogma del constitucionalismo liberal.

Art. 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución”⁶.

Para este doctrinario citado, el Estado de Derecho, no es otra cosa que el apego

⁶ BUSTAMANTE. FUENTES. Colón. Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. Ecuador. 2012. Pág. 27.

irrestricto de la actividad Estatal a la norma jurídica; la cual le permite viabilizar y vislumbrar, el accionar correcto que requiere toda sociedad que se dice democrática; estableciendo límites e independencia entre uno y otro poder del Estado, respetando como el que más los derechos fundamentales y constitucionales de sus asociados.

El jurista ecuatoriano Julio César Trujillo, citado por Colón Bustamante, al referirse al Estado de Derecho, sostiene: “El Estado de Derecho se caracteriza, a diferencia del Estado Absoluto y de la dictadura, por el reconocimiento de que los gobernados tienen derechos anteriores al Estado y que este se limita a reconocerlos y garantizarlos con medios mecánicos que los gobernados pueden usar cada vez que necesiten defender esos derechos cuando fueren conculcados o corran el peligro de ser violados; se caracteriza también por la existencia de instituciones políticas u órganos del Estado instituidos por el Derecho, a los que, asimismo, el derecho los inviste de facultades que no pueden ejercer sino en las materias y dentro de los límites o competencias y de acuerdo con las facultades y los procedimientos prescritos en el propio derecho, según el principio de división de poderes”⁷ **Una de las características fundamentales que reviste y diferencia al Estado de Derecho del Estado Absoluto, es que el primero, reconoce a sus asociados, derecho naturales o intrínsecos que nacen con la persona humana y que son anteriores a este tipo de Estado. Otra de las diferencias con el Estado Absoluto, es que, en el Estado de Derecho, se proporciona a los administrados, los mecanismos, a fin de que pueden ejercer sus derechos, siempre que sientan que estos se ven amenazados por el actuar de la actividad estatal, limitándose a garantizar los derechos de sus ciudadanos; y, por último señala que en el Estado de Derecho, se establecen instituciones públicas, con funciones previamente determinadas, con competencias y facultades limitadas por el Derecho.**

HANS KELSEN, citado por CÓLON BUSTAMANTE, manifiesta: “El Estado de Derecho debe de entenderse como un cierto tipo de Estado: aquel que responde a las exigencias de la democracia y de la certeza del Derecho. En este sentido debe entenderse por Estado de Derecho aquel que posee un ordenamiento jurídico relativamente centralizado en base al cual la jurisprudencia y la administración se hayan vinculadas por leyes, esto es por normas generales emanadas de un parlamento elegido por el pueblo, cuyos miembros del gobierno responden de sus actos; cuyos tribunales son independientes; y donde se garantizan determinadas libertades

⁷ Ob. Cit. Pág. 28.

a los ciudadanos especialmente la libertad de religión, de conciencia y de expresión”⁸

Para Hans Kelsen, el Estado de Derecho lo concibe, como aquel tipo de Estado, que responde a las expectativas de sus miembros, en donde el Derecho gravita sobre el aparato estatal, pues dichas normas que surgen del mandato popular, contribuyen a viabilizar el accionar diario de la administración pública

Otro concepto de Estado de Derecho, es aquel que nos da LUIGI FERRAJOLI, citado por GERARDO DURANGO ÁLVAREZ y que se caracteriza por: “a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público-legislativo, judicial y administrativo—está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia está sometida a control de legitimidad por los jueces separados de ese ente e independientes, b) en el plano sustancial, por la supeditación de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”⁹ Para Luigi Ferrajoli, muy a diferencia de lo que sostiene Hans Kelsen, el Estado de derecho se caracteriza por el plano formal y sustancial; dentro del primero, juega un papel principal, el principio de legalidad, en virtud del cual todo el aparato estatal, está subsumido a las leyes que direccionan la forma de actuar de dichos funcionarios y su observancia a las leyes, está sometida al control de legalidad de los jueces, que son independientes; por otro lado; en virtud del plano sustancial, permite el sometimiento del poder estatal al servicio y la aplicación de la garantía de los derechos fundamentales, en favor de los ciudadanos.

Elías Díaz, citado por Gerardo Durango Álvarez, expone que: “el Estado de derecho implica sometimiento del Estado al derecho, a su propio derecho, la regulación y el control de los poderes y de las actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que se hayan creado según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular, y con respeto, pues, para derechos fundamentales concordes con tal organización institucional”¹⁰ Para el profesor español Elías Díaz, el Estado de Derecho, se somete a su propia normativa, a través de la cual regula y controla las actuaciones de los poderes y las actuaciones de dicho Estado, sometiéndose a las leyes, creadas a la luz de la participación del pueblo.

Para el autor citado, el Estado de derecho ha pasado por cuatro etapas: “a) Imperio de la ley, que somete a gobernantes y ciudadanos. Es decir, imperio no de cualquier ley sino de

⁸ Ob. Cit. Pág. 29.

⁹ DURANGO. ÁLVAREZ. Gerardo. Derechos Fundamentales y Democracia Deliberativa. Editorial Temis S. A. Bogotá-Colombia. 2006. Pág. 43.

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 44.

aquellas que son producto de la libre participación popular (con la Constitución en su cúspide). Esto se liga con el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789: “La ley es expresión de la voluntad general”.

b) División de poderes, legislativo (ejecutivo y judicial), con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario, concretado en las correspondientes normas jurídicas. Sujeción a control de todos los órganos del Estado.

c) Fiscalización de la administración: actuación según ley en todos los órdenes y rangos de ella (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales y jurisdiccionales.

Interdicción de la arbitrariedad y respeto estricto, pues, al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado.

d) Protección de derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos”¹¹

El Estado de Derecho ha pasado por cuatro etapas, entre ellas la que tiene relación con el imperio de la Ley, a través de la cual se somete a esta a gobernantes y gobernados; pero dice nuestro autor que no se trata del sometimiento a cualquier ley; sino a la Carta Magna; y, que es producto de la participación popular. Otra de las etapas a las que se refiere es aquella, que hace relación con la división de poderes en tres, con predominio del legislativo, reafirmandose este poder con la producción de normas jurídicas, a las cuales se sujetan los órganos del Estado; una tercera etapa, que se refiere a la fiscalización de la administración, esto es, el sometimiento de la administración pública, a los cánones constitucionales y jurisdiccionales; y, por último, la etapa referente a la protección de derechos, libertades fundamentales y garantías jurídicas. Esto es aquellos derechos que constan como premisa en toda carta magna del Estado de Derecho y que hace viable, la convivencia pacífica y el desarrollo de los pueblos que los observan.

¹¹ Ob. Cit. Pág.44.

1.3 Estado social de derecho

Gerardo Durango Álvarez, respecto al Estado Social de derecho manifiesta: “Las exigencias sociales de grupos e individuos no reconocidos y excluidos por el modelo liberal, presentan como alternativa dual y gradual-con firme rechazo de las falsas salidas totalitarias impuestas por el comunismo burocrático y por las dictaduras fascistas-ante las graves crisis y las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal, patentes con toda claridad desde, a lo menos, los años de la primera guerra mundial, 1914-1918, movimientos sociales de protesta y de cambio social. Propondrán en la construcción de aquel, cambios, tanto algunos sectores más abiertos e inteligentes defensores de dicho orden económico (para su saneamiento y fortalecimiento) como otros-partidos socialdemócratas y movimientos sindicales-que se proponían una más progresiva y profunda transformación”¹²

El Estado Social de Derecho, surge como una alternativa, válida de grupos desatendidos y excluidos del modelo liberal de gobierno; frente a los totalitarismos de comunistas y fascistas y a sus crisis de credibilidad, que terminaron por volver insostenibles e inviables, dichos modelos de gobiernos que se dieron sobre todo en el siglo pasado; liderando este nuevo estado, por los grupos sindicales de trabajadores, que proponían una profunda transformación del Estado que estaba por fenecer.

Elías Díaz, citado por Gerardo Durango Álvarez, sostiene: “a) Que el Estado va a hacerse así decididamente intervencionista con el objeto de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación e igualdad real: el sufragio universal (incluido el sufragio femenino), por un lado, y un amplio pacto social con compromiso por el Estado para políticas de bienestar, por otro, serán los principales componentes de ese indudable fortalecimiento de la legitimación y de democrática participación.

b) La sociedad de masas, sociedad industrial, más tarde posindustrial, tecnológica y de servicios, desbordante sociedad de consumo, inclusive de derroche y despilfarro, sociedad orgánica y corporativa: estos son algunos de los rótulos utilizados por los sociólogos para referirse a estas diferentes dimensiones entre las que se mueve el Estado social, con grave tendencia en nuestros días a la reducción del Welfare State, Estado del bienestar....”¹³ **Este nuevo modelo de Estado, a diferencia del Estado de Derecho, se caracteriza por ser intervencionista, con la finalidad de poder atender las demandas sociales, de mayor**

¹² Ob. Cit. Págs. 46 y 47.

¹³ Ob. Cit. Pág.47.

participación social en la vida política del Estado, entre ellos la participación femenina en el sufragio universal; y, por otro lado mayor participación social y compromiso estatal, en pro de políticas de bienestar social.

Una vez que este Estado Social de Derecho, se cohesiona junto con los avances tecnológicos, paulatinamente va quedando en deuda con dicha sociedad, respecto al bienestar que sus miembros exigen, quedándose relegado y dando paso a un nuevo modelo de Estado.

Manuel Fernando Quinche Ramírez, manifiesta: “Siguiendo el influjo de las constituciones alemana y española, la Carta de 1991 estableció el principio fundante del Estado social de derecho, que vino a desplazar la condición del Estado de derecho. Al explicar la Corte el tránsito que acontecía de uno a otro, señaló que “El Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, no se limita a reconocer derechos a los individuos, sino que además funda su legitimidad, en la eficacia, en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos”, agregando que en el Estado liberal, los derechos son simples facultades a favor de los individuos, mientras que en el Estado social de derecho, son “beneficios que de manera imperativa deben ser otorgados a sus titulares”¹⁴ **Para nuestro autor citado, la Constitución Colombiana, siguiendo el influjo de las constituciones alemana y española, la carta de 1991 estableció el principio fundante del Estado social de derecho, así lo explicó la Corte en sentencia que el Estado Social de Derecho a diferencia del Estado de Derecho, los derechos que se reconocen a sus miembros, no son simples facultades; sino beneficios que de manera obligada se cumplen.**

Luciano Parejo, citado por Manuel Fernando Quinche, al referirse al concepto y contenido del Estado social de derecho dado en el sistema alemán, recepcionado en la Constitución española, señala que aquel es un “Estado construido sobre un principio estructural complejo, por ser principio de principios, cuya esencia radica en que su contenido y alcance deriva de la recíproca interacción de los valores de la democracia, lo social y la idea del Estado de derecho en sentido material”. “para afirmar luego, la existencia de tres dimensiones del principio: -La dimensión de la vinculación social del Estado, que implica la obligación de los poderes públicos, de velar por la previsión, distribución e igualación de los bienes materiales y de cultura. -La dimensión de la referencia social de los derechos fundamentales, que impone la obligación de interpretar estos derechos, desde el principio de garantía de la libertad. -La dimensión de la obligación del Estado de articular la sociedad

¹⁴ QUINCHE. RAMÍREZ. Manuel. Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá-Colombia.2008.Pág.72.

desde bases democráticas”¹⁵ **Para nuestro autor de la cita, el Estado Social de Derecho, se cimenta sobre un principio complejo, que constituye la matriz de los principios, cuya esencia radica en el intercambio de valores entre, democracia, lo social y la materialización de la idea de Estado de Derecho.**

A este principio lo categoriza en tres dimensiones, entre los cuales tenemos: primero.- La vinculación social del Estado, lo que equivale a la obligación de los poderes públicos, de velar por la distribución equitativa de los bienes materiales y la cultura; segundo.- Referencia social de los derechos fundamentales.- Que implica la obligación de interpretar estos derechos, desde el principio de garantía de la libertad. Tercero.- La obligación del Estado de articular la sociedad, desde bases democráticas.

Para el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, autor ecuatoriano, el Estado Social de Derecho, constituye: “El Estado Social, alternativa del Estado Liberal, asume los fundamentos de éste, pero además tiene funciones de carácter social, buscando que los principios que sustenta y justifican al Estado tenga una base y un contenido material; parte del supuesto de que el individuo y la sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro. Ello supone que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio, y que la propiedad individual se utilice en función social; la seguridad e igualdad jurídicas, ahora, requerirán de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios. El sustento moral de este Estado es la justicia distributiva, tal como los sostiene García Pelayo, al señalar que distribuye bienes jurídicos de contenido material.

En el Estado Liberal de Derecho se establecieron los Derechos Fundamentales Individuales, junto a éstos, el Estado Social de Derecho introduce a los textos constitucionales los Derechos Económicos y Sociales elevados a su máxima categoría. Al derivar de la Constitución los Derechos Fundamentales Económicos y Sociales se convierten en ejes primordiales del accionar del Estado.

La protección de los Derechos Fundamentales se convirtió en prioridad para el Estado, por esto, junto al articulado de derechos comenzaron a aparecer una serie de instituciones protectoras y garantes de los mismos.

El Estado Social de Derecho, hasta la década de los años sesenta del siglo XX, más o menos, constituía una esperanza, pues se pensaba que terminaría con las carencias y

¹⁵ Ob. Cit. Pág.73.

contradicciones del sistema económico liberal del Estado de Derecho, aspiraciones que poco a poco han terminado en frustraciones. El modelo socio económico del Estado Social de Derecho no ha podido conseguir la materialidad necesaria para satisfacer las principales necesidades de los pueblos. A pesar de los grandes avances científicos y tecnológicos se han más evidentes las desigualdades económicas, sociales y políticas; el mercado neocapitalista, manejado por los monopolios, no permite el libre acceso a las grandes mayorías, más bien sistemáticamente las marginan; la opinión pública no es libre, prácticamente resulta expresión distorsionada o manipulada por un sistema mediático representante de intereses trasnacionales.

Cada vez resulta más claro que la democracia política exige como base la democracia socioeconómica. Humanizando el sistema económico, pensando en el hombre, en su dignidad, se puede encontrar un equilibrio entre los fines de la democracia y el sistema económico. Este escenario ha permitido señalar que las insuficiencias y las contradicciones del sistema económico y del sistema ideológico que derivan del neocapitalismo en el marco del Estado Social de Derecho marcarán la superación de dicho Estado y el tránsito al Estado Democrático de Derecho”¹⁶. **El Estado Social de Derecho, ha parte de constituirse en alternativa del Estado Liberal, asume los fundamentos de éste, adicionalmente tiene funciones de carácter social; parte de la hipótesis de que la persona y la sociedad no son categorías aisladas sino, que estos se complementan. Parte del supuesto que la libertad reclama condiciones mínimas para hacer viable su ejercicio; y, que la propiedad individual debe ser utilizada en función social. Con mucho acierto se señala que la década de los años sesenta del siglo XX, si bien el Estado Social de Derecho constituía una alternativa y esperanza que terminaría o pondría fin al Estado Liberal de Derecho; sin embargo poco a poco, dichas ilusiones se desvanecieron con los avances científicos-tecnológicos, los monopolios de los mercados; no han hecho otro cosa que ahondar las desigualdades y la marginación de la mayoría de la población carentes de recursos económicos y limitados de acceder a los bienes y servicios de consumo.**

Si ha eso le añadimos, que la libertad de expresión, se ha visto conculcada por los grandes intereses económicos nacionales e internacionales, que se ocultan detrás de un sistema periodístico en pro de sus propios intereses.

Por lo tanto, mientras las democracias no sean totales, es decir que los seres humanos, puedan satisfacer sus necesidades básicas y elementales; jamás

¹⁶ ZAMBRANO. PASQUEL. Alfonso. Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. Editores Edilex S.A. Primera Edición. Guayaquil-Ecuador. 2011. Págs.365 y 366.

podríamos hablar de democracia; estarían viviendo un espejismo de democracia.

Por su parte nuestro país, también adoptó este tipo de modelo de Estado; así lo proclama la Constitución Política de la República del Ecuador en su Art.1.- Forma de Estado y Gobierno: “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada....”¹⁷.

Nuestro país no ha sido inmune a la influencia que han ejercido sobre todo la revolución Francesa, pues desde la creación de la República, los diferentes eventos y hechos suscitados sobre todo en Europa, han influenciado en las diferentes Cartas magnas de nuestro país, con lo cual la del año 1998, no ha sido la excepción.

1.4 Estado constitucional de derechos

Luis Humberto Abarca Galeas, al respecto manifiesta: “Esta nueva forma y superior forma de Estado se caracteriza por la extensión de la tutela Jurídica Constitucional a todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política y en los Convenios Internacionales, así como por el reconocimiento y extensión de los derechos y garantías a las personas individualmente consideradas o formando parte de grupos sociales de atención prioritaria, a las comunidades, pueblos y nacionalidades y también a la naturaleza, de tal modo que, la parte dogmática de la Constitución no solo constituye una declaración de principios o del reconocimiento de derechos y garantías sino que también cada principio, derecho o garantía tiene su respectivo medio Constitucional de tutela Jurídica que lo hacen efectivo en la realidad fáctica social y reparan el daño ocasionado a su titular cuando han sido conculcados.

En esta forma todas las personas intervienen en sus relaciones entre sí, con las colectividades y con el Estado o sus instituciones investidas de todos los derechos que les reconoce y garantiza la Constitución Política y los Convenios Internacionales, conociendo que para el caso de que se conculque sus derechos en cualquier forma, obtendrá la tutela jurídica respectiva acudiendo ante los respectivos órganos jurisdiccionales a cargo de su prestación y se le repare el daño ocasionado mediante el respectivo medio de reparación constitucional....”¹⁸.

¹⁷ Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, artículo 1

¹⁸ ABARCA. GALEAS. Luis. Humberto. El Estado Constitucional De Derecho y Justicia Social. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2013. Pág. 10.

Es indiscutible, que esa fue la buena intención del Asambleísta de Monte Cristi, al plasmar en la Constitución de la República del Ecuador del año dos mil ocho, aquel nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y el de crear instrumentos que viabilicen la tutela efectiva de los mismos, al permitir que la parte dogmática y declarativa de principios y reconocimiento de derechos y garantías, no solo se queden en ello, en una mera declaración; sino la puesta en vigor de aquellos principios y derechos. Esto le valió al país que el resto del mundo vea con buenos ojos, el avance legislativo en el aspecto Constitucional. Sin embargo como dice un adagio popular: “la alegría del pobre dura muy poco”.

Demasiado cierto para ser verdad. Con la consulta popular que estableció la facultad al gobierno de turno, para que reorganice la administración de justicia, trajo aparejada las cortapisas, las zancadillas y la vulneración flagrante a los derechos y garantías reconocidos en el nuevo modelo de Estado y plasmado en la vigente Constitución. Pues conforme lo justificaré con los anexos que pretendo incorporar a este trabajo, quiero demostrar de forma fehaciente, la manera como se ha blindado a la administración pública y cuyos actos administrativos, en la actualidad están plagados de “perfección”, de tal suerte que resultan inimpugnables.

Colón Bustamante Fuentes, respecto al Estado Constitucional de Derechos, manifiesta: “El Estado Constitucional de derechos constituye un modelo garantista que tiene el Estado de derechos, que es protector de los derechos constitucionales basado en la Constitución como fuente primordial de los derechos y obligaciones. Por tal motivo, toda gestión y actividad del ente público y privado debe estar sometida al contenido sustancial o material de las normas constitucionales; y, consecuentemente, se ejecutan las garantías legislativas, ejecutivas y judiciales, y la pluralidad de sistemas de derechos, como el derecho de equidad, indígena, de la justicia, de la paz, comunitario y del derecho internacional de los derechos humanos que guarda relación con el plurinacional; y, la supremacía de los derechos constitucionales y sus garantías que tienen los ciudadanos.

El Estado Constitucional de derechos implica la transformación del Estado, que se identifica porque la Constitución tiene el carácter vinculante, supremacía en el sistema de fuentes del derecho, de su eficacia y aplicación directa e inmediata de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su materialidad normativa y la rigidez constitucional, conforme lo dispone el Constitucionalismo contemporáneo”.¹⁹

¹⁹ Ob. Cit. Pág. 35 y 36.

En este modelo de Estado, los derechos y principios consagrados en la Constitución de la República del Ecuador del año dos mil ocho; gozan de supremacía, esto es, que toda la actividad estatal; y, sus actos administrativos públicos y privados y todo el accionar público, debe ajustarse a los principios y derechos estatuidos en la misma.

En este tipo de estado diseñado en la Constitución de la República del Ecuador, de dos mil ocho, las autoridades judiciales, administrativas y los servidores públicos, aplicarán las normas constitucionales y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las previstas en ella. Este modelo estatal, se caracteriza por la superioridad del sistema de fuentes del derecho, su efectividad y la aplicación directa e inmediata de la Constitución.

Alfonso Zambrano Pasquel, respecto al Estado Constitucional de Derechos, manifiesta: “Por de pronto agreguemos a lo dicho y con respecto al tema del neoconstitucionalismo, que es la aplicación inmediata de las garantías constitucionales que antes estaban en el marco dogmático de las constituciones sin aplicación práctica, y directa. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del neoconstitucionalismo es incuestionable en la Constitución del 2008, bástenos recordar los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional²⁰

Si bien la Constitución Política del Ecuador del año 1998, en su parte dogmática, ya realizó un avance, al impedir que se invoque la falta de ley, para la no aplicación de la norma constitucional, por parte de aquellos que estaban obligados a hacerlo; sin embargo no es menos cierto que las mismas constituían letra muerta, pues hoy con el desarrollo de normas expresas en la Constitución de la República del Ecuador del año dos mil ocho, los derechos consagrados en la misma, han fortalecido el neoconstitucionalismo y ese Estado Constitucional de Derechos, en donde la aplicación de los mismos constituyen una garantía para su vigencia.

1.5 Funciones o fines del estado.

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, manifiesta: “El Estado para asegurar y garantizar las entidades rectoras del organismo social, ejerce el poder por medio de la Función Ejecutiva, Legislativa y Jurisdiccional. A la Función Ejecutiva le compete administrar el Estado, dar

²⁰ Ob. Cit. Pág. 43.

órdenes e imponer su cumplimiento; a la Función Legislativa le corresponde la elaboración y modificación de las leyes; y, a la Función Jurisdiccional le toca declarar el derecho a las personas en caso de controversia. La división de funciones en el sistema democrático coadyuva a que “el poder detenga al poder”; conlleva a que “el poder frena al poder” y se evite excesos de poder. El argumento filosófico de la división de los poderes o funciones del Estado es el de que, ninguna función debe monopolizar la soberanía del Estado, porque puede dar lugar a formas incorrectas al gobernar. Al efecto, Montesquieu, dice: “No hay libertad posible si sólo un órgano ejerce la totalidad de la soberanía”. “La separación de poderes es una necesidad de la libertad”. Sin libertad y sin separación de poderes se puede llegar a la tiranía”.

El Dr. Rodrigo Borja Cevallos, citado por el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, al referirse a las funciones del Estado dice: “la división de poderes o funciones dentro del Estado, busca una balanza de autoridad, un equilibrio dentro del mando social, dentro de los cuales no hay ni primero, ni segundo, ni tercer poder del Estado, en sentido de ordenación jerárquica, sino tres poderes ubicados en la misma altura de autoridad, pero cada uno de los cuales cumple distintas funciones de mando dentro de la sociedad”. “Ninguno de ellos puede prevalecer sobre los demás, porque lo que se buscó es precisamente esa balanza de autoridad, ese equilibrio de poderes, a fin de que ninguno de ellos sobreponiéndose a los demás, estuviera en posibilidad de establecer un cesarismo sobre la sociedad y aniquilar los derechos humanos”. Y agrega: “Se equivocan quienes piensan que hay un primer poder del Estado y por tanto un segundo o un tercero en el orden jerárquico. Son tres poderes equivalentes, cada uno con sus respectivas competencias que juegan un equilibrio y que se manejan dentro de un sistema muy ingenioso de controles recíprocos dentro del cual unos controlan a otros. Mientras éstos son controlados por ellos, todo en beneficio de las libertades públicas y los derechos humanos”. “En consecuencia, ninguno de aquellos poderes está fuera o al margen o peor por encima de la Constitución y de las leyes. Los tres están sometidos a la normación constitucional y legal que impera en la organización política...” “En Derecho Público, los órganos del poder tienen exclusivamente las facultades que les otorga explícitamente la Constitución y las Leyes del Estado y fuera de aquellas facultades no tienen ninguna otra”²¹

La división de las funciones en todo Estado democrático, es síntoma de que sus gobernantes se inclinan por el respeto a la Constitución, al soberano y a sus instituciones. Entiendo que dicha división de funciones viene dado, desde tiempos

²¹ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Universidad Nacional de Loja. Tercera Edición. Loja-Ecuador. 1992. Pág. 52 y 53.

antiguos con la creación de los estados, la cual ha tomado a través de los tiempos mayor significado, pues en los estados monárquicos el Rey ha concentrado los mismos en uno sólo.

Nuestro país, fiel a la vocación democrática, desde sus primeras constituciones registra esta división de funciones, por citar un ejemplo, la carta magna del Ecuador del año mil novecientos cuarenta y cinco, establece ya esa división en Función Legislativa, compuesta por dos cámaras, la del senado y la de diputados; la Función Ejecutiva, integrada por el Presidente de la República y los Ministros de Estado; y, la Función Jurisdiccional, encargada de la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada.

Es decir que la concepción filosófica de la división de poderes o funciones del Estado, viene dado, por crear un equilibrio entre estos. Previendo o evitando que los gobiernos de turno, embriagados de poder, en un momento determinado, empiecen irrespetando y metiendo la mano en los otros, llegando al colmo de secuestrarlos y someterlos, con el pretexto de que ellos han ganado en las urnas y en forma mayoritaria las elecciones. Lo que este tipo de gobernantes al pensar así, se olvidan que el cimiento y la base de toda democracia, está ahí en el respeto a las otras instituciones; nuestro país no ha sido la excepción, pues ese irrespeto constante a sus poderes o funciones y a sus instituciones, ha dado como resultado, el desgobierno y la inestabilidad de la función ejecutiva.

Alberto Rodríguez Varela, citado por Juan Carlos Cassagne, manifiesta “La concepción doctrinal de la separación de los poderes reconoce, en general, su origen en Francia, a raíz de la aparición de la obra de Montesquieu titulada El espíritu de las Leyes, que fue publicada en el año 1748, aun cuando existen antecedentes que ubican su origen en la Antigüedad (Aristóteles), siendo además, innegable la influencia de Locke”.²²

Los doctrinarios extranjeros, ubican la separación de poderes en Francia, con la aparición de la obra del Espíritu de las Leyes y aun sostienen que sus verdaderos orígenes se encuentran en la antigüedad con Aristóteles. Es innegable que para este filósofo griego no haya pasado por alto este tema de trascendental importancia y de evidente justicia social, conociendo que fue uno de los padres de las teorías que propugnaron por la justicia distributiva y conmutativa.

Joaquín V. González, citado por Juan Carlos Cassagne, refiriéndose a la división de

²² CASSAGNE. Juan Carlos. Derecho Administrativo. Editorial Palestra. Lima-Perú. 2010. Pág. 101.

funciones entre órganos que ejercen el poder estatal, manifiesta: “cada uno de ellos tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados, porque se combinan y se complementan entre sí: son coordinados. Los tres representan la soberanía de la Nación para sus objetos principales; sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio, de la ley: y ambas han establecido poderes estrictamente legislativos, estrictamente ejecutivos y estrictamente judiciales; pero en el cumplimiento de sus funciones necesitan en muchos casos, unos y otros, ejercitar poderes de naturaleza distinta de los que le son exclusivos: la línea divisoria no se halla precisamente demarcada”.²³

Para nuestro autor de la cita, existe una delgada línea divisoria entre las distintas funciones del Estado, habida cuenta que las tres se complementan, refuerzan y sostienen la soberanía de este; en la persecución de sus fines y objetivos. Posiblemente así sea, pero en su esencia y ejercicio de poder, se definen claramente la función que le corresponden ejercer, a cada una de estas, frente a la Ley y a los administrados.

Las Constituciones Políticas del Estado Ecuatoriano fiel a la doctrina internacional, reconocían las tres funciones, plenamente conocidas por todos. Esto es hasta la Constitución Política del año mil novecientos noventa y ocho.

Es a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República del año dos mil ocho; que se crean a las ya existentes, dos funciones adicionales; así hoy en día nuestra Carta Magna establece las siguientes funciones: a).- Función Legislativa.- Que tiene entre sus deberes y atribuciones, considero la más relevante; la de fiscalizar los actos de las funciones ejecutiva, electoral, de transparencia y control social; los actos de otros órganos del poder público; y, legislar las leyes, normas jurídicas que regulan la vida y la convivencia social del Estado ecuatoriano; b).-Función Ejecutiva.- La cual tiene entre sus principales atribuciones y deberes, considero personalmente; dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control; a esto hay que añadir que el ejecutivo actúa como colegislador, pues a él le corresponde aprobar o vetar los cuerpos legislativos que aprueba el poder legislativo, por lo tanto sostengo que los dos guardan estrecha relación, en la creación de la Ley. c).- Función Judicial y Justicia Indígena.- Cuyo principal principio es la potestad de administrar justicia emanada del pueblo; d).- Función de Transparencia y Control Social.- Esta, naciente función del Estado Ecuatoriano, tiene como fin promover e impulsar el control de las

²³ Ob. Cit. Pág. 111.

entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público. Dicha función está representada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; entre sus principales deberes y atribuciones, a mi criterio, tiene el de nombrar a los altos funcionarios del Estado; e).- Función Electoral.- Esta función del Estado, se encarga de ser la garante del voto del pueblo expresado en las urnas; y, de los derechos políticos expresados a través de este. Se encarga de la organización y estructuración de todos los eventos relacionados a las elecciones y al sufragio popular. Se compone de: el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

CAPITULO II
ORIGEN DEL DERECHO

2. Origen del derecho

El Dr. Juan Larrea Holguín, a este respecto manifiesta: “Etimológicamente “derecho”, deriva de “directum”, implica pues la idea de algo recto, ajustado a una norma, o a la idea de la norma misma.

En castellano tenemos varias palabras vinculadas con “derecho”, que provienen de la raíz latina “jus”, tales son por ejemplo: jurisprudencia y jurisconsulto. En todos estos vocablos aparece como idea dominante la de “justicia”. El derecho es indudablemente algo muy vinculado con la justicia, constituye una de las formas de realización de la justicia”.

“Así es como entendemos que lo propio –lo “suyo” de cada hombre-no es algo arbitrario. Campea por encima de toda disposición antojadiza el Derecho Natural, fijo, invariable en sus principios, puesto que ellos se enraízan en la propia naturaleza humana, igualmente inmutable, en sus características fundamentales”.

“La sociedad humana, agrega al derecho la cualidad de ser norma general, tutelada por una autoridad y por un sistema, que precisamente se llama “jurídico”, o sea “de derecho”.

Ubi societas, ubi ius. Donde hay sociedad hay derecho, y no existe sociedad sin derecho ni derecho sin sociedad.”²⁴

El Derecho proviene de la voz latina jus. La esencia misma del derecho, es la búsqueda de la justicia y ello solo se consigue dando a cada quien lo que le corresponde. Por lo tanto el derecho tiene sus raíces en el ser humano, es decir en donde existe un grupo humano o conglomerado, el derecho hace su aparición, aun sin que existan reglas preestablecidas, pues con el nacimiento de cada ser humano, nacen intrínsecos derechos naturales fundamentales, tales como el derecho a la vida.

El Dr. Efraín Torres Chaves, a este respecto manifiesta: “1.-La religión y el control social. En “Los Doce Césares” Cayo Suetonio Tranquilo relata que Cayo Julio César recibió el perdón de Sila por la intervención de las vírgenes vestales que en Roma gozaban del privilegio de indultar al criminal si lo encontraban a su paso. Este hecho histórico revela que en sus inicios el Derecho se confundía con la religión. La religión fue la forma primigenia e idónea de la normatividad social: sus ritos, sus fórmulas, fueron la piedra angular de la formación y desarrollo ulterior del Derecho. Sus cultores fueron los primeros sacerdotes y pontífices.

²⁴ LARREA HOLGUÍN. Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Editorial. Corporación de Estudios y Publicaciones. Sexta Edición. Quito-Ecuador. 1998. Págs. 1,2 y 3.

En Oriente la ontología jurídico-penal dimanaba de la religión: en Egipto e Israel el delito constituía ofensa a los dioses: en Persia y en la India la expiación de la pena devolvía la pureza: si el reo cumplía la pena iba al cielo tan limpio cual si hubiera ejecutado una buena acción. Para el musulmán la vida social está regida por normas religiosas y gran parte de ellas son jurídicas.

En Roma, cuna de la juridicidad, el Derecho tuvo carácter mágico-religioso; antes de tomar una decisión el funcionario consultaba a los auspicios.

En la formación de la sociedad humana y en su ulterior desarrollo la religión gozó del privilegio del control social porque captó con sutil eficacia, la dialéctica del bien y del mal. A una masa donde campea la ignorancia y el miedo se la domina a través del premio y del castigo: donde hay ignorancia la religión florece. Por eso, a medida que la civilización avanza, es necesario descubrir los principios fundamentales que mueven la conducta humana; es entonces cuando la religión pierde hegemonía y ya no controla la sociedad: son los principios científicos, basados en incentivos más altos, quienes moldean el comportamiento humano.

2.- Dialéctica del desarrollo jurídico. Existen dos formas categóricas de ejercer el control social que las denominamos prejuridicidad y juridicidad. Cuando la magia, la mitología y la religión ejercen poder con capacidad para controlar la sociedad, estamos dentro de la prejuridicidad; cuando pierden poder y capacidad de control y el Derecho ocupa este espacio, nos ubicamos dentro de la juridicidad.

En la etapa prejurídica la magia, la mitología y la religión cumplen la función del Derecho; en la segunda, éste ocupa su campo específico eliminando las primigenias formas de control social; este desplazamiento demora muchos siglos. En la Edad Media la religión cumple aún una función protagónica: lidera la forma ideológico-política del pensar hasta monopolizar toda manifestación cultural-científica. Bástenos un ejemplo: el asilo es una institución del moderno Derecho Internacional regulado por la Iglesia Católica y reconocido por el poder civil en virtud del respeto y la sumisión que éste le profesaba.

Con el advenimiento del sistema capitalista la sociedad acentúa su juridicidad: el Estado se independiza de toda influencia religiosa y asume el control social.²⁵

Desde tiempos antiguos, la religión se ha constituido en la forma primigenia de la normativa y control social; sólo basta recordar lo que establecen las sagradas

²⁵ TORRES CHÁVEZ. Efraín. Filosofía y Derecho Penal. Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Primera Edición. Loja-Ecuador. 1987. Págs. 3 y 4.

escrituras; pasaje bíblico en las cuales se narra que Moisés recibió directamente de Dios las tablas en las cuales constaban impresos los diez mandamientos de la Ley de Dios, normativa que debía ser observada por el pueblo de Israel.

En ese contexto, podemos afirmar que la religión constituyó la forma más idónea de control social, pues el hombre sumido en su ignorancia, siempre buscó protección sobrenatural; y, nadie más indicados que los sacerdotes para orientar y utilizar la fe de esos hombres ignorantes, para capitalizar con habilidad esa ignorancia. Producto de ello es el florecimiento del Derecho Canónico.

Es con el apareamiento del conocimiento científico, que el hombre, despierta de su gran letargo y dominación de los religiosos; por lo cual resulta insuficiente el Derecho Canónico para sostener la conducta social de los pueblos; y, producto de ello se hace necesario la creación de normativas eficaces, a fin de poder lograr el control social, a fin de regular y moldear el comportamiento humano.

A la etapa, en la cual la religión y el mito ocupó la parte normativa de la conducta humana y social de los pueblos, se la conoce con el nombre de prejuridicidad; y, a la cual, en donde el Derecho hace su aparición con sus normas, se la denomina juridicidad.

Pero para los ideólogos de las teorías socialistas del Derecho, este hace su aparición como tal, con la división de la sociedad en clases sociales, por lo tanto las normas u ordenamientos jurídicos son los medios o instrumentos de los cuales se vale la clase social dominante, para mantenerse en el poder y es a través de la fuerza que se hace efectivo dicho Derecho.

En verdad Marx, Engels y Lenin, nunca estuvieron equivocados en sus teorías, respecto al nacimiento del Derecho. Pues la historia les ha dado la razón a dichas teorías. Sólo basta echar un vistazo a nuestra historia y podemos ver que el grupo económico que llega al poder, acomoda la normativa jurídica a su conveniencia y adecuada a sus proyectos políticos, proyectándose de ser posible a no tener el mínimo de obstáculos ni de la oposición, mucho menos del pueblo al cual dominan.

2.1. El derecho como norma jurídica

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, lo define así: “El derecho es un sistema de normas obligatorias, jerarquizadas, dialécticas, que rigen la conducta de los hombres en la sociedad,

dictadas y aplicadas por el Estado, avalizadas por la fuerza coercitiva, cuyas finalidades son: alcanzar la justicia, el orden, la paz, la seguridad y el bien común...²⁶

El Derecho constituye un sistema de normas obligatorias, las cuales moldean y regulan la conducta social de los pueblos; las mismas que son previamente concebidas y ejecutadas por el Estado; e inclusive se hace uso de la fuerza pública para su ejercicio y aplicación. Entendiendo que la finalidad del derecho es la persecución del bien común y de la justicia social.

El Dr. Paúl Carrión González, a este respecto nos manifiesta: **“El Derecho como orden normativo.**- Las normas jurídicas son obligatorias porque se puede exigir su aplicación coactiva a través de órganos establecidos para ello y que tienen los medios para hacerlas cumplir. Son respaldadas en conjunto de normas de conducta obligatorias o autorizadas por el Estado mismo y respaldadas por su poder.

Hay tres criterios a tener en cuenta en una norma:

- Validez: si existe o no un sistema jurídico
- Eficacia: si es aplicada por los tribunales y se cumple o no por los sujetos destinatarios de la misma.
- Justicia: la condición de justa o injusta de una norma. Algo que dependerá de la sociedad y el contexto.

Las normas o usos sociales son un conjunto de pautas que regulan la convivencia en una comunidad o en algunos sectores de la misma. Estos usos sociales coinciden con el Derecho en que están dotados de obligatoriedad en su cumplimiento y sanción cuando se vulneran. El Derecho establece que el cumplimiento o incumplimiento provoca una serie de sanciones a la vez que existen órganos específicos que tienen atribuida la aplicación de sanciones.

Cualquier Derecho debe incluir una serie de valores o exigencias:

- Normas generales
- Públicas
- Claras y comprensibles
- Sin contradicciones
- Posibles de aplicar
- No pueden ser cambiadas permanentemente

²⁶ Ob. Cit. Pág. 85.

- Debe existir congruencia entre el Derecho y la acción de los órganos oficiales.²⁷

Las normas jurídicas, son aquellas conductas que se encuentran previamente tipificadas y que son exigibles a través de los mecanismos implementados por el Estado.

Existen tres criterios a tener en cuenta en las normas jurídicas, estos son: validez, eficacia y justicia; los cuales pueden variar dependiendo del contexto y de la sociedad en la cual se aplican.

Las normas jurídicas, constituyen el molde social, al cual deben adaptarse los miembros de la sociedad, a fin de hacer viable la convivencia; que inclusive para su cumplimiento se puede recurrir al aparato represivo del Estado.

La creación y puesta en vigencia de una norma jurídica, debe revestir ciertas características que viabilicen los derechos fundamentales de sus destinatarios y que aseguren y garanticen la seguridad jurídica al ser aplicadas por las instituciones que están obligadas hacerlo.

2.2 El derecho como superestructura

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, lo define así: “El Derecho es una superestructura de instituciones jurídicas, dictadas por el Estado, que reflejan una estructura económica concreta”.

“La estructura económica es un sistema de relaciones de producción dominante en la sociedad. “La estructura económica de la sociedad con sus características peculiares para cada época concreta-es la base sobre la que se levanta la superestructura de las instituciones jurídicas y políticas-(el Derecho y el Estado) y las diferentes concepciones ideológicas (el arte, la literatura, la ciencia, la filosofía, la religión y la moral).

“Tanto la estructura como la superestructura están vinculados, concatenados entre sí, no pueden existir el uno sin el otro, aparecen juntos, se engendran”. En la estructura de la humanidad se habla de la estructura económica esclavista, que ha dado lugar al apareamiento de la superestructura del derecho esclavista; se habla de la estructura económica feudalista que ha dado lugar al apareamiento de la superestructura del derecho

²⁷ CARRIÓN GONZÁLEZ. Paúl. Introducción al Derecho. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja. Texto Guía. Primera Edición. Loja- Ecuador. 2010. Págs. 49 y 50.

feudalista; se habla de la estructura económica capitalista que ha dado lugar al apareamiento de la superestructura del derecho capitalista; y se habla de la estructura económica socialista que da lugar al apareamiento de la superestructura del derecho socialista. No puede negarse que los cambios en el sistema económico de producción han sido con frecuencia en la historia de la humanidad causas para los cambios sustanciales del Derecho. La relación entre el orden económico y jurídico son muy íntimos. En otros términos “todos los cambios que se producen en la estructura traen consigo la transformación de la superestructura, es decir, ocasionan modificaciones radicales en la organización jurídico-estatal y en las ideas y teorías de los hombres. No obstante, la superestructura, que no es pasiva, también influye sobre los fenómenos económicos, sobre el mundo material”²⁸

La Superestructura constituye, en cualquier tipo de sociedad sea esta esclavista, feudalista, capitalista o socialista; la parte ideológica que viene dada por las relaciones socio-económicas, es decir que en una sociedad capitalista, la superestructura de dicho derecho, obedecen a esas relaciones económicas de producción; por ende la creación ideológica del derecho ira encaminada a fortalecer esas relaciones capitalistas.

Nuestro derecho y país, no ha estado ajeno a estos cambios en su Superestructura; así por ejemplo la Constitución Política de la República del Ecuador que nos regía desde año mil novecientos noventa y ocho, obedecía a un sistema económico social de mercado; por ende la Superestructura de ese derecho respondía a esas relaciones económicas.

A partir del año dos mil ocho, en donde se pone en vigencia una nueva Carta Magna, el sistema económico se rige por lo social y solidario; reconociendo al ser humano como sujeto y fin; es por ello que vemos que en los actuales momentos que toda la normativa legal, se encuentra reformada o cambiada, toda vez que es contraria a los fines y objetivos que se persiguen a través de las nacientes relaciones económicas, cambiando así la Superestructura del derecho vigente.

2. 3 El derecho objetivo y subjetivo

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, a este respecto nos dice: “Una realidad de estilo clásico que merece explicarlo es la expresión “Derecho” en sentido “objetivo” y “Derecho” en sentido “subjetivo”.

²⁸ Ob. Cit. Págs. 88 y 89.

El Derecho como producto social, es un esfuerzo y trabajo humano. Se refleja en la “conciencia social”, penetra en el “espíritu del pueblo” y se engrandece en el “alma colectiva”. He aquí el origen de la expresión “Derecho Subjetivo”, que es sinónimo de facultad de señorío. Luego, por medio de procedimientos especiales, técnicamente legislativos y ejecutivos el “Derecho Subjetivo” se exterioriza en leyes. He aquí el origen de su otra expresión “Derecho Objetivo”.

“El Derecho Objetivo.- Es el conjunto de normas jurídicas, dictadas por los órganos competentes del Estado Ecuatoriano, según la Constitución, que rigen las relaciones de los hombres de la sociedad.

El Derecho objetivo lo encontramos en los Códigos y Leyes de la República, como en el Código Civil, Código de Menores, Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa, Ley de Administración Financiera y Control, Ley del Régimen Administrativo, etc. Al referirnos a las diferentes disposiciones que las encontramos en los códigos y leyes, estamos frente al derecho escrito, jurídico, positivo, por eso decimos: “debemos obrar conforme a ley”; debemos obrar conforme a la norma; debemos obrar conforme a Derecho”.

El Derecho Objetivo, consiste en plasmar o hacer realidad la letra de la Ley, en los diferentes Códigos y Leyes, facultad atribuida, al órgano competente del Estado, en nuestro caso la Asamblea Nacional, a fin de hacer viable la gobernabilidad y la convivencia nacional. En definitiva es dar vida a las diferentes facultades o prerrogativas que pueden ejercer los habitantes de un Estado.

“El Derecho Subjetivo.- Es el conjunto de facultades o prerrogativas que el derecho objetivo reconoce al individuo en sus relaciones con los demás individuos o con la comunidad toda”. En este caso “los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos”.

En el Derecho subjetivo encontramos un elemento interno, que no es otra cosa que la facultad de señorío; la posibilidad de obrar o de querer ejercer un derecho, como contratar, donar, adoptar, etc.

“Los derechos subjetivos existen pero su naturaleza no es otra cosa que los poderes o atribuciones reconocidos por el ordenamiento jurídico burgués vigente”.²⁹

²⁹ Ob. Cit. Págs. 90 y 91.

En cambio el derecho subjetivo constituye el señorío o facultades que pueden ejercer en un momento dado cualquier ciudadano o habitante del Estado; y, que dichas facultades se encuentra previstas o normadas en los diferentes cuerpos legislativos, llámense estos Códigos o Leyes de la República del Ecuador.

Por su parte el Dr. Paúl Carrión González, citando al jurista español Juan Ramón de Páramo sostiene: “Un derecho subjetivo es una pretensión o facultad atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos a quienes se les impone una prestación normativa correlativa. El contenido del derecho subjetivo sería el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto. Esta exigencia es posible debido a la existencia de normas, las cuales pueden ser de distinto tipo y naturaleza. (Derecho Subjetivo”, El derecho y la justicia, p 367).³⁰

El derecho subjetivo, constituiría una facultad atribuida a un sujeto o grupo de estos, prerrogativa que estaría amparada en una normativa, a fin de poder exigir su cumplimiento a otros sujetos y viceversa.

Nuestro autor de la cita, citando a su vez a Enrico Pattaro que sostiene: “El derecho en sentido subjetivo es el derecho considerado desde el punto de vista de los sujetos que lo viven y lo practican...El derecho en sentido objetivo es el derecho considerado desde el punto de vista de quien abstrae de las vivencias particulares de los sujetos y considera, por el contrario, solamente a las reglas, es decir, a las normas impuestas al comportamiento de los sujetos. (Elementos para una teoría del derecho, p 42).³¹

El autor de la cita, considera al derecho subjetivo como facultad de los sujetos que lo viven y lo ejercitan diariamente. Mientras que el derecho objetivo es visto como norma que viabiliza y hace posible dicha facultad o prerrogativa que tienen los sujetos destinatarios de esos derechos. Es decir que existe una interdependencia y correlación entre estos dos tipos de derechos.

2.4 El derecho público y privado

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, respecto a este tema manifiesta: “**El Derecho Público y Privado.-** Otra dicotomía que se ha dado en la sociedad por las contradicciones existentes en la esencia de los intereses económicos, políticos y sociales constituye el “Derecho Público” y el “Derecho Privado”.

³⁰ Ob. Cit. Pág. 54.

³¹ Ob. Cit. Pág. 55.

Pertencen al Derecho Público las normas jurídicas que garantizan el interés general. Su objeto protegido es el bien público. Pertencen al Derecho Privado las normas jurídicas que garantizan el interés individual. Su objeto protegido es el bien privado.

El Derecho Público goza de supremacía frente al Derecho Privado. El Derecho Privado se encuentra subordinado. En la medida que el Estado asume directamente la garantía y la protección de los intereses individuales y colectivos, el Derecho se convierte específicamente en público.

El Derecho Público.- Es el conjunto de normas jurídicas que regula las actividades de los órganos del Estado en relación con las personas particulares o jurídicas. Como ejemplo tenemos el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Tributario.

El Derecho Privado.- Es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones de los particulares entre sí o las relaciones de éstos con el Estado. Como ejemplo tenemos el Derecho Civil, el Derecho Mercantil”.³²

Hablar de derecho público, es fijar la mente en las normas que rigen el accionar del Estado, normativa que están para garantizar el interés general, por lo tanto gozan de supremacía frente al derecho individual o privado.

Por otro lado el derecho privado, es aquella normativa que rigen exclusivamente las relaciones contractuales entre particulares o entre estos y el Estado, por lo tanto el mismo está subordinado al interés público.

Juan Carlos Cassagne citando Eduardo García Máynez y otros autores, respecto a la temática de nuestro estudio manifiesta: “Otra de las teorías más conocidas, generalmente aceptada por los jus-publicistas, es la que se apoya en los aspectos de subordinación o coordinación que presentan las normas”. “El Derecho Público sería aquel caracterizado por regir relaciones de subordinación que traducen una desigualdad entre las partes, mientras en el Derecho Privado ellas serían de coordinación, estando los sujetos en una relación de igualdad. En el primer supuesto, se dice, “la justicia tomaría la forma de justicia distributiva, y en el segundo, de conmutativa”.³³

Entre las teorías más aceptadas en relación al Derecho Público y Privado, es aquella que hace relación a la subordinación o coordinación de las normas que rigen este tipo

³² Ob. Cit. Págs. 91 y 92.

³³ Ob. Cit. Pág. 83.

de derecho.

El Derecho Público, pasaría a regir la relación de subordinación entre las partes que intervienen, por lo tanto estaríamos ante una situación de desigualdad, en la que el Estado a través de sus diferentes estamentos siempre gozará de supremacía sobre la otra parte.

En cambio el Derecho Privado de acuerdo a esta teoría, adoptaría la posición de coordinación entre las partes intervinientes en los contratos, por lo tanto dicho derecho serviría única y exclusivamente para regular dicha relación y pondría a las mismas, en condiciones de igualdad.

Se asemejaría en el primer caso a la propiedad distributiva y el segundo a la propiedad conmutativa, de acuerdo a las reglas matemáticas.

2.5 El derecho sustantivo y adjetivo

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, los define así: **“El Derecho Sustantivo.-** Es el conjunto de normas jurídicas que establecen derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen en una relación jurídica. El sujeto con derechos tiene la facultad de obrar; y, el sujeto con obligaciones tiene la sujeción de cumplir”.

Este tipo de Derecho, a través de sus normas, regula los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en una relación jurídica, es decir de una relación bilateral, como por ejemplo podemos anotar el Código de Comercio. En donde se regulan los derechos de una de las partes y las obligaciones de la contraparte que debe cumplir con dichas obligaciones contraídas.

“El Derecho Adjetivo.- Es el conjunto de normas jurídicas que regulan los procedimientos a seguir los sujetos activos y pasivos en la función jurisdiccional, tomando en cuenta como fundamento para la acción procesal al derecho sustantivo. El Derecho adjetivo califica los procedimientos a seguir los sujetos de derechos sustantivos”.³⁴

En cambio este tipo de Derecho, regula a través de sus diferentes normas, los procedimientos jurídicos que deben seguir las partes involucradas en un proceso jurídico determinado y que pretenden hacer efectivos los derechos sustantivos.

Así por ejemplo, tenemos el Código de Procedimiento Civil, normas adjetivas civiles,

³⁴ Ob. Cit. Pág. 93.

que hacen posible y viable a través de un proceso determinado el ejercicio pleno de derechos y obligaciones, que nacen del derecho sustantivo y que son exigibles producto de acto contractual específico.

2.6 El derecho positivo

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, a este respecto manifiesta: **“El Derecho Positivo.-** El Derecho en su doble aspecto de “Objetivo y Subjetivo” constituye lo que se ha dado en llamar “Derecho Positivo”. Concretamente, es el ordenamiento jurídico vigente, escrito, establecido por los poderes del Estado, en un momento del proceso histórico de la sociedad.

El positivismo rechaza la especulación metafísica, y se limita al campo de la investigación científica, por medio de la observación y experimentación de los hechos. Concibe al derecho como un producto histórico; como un mandato del pueblo soberano; y como un imperativo del poder de los gobernantes. El positivismo, cuyo autor es el filósofo Augusto Comte, invadió todas las ramas de las ciencias sociales, inclusive la jurídica”.³⁵

El Derecho Positivo, no es otra cosa que la dualidad del Derecho en sus aspectos objetivo y subjetivo, es aquel Derecho que se encuentra plasmado en el ordenamiento jurídico vigente; y que se ha impuesto por los poderes del Estado en un momento histórico determinado de la sociedad a la cual se aplica.

El positivismo tiene como máximo representante al filósofo Augusto Comte. El positivismo parte su estudio en la observación y experimentación. Por lo tanto concibe al Derecho como el producto histórico y de los hechos reales y no como las especulaciones metafísicas; es decir, como un mandato del soberano e impuesto por los gobernantes.

El Dr. Paúl Carrión González, citando a Eduardo García Máynez “El derecho positivo es el sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada.”³⁶

Eduardo García Máynez, concibe al Derecho Positivo, como el conjunto normativo que nace de la Autoridad legalmente establecida; la misma que ha utilizado un mecanismo preestablecido e imperante en un Estado de Derecho.

El Dr. Paúl Carrión González, citando a Antonio Piccato Rodríguez, “De este modo,

³⁵ Ob. Cit. Pág. 93.

³⁶ Ob. Cit. Pág.53

entendemos por derecho positivo el sistema de normas coactivas establecidas por una autoridad centralizada, en observancia a los requisitos, formales o materiales, que el propio sistema establece para su creación...”³⁷

Por su parte Antonio Piccato Rodríguez, concibe al Derecho Positivo como aquel sistema de normas jurídicas que nacen de la autoridad competente y que para su creación aplica procedimientos formales y materiales que dicho sistema de creación le proporciona.

2.7 El derecho administrativo

El Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, manifiesta: **“El Derecho Administrativo.-** Es el conjunto de normas, reglas, y principios jurídicos relativas a la creación, organización y funcionamiento de los servicios públicos en beneficio de las personas particulares. Pertenece al Derecho Público.

En el Derecho Administrativo hay dos elementos que se complementan entre sí: el jurídico y el técnico. La importancia del elemento jurídico radica en garantizar los derechos de los servidores, como a proteger a los administrados de los excesos de poder que la administración puede cometer en la prestación de sus servicios. Hoy en día tiene que ver con la creación, organización, funcionamiento y control de los servicios. La importancia del elemento técnico radica en la planificación, ejecución, coordinación, control y evaluación de los servicios de acuerdo con la ciencia de la administración para su mejor utilidad en el desarrollo socio-económico; y en fomentar la eficacia de los actos y decisiones administrativas.”³⁸

El Derecho Administrativo, es aquel que a través de su normativa, regula la creación, organización y funcionamiento de los servicios públicos. Pertenece al Derecho Público. El derecho administrativo está íntimamente interrelacionado con el derecho constitucional.

El Derecho Administrativo, está constituido de dos elementos, uno jurídico, que se encuentra encaminado a garantizar los derechos de los servidores y a proteger la de los administrados, que en un momento determinado pueden verse vulnerados por los excesos de poder por parte de la administración pública; y, un elemento técnico, dirigido a la planificación, ejecución, coordinación, control y evaluación de los servicios públicos, en relación con la ciencia de la administración.

³⁷ Ob. Cit. Pág. 54.

³⁸ Ob. Cit. Pág.22.

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, conceptualizan así: “A) El derecho administrativo es un derecho público.- Hay que decir que el derecho administrativo es un derecho público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la administración pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitente y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre tales relaciones afectan solo a contados y excepcionales sujetos), es lícito decir que el derecho administrativo es el derecho público interno por excelencia del Estado.

El derecho administrativo está íntimamente interrelacionado con el derecho constitucional, en su sentido estricto de derecho de la Constitución en cuanto norma jurídica. Sin embargo, este enuncia los principios básicos del ordenamiento, por la propia superioridad que dentro de este presenta la Constitución misma, de modo que su superioridad sobre el derecho administrativo, como sobre cualquier otra rama del ordenamiento, no es discutible; por otra parte, su ámbito material es también más extenso, puesto que abarca los aspectos del Estado que exceden de los propiamente administrativos. Ahora bien, esas diferencias materiales no concluyen en separación de ambas ramas, antes bien postulan una relación permanente entre las mismas, como se manifiesta en el tratamiento conjunto de las dos por los mismos especialistas, que es común en todo el mundo occidental...”³⁹

El Derecho Administrativo, pertenece al Derecho Público por excelencia, es el medio de realización de toda actividad que desarrolla la administración pública, afectando positiva o negativamente a los servicios públicos y a los administrados.

Entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, existe una correspondencia, en la cual los principios y derechos fundamentales que rigen la Constitución se detallan y desarrollan de mejor manera, lo cual se hace visible en el ejercicio y aplicación de las normas administrativas y en la puesta y funcionamiento de los servicios a los cuales aplican.

2.8 Características del derecho administrativo

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, a este respecto manifiestan: “...Dichas características giran en torno, naturalmente, a la singularidad de los sujetos que el

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA. EDUARDO Y RAMÓN FERNANDEZ TOMÁS. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Temis S. A. 12a. Edición. Bogotá-Lima. 2008. Pág. 18.

derecho administrativo regula. La administración pública personifica el poder del Estado; es por ello una potentior persona, un personaje poderoso, cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público (HAURIOU). La administración pública, que, como ya hemos visto, asume el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia (Const., art. 103.1), dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados.

Así por ejemplo, puede crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales (por ejemplo, adquirir de los particulares bienes o derechos sin contar con la voluntad de estos mediante la expropiación forzosa) e, incluso, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones-privilegio de decisión ejecutoria y acción de oficio-(por ejemplo, cobrar una multa de apremio, llegando, si es necesario, a enajenar los bienes del deudor para satisfacer de este modo su crédito).

Para producir estos extraordinarios efectos no necesita acudir al juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tiene necesidad, por tanto, de acudir a los tribunales en juicio declarativo para obtener una sentencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del juez, aunque sea finalmente controlable por este.

Por otra parte, a diferencia también de lo que ocurre con los simples particulares, la administración no necesita acudir a los tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos. Dispone, como hemos dicho, de medios propios de ejecución. Puede, en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los tribunales (privilegio de autotutela).

La virtud ejecutiva de sus actos arrastra también otra importante consecuencia: el traslado a los particulares afectados por dichos actos de la carga de impugnarlos jurisdiccionalmente. El control jurisdiccional de los actos administrativos tiene así en principio un carácter impugnatorio, que matiza de forma importante, como en su momento veremos, la mecánica procesal. Este control de los actos administrativos se lleva a cabo mediante un orden jurisdiccional diferente al civil, de carácter judicial, pero especializado: la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que la administración comparece, como regla general, en la más cómoda posición de demanda, adoptando los particulares que impugnan sus actos la posición de demandantes.

Por lo demás, la simple impugnación ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos no priva a estos de su fuerza ejecutiva. El recurso contencioso-administrativo no suspende por sí mismo, como regla general, la eficacia del acto impugnado, que, a pesar del proceso trabado, puede desplegar todos sus efectos, salvo que los tribunales acuerden la suspensión de los mismos, o dispongan otras medidas cautelares.

El control jurisdiccional de la actividad de la administración resulta ser, por consiguiente, sin perjuicio de otras posibilidades, un control a posteriori, ex post facto. La actividad de la administración en el ejercicio de sus propios poderes, cuando se ejercita mediante el procedimiento legalmente establecido, no puede ser turbado ni obstaculizado por los tribunales fuera del ámbito de la justicia administrativa o de las formas procesales de los demás procesos cuando resulten procedentes contra la administración. Un tribunal de conflictos resuelve los problemas que pueden suscitarse al respecto.

Los bienes de la administración cuentan también con un status privilegiado. Los de dominio público, es decir, los afectados a la utilidad pública, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y la administración titular de los mismos puede recuperar su posesión perdida sin necesidad de ejercitar acción judicial alguna. La misma propiedad privada de la administración (bienes patrimoniales) es una propiedad privilegiada, y caso de perderse su posesión, puede ser recuperada de oficio en el plazo de un año sin acudir tampoco a los tribunales.

Esta sumaria descripción de privilegios no puede, sin embargo, inducir a equívocos sobre el carácter del derecho administrativo. Junto a los privilegios en más que hemos mencionado hay también privilegios en menos (RIVERO). La administración es, con toda frecuencia, menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la ley y atenerse a los resultados. No puede tampoco formar libremente su voluntad. No puede ser arbitraria o parcial, como puede serlo cualquier particular con su patrimonio. La ley la obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final. Esta decisión, si es favorable para terceros, si declara derechos, no puede ya ser modificada por la administración que la adoptado, que queda vinculada a ella en términos muy estrictos.

Por otra parte, el derecho administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo a la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad

de la administración debe ser indemnizada); otras, de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales para controlar la legalidad de su actuación)...”⁴⁰

De hecho otros autores muy bien conocidos, le atribuyen al Derecho Administrativo otras características que son muy respetables, pero que a mi criterio, las que enfocan los maestros españoles son las adecuadas. Así por ejemplo tenemos la Administración Pública, personifica el poder del Estado; y, por tanto es un personaje poderoso, que está en la capacidad crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales, es decir que dispone de un elenco de potestades exorbitantes.

Otra característica muy peculiar del Derecho Administrativo y específicamente de la administración pública, es la capacidad de ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones; pues sus actos administrativos constituyen verdaderos títulos ejecutivos que no requieran la declaración de parte de un juez o tribunal para ser tales y que pueden ser cobrados por la vía coactiva a los administrados.

El traslado de la carga de la impugnación jurisdiccionalmente a los particulares de los actos administrativos, es otra característica del Derecho Administrativo, que pone en posición privilegiada a la administración pública frente a los ciudadanos comunes.

El acto administrativo objeto de la impugnación no pierde por este hecho su fuerza ejecutiva, o su eficacia, salvo que los tribunales ante los cuales se los impugna, resuelvan su suspensión; esta es otra característica que distingue a nuestro Derecho Administrativo.

Otra característica que privilegia al Derecho Administrativo, es que los bienes públicos gozan una posición de privilegio, es decir que son inembargables, inalienables e imprescriptibles y pueden ser recuperados con mucha facilidad si su posesión ha sido turbada.

Nuestro Derecho Administrativo, obliga a la sujeción de procedimientos para la formación de la voluntad, so pena de generar la nulidad de la decisión final. Esta es otra de las características de nuestro derecho en estudio.

⁴⁰ Ob. Cit. Págs. 25,26 y 27.

El accionar de la administración pública, que lesione derechos en los administrados, está sujeto a ser indemnizados, con lo cual se garantiza que esta observe los procedimientos previstos en la ley, al momento de obrar y dictar actos administrativos en contra de los particulares.

En conclusión, estas son las características que los maestros españoles señalan y revisten al Derecho Administrativo y que los aplica directamente la administración pública; características que la pone en una posición privilegiada frente a los administrados.

2.9 Principios del derecho administrativo

Entre los principales principios jurídicos esenciales que rigen la organización administrativa podemos citar: jerarquía, competencia, centralización, descentralización; y, legalidad.

Juan Carlos Cassagne, citando a otros autores la conceptualiza así: **“LA JERARQUÍA: CONCEPTO Y CONSECUENCIAS.**- La jerarquía ha sido definida en el siglo XIX como “el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados”, aunque en realidad se trata del principio que los reduce a unidad y la recíproca situación en que están los órganos en una entidad.

Su noción difiere de las de autarquía y autonomía, pues mientras éstas implican una relación entre sujetos, la jerarquía constituye una relación entre órganos de una misma persona jurídica.

Si bien la jerarquía implica siempre una relación, ella se basa en la preexistencia de una serie de órganos, caracterizados por dos figuras típicas de toda organización: la línea y el grado. La línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos en sentido vertical, mientras que el grado es la posición o situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea. Sin embargo, existen también en la organización administrativa órganos fuera de las líneas jerárquicas, que por lo común desarrollan actividades de asesoramiento en el planeamiento general. Este tipo de órganos constituye una institución que en la ciencia administrativa se denomina staff and line.”⁴¹

El principio de jerarquía, parte del hecho cierto que la misma se da en una relación entre órganos de una misma persona jurídica. Aquellos órganos, los podríamos denominar la línea y el grado. La línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos

⁴¹ Ob. Cit. Págs. 265 y 266.

que se posicionan en sentido vertical. En tanto que el grado, es la situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha posición vertical o línea.

Uno de los problemas más importantes que presenta este principio en estudio, es probablemente lo relativo a la obediencia que tienen los órganos inferiores y que se origina en el vínculo de subordinación que los une con los órganos superiores de la Administración Pública.

Dicha problemática se enfoca en tres aspectos, así por ejemplo: a).- La reiteración.- Que consiste en la observación que puede realizar el inferior a un acto ilegal, sin embargo el superior puede ratificarlo pese a dicha observación, quedando el inferior exento de responsabilidad; b).- El reconocimiento que hace la doctrina al inferior, la facultad de ejercer un control formal de la orden que recibe del superior; c).- El reconocimiento doctrinario que ratifica el derecho del subordinado de realizar la observación de la validez material de la orden que recibe del superior.

Juan Carlos Cassagne, citando a otros autores define al principio de la competencia, de la siguiente manera: “La competencia puede considerarse desde muchos puntos de vista y su significado ha originado grandes desacuerdos doctrinarios. Ella puede analizarse en su condición de principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado y, también, en su faz dinámica y concreta, como uno de los elementos esenciales del acto administrativo.

En el plano de las organizaciones públicas estatales constituye el principio que predetermina, articula y delimita la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades públicas

del Estado con personalidad jurídica.

Desde otra perspectiva, la competencia puede ser definida como el conjunto o círculo de atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos públicos estatales o bien con un alcance jurídico más preciso, como la aptitud de obrar o legal de un órgano o ente del Estado...El error en que incurren los partidarios de la distinción deriva de definir la competencia como la medida de la potestad de un órgano, siguiendo un criterio similar a la doctrina procesalista que caracteriza a la competencia como la medida de la jurisdicción, mientras que la competencia consiste en la aptitud legal para ejercer dichas potestades y ser titular de ellas.

Esa competencia tiene, ante todo, una raíz objetiva, en el sentido de que a partir de la formulación del régimen administrativo napoleónico, ella no surge más de la sola voluntad del monarca o funcionario, sino que se hallará predeterminada por la norma. Este principio de objetivación de la competencia no implica, empero, la eliminación de la actuación discrecional en la elección del criterio o de la oportunidad para dictar el pertinente acto administrativo, pero exige que la aptitud legal del ente o del órgano de la Administración se base en una norma objetiva.”⁴²

El principio de competencia.- Desde el punto de vista de las organizaciones públicas estatales, predetermina, articula y delimita las funciones administrativas que desarrollan los órganos y entidades públicas del Estado con personalidad jurídica.

Desde otra ángulo, la competencia puede ser vista como el conjunto de atribuciones y facultades atribuidas a los órganos y a los sujetos públicos estatales en su obrar diario.

Pero queda resaltar, que dicha competencia, no surge arbitrariamente como en el régimen monárquico de la sola decisión del Rey o funcionario pertinente; sino que hoy dicha competencia nace exclusivamente de la norma jurídica previamente establecida; es decir tiene una raíz objetiva; esto es a partir del régimen administrativo napoleónico. Sin embargo la decisión que adopte dicho funcionario, no elimina el velo de la actuación discrecional en la elección del criterio o de la oportunidad para pronunciar el acto administrativo. Lo que si se exige, es la aptitud legal del órgano de la administración en base a la raíz objetiva.

Juan Carlos Cassagne, respecto a los principios de centralización y descentralización y citando a otros autores manifiesta: “Se puede afirmar que un país adopta el principio de la centralización como su rasgo predominante cuando todas las cuestiones de importancia son resueltas por los órganos centrales de la Administración, mientras que, por el contrario, cuando las facultades decisorias se encuentran también adjudicadas a entidades que constituyen la llamada Administración descentralizada o indirecta del Estado, la técnica utilizada se denomina descentralización.

Tanto el principio de la centralización como el de la descentralización admiten distintos enfoques de acuerdo con la rama científica en que se analicen, ya que son susceptibles de utilizarse en su significación política (relacionados con la libertad de los ciudadanos en independencia o autonomía de los entes), desde el punto de vista de su eficacia (Ciencia de

⁴² Ob. Cit. Págs. 268 y 270.

la Administración) o bien, en el encuadre estrictamente jurídico de la organización administrativa.

Sin embargo, todas sus aplicaciones responden al interrogante común acerca de si las competencias para cumplir los cometidos estatales deben agruparse sólo en los órganos de la persona jurídica pública Estado (Administración central o directa), o si, en cambio, ellas deben ser adjudicadas a otras entidades estatales con personalidad jurídica.

La existencia de personalidad jurídica en el organismo estatal al cual se le encomiendan nuevas actividades o simplemente se le transfieren las competencias ya existentes, constituye un presupuesto de la descentralización administrativa, mientras que en la centralización las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos de la Administración central.⁴³

El principio de Centralización, hace referencia que en un Estado o país, adopta dicho principio cuando sus asuntos que revisten gran importancia, son tratados por los órganos de la Administración Central o directa. Para la aplicación de este principio, las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos de la Administración Central; lo que lo diferencia del principio de la descentralización o indirecta.

Por su parte el principio de descentralización o indirecta del Estado, hace relación, que se transfieren las facultades o competencias hacia entes locales, independientes y representativos de parte de la Administración Central. Es importante destacar que para la aplicación del principio de descentralización, se hace imprescindible la existencia de personalidad jurídica en el órgano estatal que se le encomienda las actividades estatales o a la cual se le transfieren las competencias.

Nuestro Derecho Administrativo y la legislación internacional, recogen al principio de legalidad como uno de los principios fundamentales del Derecho Administrativo, así por ejemplo lo expresa el profesor García de Enterría: “Lo verdaderamente singular del régimen de Derecho Público surgido de la Revolución, que se concreta, en cuanto a nosotros interesa, en el Derecho Administrativo, y lo que constituye la definitiva originalidad histórica de éste, es justamente ese cambio radical de concepción del sistema jurídico. La Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares

⁴³ Ob. Cit. Págs. 281 y 282.

mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos.”

“...Así la Constitución austriaca de 1920, obra en la que KELSEN influye decisivamente, como es bien sabido, dispone en su artículo 18 que la Administración del Estado en su totalidad no puede actuar sino auf Grund der Gesetze, sobre el fundamento de la Ley. Más recientemente, la Ley Fundamental de Bonn, más bien escasamente kelseniana (y aquí justamente lo demuestra), establece en su artículo 20, párrafo 3: <El poder Ejecutivo y los Tribunales sind an Gesetze und Recht gebunden>, están vinculados a la Ley y al Derecho; con esta vinculación al Derecho no plasmado en la Ley se intenta expresar precisamente el abandono del positivismo legalista, pero en cualquier caso lo que luce, a nuestros efectos, es el principio general de una vinculación general de la Administración a las normas.”.

“El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos.

Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido.

Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.”⁴⁴

Nuestro Derecho y específicamente nuestra Constitución, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el ERJAFE, etc, fieles a los dictados del Derecho Internacional se alinean y recogen entre sus normas, el principio de legalidad.

Uno de sus grandes constructores y defensores, es precisamente Kelsen, el mismo que no concebía ningún poder del Estado y sus actuaciones que no estuvieren dentro de la construcción normativa; no sólo la administración estaba condicionada por la existencia de un Derecho Administrativo, sino cada acción administrativa aislada está sujeta a la existencia de un precepto jurídico previo.

Mediante este principio, el actuar de los funcionarios, adquieren el carácter de actos administrativos solemnes y que son objeto de ser exigidos por el órgano competente;

⁴⁴ Ob. Cit. Págs. 470, 471, 476 y 478.

y, a su vez cumplidos por los administrados.

Para este principio, toda actuación del Estado, a través de la administración pública, que no esté apegada a la Ley, no podrá ser comprendida como acción de esta.

2.10 Fuentes del derecho administrativo

El Dr. Herman Jaramillo, respecto a las fuentes del derecho administrativo, lo define así: “Fuente significa la causa que ha dado origen al nacimiento del Derecho. El término fuente ha dado lugar a una metáfora sencilla y repetida pero expresiva y técnica. En sentido figurado apreciamos que, buscar la fuente de un río, es encontrar el lugar de donde brotan las aguas a la superficie de la tierra, y que encontrar la fuente de una institución jurídica es hallar en las profundidades de la vida social el origen que ha dado lugar al apareamiento del Derecho. En la expresión fuente sobresalen dos acepciones: fuente en sentido de causa o fuerza creadora del Derecho (fuente material); y fuente en sentido de cómo se manifiesta el Derecho en la sociedad (fuente formal).

Las fuentes del Derecho encuentran su más sólido punto de apoyo en las “fuerzas sociales” (fuente material); y en el procedimiento o forma cómo el Derecho se exterioriza hacia la vida real (fuente formal).

Esta dualidad de aspectos significa el apareamiento de las fuentes “materiales” y de las fuentes “formales”. Por lo tanto, inquirir sobre las fuentes jurídicas, como la contabilidad gubernamental, la auditoría, la contratación administrativa, es buscar en las profundidades de la vida social, en la “conciencia jurídica popular”, en el “espíritu del pueblo” el origen de tal o cual derecho.

Técnica y jurídicamente Federico de Castro define a las fuentes del Derecho como “cada fuerza social con facultad normativa creadora”.⁴⁵

La fuente es sinónimo de manantial literalmente hablando, es el punto de donde nace el agua de la tierra. En nuestro caso en estudio la fuente del derecho estaría dado por las fuerzas sociales, compuesta de una dualidad fuentes formales y fuentes materiales.

La fuente del derecho sería la manifestación en donde el derecho se exterioriza y se hace visible. Pues si tomamos al derecho como algo a ser descubierto, significaría

⁴⁵ Ob. Cit. Págs. 29 y 30.

que este ya está preconcebido o elaborado, lo cual afianza la doctrina del Derecho Natural.

Fuentes Materiales

“Son todas aquellas “fuerzas sociales” que engendran el apareamiento de las normas jurídicas; o, aquellas formas de la vida social que directa o indirectamente contribuyen en el génesis del Derecho. Estas fuentes son anteriores al apareamiento de las instituciones jurídicas, que sirven para aclarar las variaciones de sus contenidos en el espacio y en el tiempo, y expresar las peculiaridades de los distintos sistemas del Derecho dominantes en la historia y en el mapa jurídico”. Entre las fuentes materiales directas tenemos a las fuerzas sociales que dan lugar a las costumbres jurídicas; los órganos legislativos que dan lugar al nacimiento de la ley; y los tribunales de justicia que generan jurisprudencia. Las fuentes materiales indirectas nos ofrecen un campo ilimitado de cultura general; y son todas aquellas concepciones ideológicas que en forma remota o mediata influyen en el génesis, evolución y transformación del Derecho, como las doctrinas filosóficas, políticas, económicas, religiosas, morales, científicas, técnicas, etc.

Francisco Carnelutti, sostiene que las fuentes materiales en la “sociedad” actúan en la vida práctica imponiendo derechos y deberes, disciplinando y consolidando las relaciones de las personas dentro de los grupos humanos. Estas fuentes son de la más variada índole y extensión, v.gr. el Estado, Municipios, Sindicatos, Asociaciones, Corporaciones, Partidos Políticos, Comunidad Internacional, Familia, en tanto y cuanto implican relaciones de autoridad, de mando y subordinación.

Estas fuentes de por sí “prejurídicas” se extienden en todos los grupos sociales de una manera “infra, supra o para estatales”.⁴⁶

Las fuentes materiales del derecho, constituyen aquellas fuerzas sociales que dan origen al derecho como: el Estado, los municipios, sindicatos, la familia, etc. Estas fuentes son anteriores al apareamiento de las instituciones jurídicas.

Las fuentes materiales directas más comunes son: fuerzas sociales, los órganos legislativos y los tribunales de justicia.

Entre las fuentes materiales indirectas tenemos: concepciones ideológicas: doctrinas filosóficas, políticas, económicas, religiosas, etc.

⁴⁶ Ob. Cit. Págs. 30 y 31.

Fuentes Formales

“Son los procedimientos técnico-jurídicos que sirven para exteriorizar el Derecho en la sociedad. Estos procedimientos que se dan en los diferentes poderes del Estado, se distinguen por el órgano de donde emana ese derecho. Así por ejemplo, la ley proviene del poder legislativo; la jurisprudencia del poder jurisdiccional; y la costumbre jurídica por poder social. En cada canal en forma lenta y precisa decurre la sabia jurídica.”⁴⁷

Las fuentes formales, vendrían a ser aquellos procedimientos técnicos-jurídicos empleados por los diferentes estamentos de los poderes del Estado, a fin de hacer posible y exteriorizar el Derecho en la sociedad.

Fuentes Administrativas

“Las fuentes administrativas, son las que emanan de la propia administración sin apartarse de las fuentes positivas;...”⁴⁸

Las fuentes administrativas, vendrían a constituir los acuerdos, resoluciones, los instructivos, circulares; y manuales administrativos, que surgen de la misma administración pública y de su quehacer diario.

⁴⁷ Ob. Cit. Pág. 31.

⁴⁸ Ob. Cit. Pág. 32.

CAPITULO III

LA AUTORIDAD Y LA POTESTAD PÚBLICA

3. 1 La administración pública

El Dr. Herman Jaramillo, respecto a la Administración Pública y sus fundamentos jurídicos nos indica: "...La administración como un "ejercicio de poder" es un conjunto de órganos e instituciones jurídicas, organizadas, coordinadas y subordinadas de acuerdo con la ley. Su fundamento principal y constitucional es prestar servicios eficientes a la colectividad. A pesar de la complejidad de sus tareas y de la jerarquía de poderes, la administración se identifica con los principios ético-jurídicos de la responsabilidad, la honradez, la honestidad, la disciplina, el orden y el espíritu de trabajo. Para garantizar mayor eficiencia administrativa, hay que contar con recursos materiales y financieros; racionalizar las funciones de las autoridades; estimular a los servidores con justas remuneraciones y capacitarlos técnicamente. La administración, debe ser, cada vez más, una organización planificadora y previsor de los efectos de sus decisiones".⁴⁹

La administración pública, constituye todo un entramado técnico-jurídico, controlado, coordinado y aplicado por los diferentes órganos del poder estatal que se someten a la voluntad de la ley; y direccionados a prestar servicios eficientes y de calidad al gran conglomerado social en el cual se aplica y se pretende servir.

Por su lado el Dr. Jorge Zavala Egas, respecto a la diferencia entre Administración Pública y Privada lo define así: "Comencemos por develar una realidad: las Administraciones públicas realizan una serie de actividades que son materialmente iguales a las que realizan los particulares; empero la diferencia existe, es de relevante trascendencia y se centraliza en el sujeto que las realiza y en los fines que se persiguen, pues, para el sujeto que constituya una Administración pública siempre será, la finalidad, de interés general o podrá ser la prestación de un servicio público y, para el particular, siempre será, generalmente, el lucro..."⁵⁰

Las actividades que realiza tanto la administración pública y la privada, son materialmente similares, la diferencia viene dada por el sujeto que la realiza y los fines que persigue. Así por ejemplo para el sujeto que administra la cosa pública siempre será la persecución del bienestar general y para el sujeto particular o empresario privado, siempre será la persecución del lucro.

Continúa el Dr. Zavala Egas con su ilustración: "..., toda Administración pública tiene un concepto que surge de la determinación de tres elementos: el sujeto-poder público que

⁴⁹ Ob. Cit. Págs. 65 y 66.

⁵⁰ ZAVALA EGAS. Jorge. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Edilex S. A. Primera Edición. Guayaquil-Ecuador. 2011. Págs. 213 y 214.

ejerce la función, la actividad que desarrolla, la que siempre se ejercitará para el cumplimiento de los fines específicos para los que existe. Así, para nosotros, es Administración pública todo órgano con potestad pública (elemento subjetivo) que desempeña unas funciones administrativas que le están reservadas en el marco constitucional y legal (elemento objetivo), para la satisfacción de los intereses generales (elemento teleológico o finalista). Así por ejemplo, son Administraciones públicas los colegios de abogados, sujetos general y naturalmente sometidos al Derecho privado (dice el Art. 16 de la Ley de Federación de Abogados que son <personas jurídicas de derecho privado>), pero cuando ejercen la actividad administrativa, delegada por el Estado, de sancionar a sus afiliados (Art. 17, letra o, ídem), desarrollando la potestad pública sancionadora y así, satisfacer una finalidad de interés para el Ecuador entero, ejercen actividad administrativa, propia de una Administración pública sometida al Derecho público administrativo.”⁵¹

La trilogía que surge de los elementos sujeto-poder, actividad y fin son determinantes para conceptualizar los entes que forman la administración pública.

Todo órgano con potestad pública que ejerce funciones administrativas reservadas en la Ley y la Constitución, persiguiendo con su actuar satisfacer el interés general; necesariamente está haciendo Administración Pública.

3.2 Clases de administración pública

El profesor Patricio Secaira, nos señala los diferentes tipos de administraciones públicas existentes, entre las cuales se anota:

“ADMINISTRACIÓN ACTIVA.- Es aquella clase de administración pública a la que la ley le concede facultades para el conocimiento, análisis, decisión y ejecución de asuntos determinados. Esta clase de administración es la que comúnmente existe, la que efectúa su labor de modo diario y permanente.”

Hablar de la administración pública activa, es referirse a la cotidianidad del accionar diario de la administración pública, pues en cada acto por muy pequeño que sea, está presente la administración activa.

“ADMINISTRACIÓN INDIVIDUAL.-A la que también se la denomina burocrática o jerarquizada y es aquella en la cual las funciones del órgano de la administración pública, están asignadas para que la cumpla una sola persona.”

⁵¹ Ob. Cit. Pág. 214.

Este tipo de administración, está presente en los actos ejecutados en forma individual por los titulares de la administración pública, los cuales son los responsables de las decisiones que adoptan en un caso en particular.

“ADMINISTRACIÓN COLEGIADA.- La administración pública colegiada, es aquella por medio de la cual, el procesamiento y resolución de los asuntos atribuidos legalmente al órgano respectivo, se lo realiza o se las cumple tomando en cuenta la voluntad de un conjunto de personas físicas, que de modo pluripersonal y con el mismo derecho emiten su voto u opinión sobre los distintos casos. La administración colegiada no es parte de la administración jerarquizada; pues es independiente a ella. En efecto, sí un cuerpo colegiado está integrado por varios ministros de Estado, es obvio que ninguno está subordinado al otro, aún en el caso de que dicho cuerpo sea parte orgánica de una de las carteras cuya titularidad ostenta un miembro de aquel.

En estos órganos, la resolución administrativa se la toma por mayoría de votos, luego de la respectiva deliberación.”

La administración colegiada, es aquel tipo de administración cuyo órgano está compuesto por varios miembros, entre ellos principales, suplentes, alternos y delegados; para la toma de sus decisiones debe conformarse el quorum respectivo, caso contrario sus decisiones serían nulas. Es importante destacar que este tipo de administración, es muy distinta de la jerarquizada, pues sus miembros están es el mismo nivel para emitir su opinión y su voto tiene el mismo valor que el resto de sus miembros.

“LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA.-...Se sostiene, con fundamento en lo anterior, que la administración consultiva, por el grado de importancia que tiene es efectivamente una función del Estado ya que es su deber insoslayable garantizar la seguridad jurídica, que en buen grado se logra por medio de un eficiente sistema consultivo.

La administración consultiva, en realidad no emite decisiones administrativas, sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite. No obstante, a los actos emitidos por los órganos asesores se los denomina actos consultivos de la administración y solo cuando estos son vinculantes se ligan a la decisión administrativa.”

Este tipo de administración, más bien constituye el medio de consulta de la administración pública, a fin de poder tomar las decisiones y que sus actos

administrativos estén enfocados dentro de lo legal y constitucional, garantizando así la seguridad jurídica. Sólo cuando sus dictámenes o consultas son vinculantes, forman parte del acto administrativo.

“ADMINISTRACIÓN CONTRALORA.- Es aquella que se ocupa, de auditar la acción administrativa.

Analiza y determina la legalidad de las operaciones de los órganos y funcionarios públicos.

Se caracteriza por cuanto su control alcanza a la actividad de dependencias u organismos ajenos a él; esto es, examina actos ajenos realizados por otros órganos públicos.

La administración contralora se realiza aplicando el principio de autotutela administrativa, por medio del cual es la propia administración la que tiene la capacidad de vigilar sus propias actuaciones, sea, en primer término, aplicando la ley y procedimientos debidos en las resoluciones que toma o, también por medio de la capacidad revocatoria de sus actos.”

La administración contralora, es aquella que ejerce la propia administración, ejerciendo el principio de autotutela; es la capacidad que tiene para fiscalizar sus propios actos o los actos de otros órganos o entidades.

El ejemplo más práctico es aquel que ejerce la Contraloría General del Estado, respecto de las entidades y organismos que forman parte del Estado.

“ADMINISTRACIÓN INTERIOR.- Es aquella que las entidades realizan para su propio funcionamiento y organización. No trasciende su esfera jurídica interna, por lo que no involucra actores extraños a ella.

Esta administración solo afecta al ser interior de la entidad pública y no crea efectos jurídicos fuera de su ámbito. Su propósito es optimizar el funcionamiento y el mejor cumplimiento de sus atribuciones legales.”

Este tipo de administración, es aquella cuyas decisiones únicamente afectan la estructura interna del órgano que las toma; entre las principales podemos ejemplificar: la reorganización del personal, elaboración de presupuesto, etc.

“ADMINISTRACIÓN EXTERIOR.- Es aquella por medio de la cual la acción administrativa, trasciende, rebasa su esfera jurídica interna; ya que su actividad involucra a terceros, extraños a su aparato administrativo propio.

Se distingue por cuanto su actividad genera efectos jurídicos que involucran a los administrados y su objetivo es la satisfacción del interés público.

Se manifiesta en la relación jurídica entre los administrados y el aparato administrativo; esto es entre los sujetos del llamado procedimiento administrativo.”

Este tipo de administración se caracteriza porque sus efectos jurídicos trascienden su estructura interna, involucrando a terceros; su objetivo principal es la satisfacción del interés público.

El ejemplo típico es aquel que se procede en el acto administrativo que producen los municipios, respecto a sus administrados.

“ADMINISTRACIÓN ELECTORAL.- Es aquella administración que tiene por objeto garantizar el derecho de sufragio. Ejerce actos administrativos especializados, e independientes para convocar, organizar, ejecutar procesos electorales. Proclamar resultados, entregar las acreditaciones a los triunfadores y, finalmente ejerce actividades de control y de regulación no solo del proceso electoral, sino del cumplimiento de la habilitación de candidatos, gastos electorales, entre otras.”

La administración electoral, es aquel tipo de administración que tiene por objeto vigilar el cumplimiento de los procesos electorales y velar por que se cumpla con la voluntad popular, para cumplir con su objetivo dicha administración está investida de facultades que la Ley le atribuye sobretudo en época electoral; que inclusive le permite adoptar la facultad de juez, sancionando a los infractores de la ley.

“ADMINISTRACIÓN JURISDICCIONAL.- Esta clase de administración es aquella que, siendo independiente de las funciones e instituciones del Estado, tiene competencia constitucional para administrar justicia en asuntos administrativos, expidiendo sentencias de obligatorio cumplimiento, dentro de los procesos sometidos a su decisión, en los cuales se impugnan decisiones de la administración pública. En estos procesos jurisdiccionales los administrados, terceristas y la administración pública, que son partes de aquel, tienen igualdad de derechos. Estos órganos jurisdiccionales no pertenecen a la Función Judicial”.⁵²

La administración jurisdiccional, es aquella que sin formar parte de la función judicial, está investida por la Ley y la Constitución de facultades que le permiten resolver y

⁵² SECAIRA DURANGO. Patricio. Derecho Administrativo. Texto Guía. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja. Primera Edición. Loja-Ecuador. 2010. Págs. 82, 83, 89, 94, 95, 96 y 98.

sentenciar procesos administrativos, sometidos a su conocimiento; resoluciones y sentencias que son de cumplimiento obligatorio.

3.3 Definición de autoridad pública

El maestro Patricio Secaira, respecto a la Autoridad Pública, manifiesta: “En el sentido lato autoridad es el poder que una persona tiene sobre otra para hacer alguna cosa. Se lo define también como la capacidad de las personas físicas, que en razón de su cargo, puede gobernar, legislando, ejecutando la ley o administrando justicia.....La autoridad pública presupone la existencia de un mandato moral expresado jurídicamente, por medio del cual se entrega, al titular de un órgano público, el poder de mando o magistratura. Esta capacidad jurídica no constituye por tanto una subordinación de unos hombres frente a otros, ya que la autoridad nace de la misma sociedad, la cual no solo entrega el poder sino que también se compromete a respetar las decisiones que emanan de la autoridad, sea legislando, haciendo que se cumpla la norma o administrando justicia. Es decir la sociedad entrega a las titulares de los órganos públicos una jerarquía a la que se sujetan”.

El maestro Secaira, citando al Dr. Rodrigo Borja, dice: “En su sentido más amplio (la autoridad), es el derecho de mandar, dirigir, tomar decisiones, dar órdenes o dirimir conflictos que ostenta una persona respecto de otras en el ámbito del sistema de relaciones humanas en que se desenvuelve. Usualmente la autoridad se basa en la ley pero ésta no es su único fundamento. La autoridad emana también de la estimación adquirida por una persona, de su prestigio, de la rectitud de su vida, de la eminencia de sus virtudes, de su sabiduría, de su carisma. Todo esto la vuelve respetable. Y aquí reside la fuente primordial de la autoridad. Esto se desprende del origen mismo de la palabra. ”La autoridad es el crédito de la majestad; con ella hace más en sus súbditos que con el poder, armas y suplicios”⁵³

Pretendiendo hacer un esbozo de la palabra Autoridad Pública, diré que es aquella, que nace explícitamente del mandato de la Ley; y que enviste a la persona natural de facultades y atribuciones específicas, que le permite a tal o cual funcionario obrar conforme a dicho mandato legal y constitucional en favor de los administrados, que de una u otra manera se sujetan a dicha Autoridad Pública, la respetan y acatan sus decisiones.

⁵³ Ob. Cit. Págs. 117 y 118.

3.4 Definición de potestad pública

El profesor Secaira a este respecto nos dice: “En su definición etimológica el término potestad proviene del latín POTESTAS o POTESTAIS, palabras provenientes de la raíz POT, cuyo significado es poder, poderío, potencia o facultad soberana.

La potestad es el poder público que el Estado tiene para cumplir los objetivos de su creación es la fuerza moral que, nacida de la soberanía permite gobernar a la nación. Constituye una capacidad superior, integrada por la unión de los albedríos individuales de los integrantes de una nación determinada, que son entregados al Estado, único titular del poder público para que éste tenga la autoridad moral y jurídica suficiente a fin de viabilizar el cumplimiento de los propósitos nacionales permanentes. Por ello la potestad pública es connatural a la existencia misma del Estado. La potestad no es prerrogativa, sino poder efectivo, real, mensurable, proveniente de la soberanía; puesto que, a través de ella se ejerce el gobierno del Estado en sus diversas manifestaciones: legislativa, de administración, de control.

La potestad pública es siempre unilateral, corresponde y es propia del Estado, por cuanto este

es el organismo titular del poder soberano del colectivo social; su fuerza es inicialmente moral, pero se exterioriza jurídicamente por medio de la Constitución y de las leyes y se hace efectiva por la capacidad coactiva que tiene el mismo Estado.”⁵⁴

Como lo manifiesta nuestro autor de la cita, la palabra potestad proviene de la voz latina POTESTAS o POTESTAIS, cuyo significado es poder o poderío. La potestad pública es connatural con el Estado, es decir que nace con este y a su vez es sinónimo de soberanía.

Por lo tanto diré que la potestad pública, es la capacidad moral y jurídica que tiene un Estado al obrar, en la consecución y cumplimiento de los grandes y pequeños fines nacionales, pudiendo inclusive para el fiel cumplimiento de estos, recurrir a su capacidad coactiva.

3.5 Características de la potestad pública

El profesor Secaira, a este respecto manifiesta: “La potestad pública se caracteriza por ser: **Unilateral.-** Pues proviene y es propia del Estado, único titular y representante del poder público que radica en la nación. Consulta solo el interés general.

⁵⁴ Ob. Cit. Pág. 120.

Esta característica, se refiere a que, la potestad pública, jamás puede ser bilateral, ya que es facultad exclusiva del Estado, facultad que radica en la soberanía de este, por lo tanto sus decisiones no las consulta, sino las toma en miras del interés general.

Irrenunciable.- Por cuanto la potestad nace de la necesidad que el Estado tiene de normar su actividad y del poder para hacer que se ejecute lo que dispone. Consta de modo implícito o explícito en la Constitución; razón por la cual los órganos públicos, sus titulares no tienen capacidad para renunciar su ejercicio, están obligados a cumplir el mandato estatal, ya que las funciones asignadas a cada uno de sus órganos son aspectos que pertenecen a la soberanía,...”.

Nuestra característica en estudio, se manifiesta en el sentido de que, los órganos del Estado y sus titulares, no pueden dejar de ejercer las facultades y atribuciones que nacen del Estado y su soberanía.

Imprescriptible.- La potestad no desaparece, se la pierde o se la adquiere por el transcurso del tiempo ya que es poder originario, permanente y connatural a la vida misma del Estado. Siendo la potestad una facultad soberana va de suyo que pertenece al Estado de modo permanente, intemporal, al cual no se le puede restar poder bajo ninguna circunstancia.”.

Esta característica, hace referencia a que, la potestad pública no se le puede alegar jamás por interés particular o colectivo, el beneficio de la prescripción, toda vez que al ser connatural al Estado mismo, sería equivalente a alegar que un Estado ha perdido su soberanía por el decurso del tiempo.

Intransferible.- La potestad no puede ser transferida es decir, no puede ser entregada a nadie a ningún título, ni siquiera por hechos de orden público, por cuanto es poder que nace de la nación y es entregada originaria y permanentemente al Estado.”

La potestad pública, es una facultad exclusiva del Estado, que la ejerce este a través de sus diferentes órganos y sus respectivos titulares, por lo tanto, no la transfiere a nadie a ningún título ni modo.

Inalienable.-Por cuanto la potestad pública no puede ser objeto de enajenación a título gratuito u oneroso, puesto que está fuera del comercio humano.”⁵⁵

⁵⁵ Ob. Cit. Págs. 121 y 122.

Resulta imposible que a alguien se le ocurra decir que la potestad pública, la transfiere a tal o cual precio, pues ella no se encuentra inmersa dentro de las cosas u objetos que se encuentran dentro del comercio humano, es parte intrínseca del Estado.

3.6 Clasificación de la potestad pública

El profesor Secaira, respecto a la clasificación de la Potestad Pública, manifiesta: “La potestad pública, manifestación distributiva del poder del Estado se clasifica en las siguientes:

Potestad legislativa.-Es el poder que tiene el Estado para promulgar la Constitución y las leyes de la República, la cual está reservada al Parlamento.

Es la capacidad de instituir o modificar la estructura jurídica del Estado, en ejercicio efectivo de la soberanía.”.

La potestad legislativa, es una de las aristas del poder del Estado y en ejercicio pleno de su soberanía, para a través del órgano legislativo, promulgar, reformar y suprimir leyes.

Potestad reglamentaria.- Es el poder que tiene el Estado, reservada al ejecutivo o delegada a otras instituciones públicas, para expedir normas secundarias de carácter general, que sirven de complemento al ordenamiento jurídico de un país...”.

Las leyes que expide la Asamblea Nacional, necesitan de un reglamento para poder hacer viable la aplicación de las mismas, en tal virtud dicha reglamentación está atribuida exclusivamente al ejecutivo, es en virtud de esta facultad que nace la potestad reglamentaria.

Potestad controladora.- Es el poder estatal para controlar y regular las actividades públicas o privadas y se orienta a lograr una actividad eficiente que garantice el bien común; se la ejerce por medio de entes especializados. Es una potestad que tutela la legalidad de las operaciones administrativas en todas sus derivaciones.”.

Es la potestad que tiene el Estado de controlar y supervisar, la legalidad de sus propios actos, logrando un equilibrio entre los órganos públicos y sus administrados; dicha potestad la ejerce a través de las entidades especializadas.

Potestad jurisdiccional.- Es el poder del Estado para administrar justicia. Se la ejerce, de modo general, por medio de los órganos que integran la Función Judicial....Así entonces existe una jurisdicción judicial ejercida por órganos de esa función estatal, como también una jurisdicción administrativa ejercida por órganos independientes que pertenecen a la misma administración.

La doctrina señala, que el principio de cesión de potestades públicas permite al Estado, en ejercicio de su poder soberano distribuir las en búsqueda permanente del equilibrio entre los órganos públicos que integran su aparato orgánico; así es factible que los parlamentos puedan ejercer actividades jurisdiccionales mediante el juicio político o, el ejecutivo u otras instituciones públicas tengan esas mismas prerrogativas. El mismo principio permite que el Ejecutivo se convierta en colegislador...”.

Si bien la potestad jurisdiccional, mediante el principio de unidad, le facultad a la Función Judicial, la administración de la Justicia; sin embargo a la actualidad la administración de la Justicia Constitucional está reservada a la Corte Constitucional, máximo organismo del control de la constitucionalidad de las sentencias expedidas por la función judicial; a esto hay que añadir que administrativamente existen entidades que ejercen control jurisdiccional respecto de sus propios actos. Lo que no podemos perder de vista que mediante la potestad jurisdiccional, esta facultad es exclusiva del Estado y no de entes privados.

Potestad sancionadora.-Es el poder que tiene el Estado para tipificar infracciones a la ley, determinar las penas e imponer las sanciones correspondientes, sea en el orden administrativo, civil o penal. Dentro de esta clase de potestad se encuentra las denominadas potestades correctivas y disciplinarias. Las primeras son la capacidad de ordenar las rectificaciones indispensables a fin de que la ley sea debidamente cumplida y la entidad pública alcance los mayores grados de eficacia, eficiencia y oportunidad; en tanto que la sancionadora es la potestad estatal de imponer disciplina dentro de sus órganos administrativos, alcanza precisamente a la imposición de sanciones a sus servidores que incumplen el ordenamiento legal.”.

Mediante esta potestad, el Estado, está en capacidad de tipificar el tipo de sanción que han de cumplir todos aquellos ciudadanos nacionales o extranjeros que incurran o infrinjan la ley. Adicionalmente mediante esta potestad, al Estado, le está atribuida la facultad correctiva y sancionadora; la primera, a fin de rectificar sus propios actos y la segunda, a fin de disciplinar y sancionar a sus funcionarios que transgreden la ley.

Potestad de mando.- Es el poder estatal por medio del cual la administración pública está capacitada para tomar decisiones, imponerlas a los administrados y hacer que estas sean debidamente cumplidas. Es decir es la aptitud jurídica de ejecutar las órdenes que dimanen del aparato administrativo. Es un poder autoritario de ejecución directa. Su mayor expresión es el ejecutivo. Es una de las potestades más evidentes del Estado, ya que está por encima de los intereses personales o grupales.”⁵⁶

Esta potestad, le permite al Estado hacer efectivas sus decisiones tomadas e inclusive hacer uso del órgano coercitivo de este, para lograr su cumplimiento cabal; la cual le permite al Estado poner los intereses generales por encima de los particulares.

⁵⁶ Ob. Cit. Págs. 122, 123 y 124.

CAPITULO IV

TEORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

4.1 La normativa que constituye el régimen jurídico de la resolución o acto administrativo en el Ecuador.

A este respecto el profesor Jorge Zavala Egas, manifiesta: “En el Ecuador, la Administración Pública se encuentra reconocida como organización activa del Estado por el Art. 164 de la Constitución Política, se encuentra inserta dentro de la llamada Función Ejecutiva que la desarrolla el Presidente de la República, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, expidiendo los reglamentos: a) “...necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las o alterarlas...” y, b) “los que convengan a la buena marcha de la administración” (No. 5 del Art. 171 C. Pol.), así como desarrollándola para “dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva” (No. 9 del Art. 171 C. Pol.).

La existencia de los actos administrativos como manifestación de la voluntad de la persona jurídica-Estado, a través de su complejo orgánico llamado Administración Pública, se encuentra reconocida en el Art. 196 de la Carta Política, concibiendo la imputación de tales actos a la persona jurídica-Estado. Por tanto, el centro de imputación final de tales resoluciones o actos provenientes de las administraciones públicas es la voluntad de la persona jurídica estatal.

En nuestro país, no se ha dictado aún la Ley Orgánica que regule la organización y actividad de la Función Ejecutiva (Art. 142 C. Pol.), por lo tanto prevalece la aplicación de la normativa contenida en la Ley No. 50 conocida como Ley de Modernización (LM) y el “Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva” (ERJAFE, en adelante).

Cuando el Ecuador retornó al régimen democrático lo hizo aprobando, vía referéndum, la Constitución Política que entra a regir en el mes de agosto de 1979, la misma que es reformada en varias ocasiones y todas estas reformas se codifican el 29 de mayo de 1996, texto que es publicado en el Registro Oficial No. 996 de 18 de junio de 1996, sin embargo, no se estructura aún como un Estado Social de Derecho, a lo más llega a ser uno que podríamos calificar como Democrático y de Derecho.

Al amparo de esa Constitución vigente (1979, reforma) se expide la Ley No. 50 denominada “Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada” (R.O. 349 de 31 de diciembre de 1993) y, en virtud de la delegación legislativa que prevé el Art. 40 de ésta, se expidió en el Registro Oficial No. 411 (segundo suplemento) de 31 de marzo de 1994 el “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la

Función Ejecutiva”(ERJAFE), el mismo que es objeto de reformas hasta la producida en 1992 que se publica codificada en el R. O. No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Cuando la CLD convocó a un grupo de abogados para la redacción del Estatuto nos encontramos con un panorama que lo podemos describir puntualizando los siguientes elementos:

1. Existía vigente, desde el año 1968 y que ¡aún sigue rigiéndonos!, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) que no es sino un reflejo de la Ley española de 27 de diciembre de 1956, por tanto, caduca en su normativa, dejando un amplio campo de actividades administrativas no fiscalizables por el control judicial, incluidas las llamadas potestades discrecionales; y, haciendo prevalecer, con todo su rigor inconstitucional, las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos hasta la conclusión del proceso contencioso, excluyendo la posibilidad de aplicar cualquier medida cautelar a favor del administrado, incluida la suspensión de los efectos de los actos que podían libremente ser ejecutados (Art. 76 LJCA) por la Administración, antes del proceso y durante la tramitación de éste, hasta su conclusión.
2. Es decir, nos encontrábamos ante un Poder Público Administrativo que, ejercido hacia el ciudadano tenía-como debe ser-una serie de prerrogativas exorbitantes, dejando a éste en un rol pasivo de franca subordinación, con pocas armas de defensa frente a aquél.
3. Era, pues, necesario juridificar ese Poder, elaborando una serie de limitaciones para contrarrestar su accionar y normando una serie de derechos subjetivos y garantías a favor del administrado, todo para establecer una relación más igualitaria entre Administración y el ciudadano.
4. Se trató de administravizar el Poder Público de la Administración sometiendo ésta al Estatuto que nos habíamos propuesto elaborar y que lo hicimos.
5. Era, pues, necesario, con absoluta prioridad, someter la Administración Pública al principio de legalidad, poniendo énfasis en los requisitos procedimentales y en las garantías a favor de los administrados.
6. La ampliación del control judicial sobre los actos de la Administración se logra después, con la vigencia de la gran reforma constitucional de 1998 en vigencia, que consagra el principio de legalidad (Art. 119), así como el derecho fundamental a la seguridad jurídica que contiene y del que deriva la tutela judicial efectiva y las reglas del debido procedimiento administrativo (Arts. 196, 23 y 24 de la Constitución Política), normas que confirman la derogatoria del ya citado Art. 76 de la LJCA y eliminan la prohibición de

fiscalizar judicialmente las llamadas potestades discrecionales de la Administración Pública.

De esta forma explicamos que los actos jurídicos normativos que regulan el régimen jurídico de los actos administrativos son: la Constitución Política de la República, la Ley de Modernización y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, los que se integran, para su aplicación, con los Principios Generales del Derecho Administrativo constitucionalizados o no, la jurisprudencia y la doctrina administrativa.

En cuanto a la categoría normativa del ERJAFE, en el Ecuador la Constitución vigente habilita la expedición de los llamados Reglamentos Autónomos, esto es, distinta especie de aquellos que requieren, necesariamente de Ley previa de la cual dependen y que llamamos Reglamentos Ejecutivos. Repitamos lo que ya tratamos en otra ocasión sobre el Estatuto: “En consecuencia , el Estatuto que analizamos es un Reglamento Autónomo, cuya naturaleza jurídica está determinada por la propia Constitución de la República y, ello, como dijimos , sólo hasta que el Congreso Nacional expida la Ley Orgánica, que regule la organización y actividades del Poder Ejecutivo, ante lo cual el Presidente de la República tendrá que expedir el respectivo Reglamento Ejecutivo, ejerciendo la competencia que le asigna el No. 5 del Art. 171 de la Constitución...”

Ha existido, pues, otra de las especies de delegación que es la deslegalización, técnica que consiste en dictar una norma que degrada el rango jerárquico de las normas y, en este caso, vía Constitución (Art.171, No. 9), se las ubicó en el nivel de normas reglamentarias, con competencia atribuida al Presidente de la República. La técnica de la deslegalización se limita a ese plano formal de manipulación sobre el rango... La ley de deslegalización... no es una Ley de regulación material, no es una norma directamente aplicable como <<norma agendi>>, no es una Ley cuyo contenido haya simplemente que completar; es una Ley que limita su efecto a abrir la posibilidad a los Reglamentos de entrar en una materia hasta entonces regulada por la Ley.

El ERJAFE actualmente en vigencia, precisamente, se expidió ejerciendo la atribución prescrita en el No. 9 del Art. 171 de la Constitución, así lo declara en forma expresa. Luego, la inevitable conclusión es que se trata de un Reglamento autónomo...”.

“La norma constitucional preside la regulación jurídica de los actos administrativos (Art. 272 C. Pol.) y, por ser norma específica o particular; luego, en igualdad jerárquica, se aplican los Principios Generales del Derecho Administrativo constitucionalizados que, para nosotros, tienen “eficacia derogatoria, por ejemplo, de toda norma jurídica general y cualquier

precepto infraconstitucional que contradiga a los principios constitucionalizados..”; después, en jerárquica subordinación, se aplican las normas de la Ley de Modernización y subsecuentemente las del ERJAFE (Reglamento Autónomo); luego los Principios Generales que informan el Derecho Administrativo no constitucionalizados y a los que, Luciano PAREJO ALFONSO considera “de especial importancia... en cuanto (a que es el Derecho Administrativo) rama del Derecho que, cabalmente por padecer del fenómeno de la motorización legislativa y de las disposiciones coyunturales, medida y de caso concreto, requiere más que ninguna otra de la sistematización principal; necesidad que se incrementa paralelamente al crecimiento y la agudización del aludido fenómeno...”. Finalmente, son aplicables tanto la doctrina de la jurisprudencia así como la de los autores.

Son, entre otros, principios generales del Derecho Administrativo que informan a todo el Derecho Administrativo y de obligatoria aplicación:

- El de legalidad (Art. 119 C. Pol.).
- El de la igualdad ante la Ley (Art. 23, No. 3 C. Pol.).
- El de que cualquier menoscabo patrimonial por razones de interés público, deberá ser indemnizado (Art. 20 C. Pol.).
- El de razonabilidad, por el cual ninguna Ley puede exigir requisitos que restrinjan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (Art. 18 C. Pol.).
- El de previa previsión legal de la tipificación de infracciones administrativas y de las sanciones (Art. 24, No. 1 C. Pol.).
- El derecho de defensa en cualquier estado y grado del procedimiento, incluyendo el derecho a ser oído y el de la publicidad procedimental (Art. 24 No.10 C. Pol.).
- El <<pacta sunt servanda>> (los pactos deben ser respetados. Art. 249 C. Pol.).
- Los de eficiencia, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad de los servicios públicos (Art. 249, C. Pol.).
- El de acatamiento a los tratados internacionales y su prioridad en la materia de Derechos Humanos (Art. 18 C. Pol.).

Las funciones que le asignamos a los principios, que son de total alejamiento de la doctrina civilista la que les concede tan solo un rol subsidiario, pues, en esta área el juez sólo acude a ellos ante ausencia de norma legal, tal como lo prescribe el Art. 18 del Código Civil, las desarrollamos en nuestra obra citada antes”.⁵⁷

⁵⁷ ZAVALA EGAS. Jorge. Derecho Administrativo. TOMO I. Editorial Edino. Primera Edición. Guayaquil-Ecuador. 2005. Págs.139, 140, 141, 142, 143, 144 y 145.

Hablar de la normativa que constituye el régimen jurídico de la resolución o acto administrativo en el Ecuador, es remontarse a la Constitución Política del año 1979 reformada, toda vez que tanto la Ley de Modernización del Estado y el ERJAFE, son creados al amparo de dicha normativa constitucional; este último cuerpo legal que ha sufrido diferentes reformas en el decurso del tiempo.

La Constitución Política del año 1998 que regía en nuestro país, reconoce a la administración pública como organización activa del Estado, inmersa dentro de la función ejecutiva; es decir dirigida y regulada desde la presidencia de la República, a quien la misma norma constitucional, le otorga plenas facultades, a fin de que este a través de los reglamentos que expida, viabilice la aplicación de las leyes; y, posibilite la buena marcha de la administración pública.

Esa misma Constitución, en su Art. 196, reconocía al acto administrativo como aquel que nace de la voluntad estatal, por lo tanto de la Administración Pública.

Debido a la escasa legislación que norme o regule a la Función Ejecutiva y por ende el aparato administrativo estatal, tenemos como resultado, que la famosa Ley de Modernización del Estado, es el instrumento que le permite a la administración pública organizarse y organizar sus actos; igual función cumple el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es aquella que rige desde el año 1968 y que es el fiel reflejo de la Ley española de 1956; es decir contamos con una legislación totalmente obsoleta; que no se compadece con los avances socioeconómicos de nuestro país.

Lo penoso es que dicha normativa a la que me estoy refiriendo, en nada a cambiado, pues la misma sigue rigiendo y los jueces en sus autos de aceptación a trámite para justificar la no suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados, siguen aplicando el Art. 76.

Si bien nuestro país a dado grandes cambios y avances cuantitativos y cualitativos, respecto al control constitucional de los actos administrativos y a través del control judicial; mediante la aplicación de principios como: el de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso, etc.

Sin embargo y lo digo con mucha tristeza; pues el derecho y dichas garantías constitucionales que se crearon para garantizar la protección del ciudadano frente a

los excesos del poder del Estado, hoy en día atraviesan por su peor crisis; la misma que se ve orquestada desde el ejecutivo, con la puesta en vigencia de decretos, leyes y reglamentos totalmente inconstitucionales y que vulneran su correcta y eficaz aplicación por parte de los jueces, quienes se hallan limitados de garantizar la protección al ciudadano cuanto éste la invoca, conforme lo justificaré con mis anexos.

Volviendo al análisis que rige el acto administrativo, diré que lo correcto y lógico es que exista primero la Ley y luego el Reglamento respectivo; sin embargo ocurre algo sui generis con el ERJAFE, pues este es un reglamento totalmente autónomo que no posee Ley, cuya naturaleza está dada en la Constitución.

En el desarrollo de los actos administrativos, son aplicables, en primer lugar la norma constitucional. En el mismo orden jerárquico se aplican los principios generales del derecho administrativo constitucionalizados.

En orden jerárquico descendente, se aplican las normas legales de la Ley de Modernización del Estado y seguidamente las del ERJAFE; posterior a ello los principios de derecho administrativo no constitucionalizados. Por último se aplica la doctrina.

Es importante resaltar que los principios que rigen el Derecho Administrativo y por ende el acto administrativo son: el de legalidad, el de igualdad ante la ley, el del derecho a la defensa; debido proceso, seguridad jurídica, etc.

4.2 Concepto

Nuestro Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el Art. 65, lo define al acto administrativo de la siguiente manera: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Por su parte Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

De esta definición derivan una serie de notas que han de estudiarse con alguna detención.

- a) Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales...

- b) La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento, como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto jurídico...
- c) La declaración en que el acto administrativo consiste debe proceder de una Administración, precisamente, lo que excluye, como ya hemos notado, los actos jurídicos del administrado (que son también actos jurídicos regulados por el Derecho Administrativo, pero sometidos a otro régimen sustancialmente diferente),....
- d) La declaración administrativa en que el acto consiste se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa....
- e) Hemos precisado que la potestad administrativa ejercida en el acto ha de ser distinta de la potestad reglamentaria...⁵⁸

La definición o concepto que nos ofrece el ERJAFE en el Art. 65, es eminente básico y no deja de ser una copia textual de los tratados ya existentes.

El concepto, que nos ofrecen los profesores García de Enterría y Ramón Fernández, al considerar que el acto administrativo constituye una declaración de voluntad, voluntad que permite o es el mecanismo idóneo para que los estados intelectuales y mentales afloren y se exterioricen, sean estos de conocimiento, de deseo, etc. Por lo tanto estos estados intelectuales excluyen a los meramente materiales, como por ejemplo ejecuciones coactivas, actividad técnica de la administración, etc.

El acto administrativo, se diferencia de los actos jurídicos que realiza o pueden realizar los administrados y que también los regula el derecho administrativo, en el sentido de que el primero nace o puede nacer de un ente u órgano reconocido por la ley y con competencia.

La potestad que se ejerce en el acto administrativo, aparte de que como indicamos en líneas anteriores, nace de un ente u órgano administrativo competente; se agrega un adicional que dicha potestad difiere mucho de la reglamentaria, habida cuenta de que la potestad que se ejerce en el acto administrativo, nace y está dirigido a un administrado, dicho acto afecta derechos subjetivos de este y no de la generalidad de los administrados.

⁵⁸ Ob. Cit. Págs.587,588, 589,590 y 591.

4. 3 Elementos subjetivos

Uno de los elementos subjetivos, del acto administrativo, lo constituyen los órganos administrativos.

La creación de los órganos administrativos indispensables y necesarios, a fin de que la administración pública, pueda cumplir su cometido, dentro de sus límites de competencia y producir sus propios actos administrativos; cuya responsabilidad es del Estado. A este respecto el ERJAFE nos informa: “ART.21.- DE LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS.- La Administración Pública creará los órganos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus especiales finalidades, delimitando las respectivas competencias, previo dictamen favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, siempre que ello implique egresos del erario nacional”.

Los profesores García de Enterría y Ramón Fernández, respecto a los órganos administrativos nos manifiestan: “La Administración, como persona jurídica, se compone de órganos, a través de los cuales se manifiesta y obra. Una concreción ulterior ha de precisar que sólo podrá dictar el acto considerado aquel órgano de la Administración que tenga atribuida la competencia para ello”⁵⁹

El segundo elemento subjetivo que compone el acto administrativo, lo constituye la competencia; nuestra legislación a este respecto, nos indica que es la medida de la potestad y que corresponde a cada órgano de la administración pública. Que dicha competencia es irrenunciable y que se la ejerce a través de los órganos que la tienen atribuida como propia, salvo las excepciones de delegación o avocación. Que los órganos de la administración la ejercen en razón del territorio, los grados y el tiempo.

A este respecto el ERJAFE en el Art. 84 dice: “DE LA COMPETENCIA.-La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto”.

Los profesores García y Ramón Fernández, respecto a la competencia como elemento subjetivo del acto administrativo nos ilustran: “La competencia se construye *ratione materiae* (y dentro de ella según grados), *ratione loci* y *ratione temporis*. Por razón de la materia se define en favor de un órgano un tipo de asuntos caracterizados por su objeto y contenido;

⁵⁹ Ob. Cit. Pág. 592.

por ejemplo, la atribución de asuntos a los distintos Ministerios, o, dentro de cada uno de éstos, a las distintas Direcciones Generales, etcétera; hay una materia generalmente atribuida a un ente descentralizado compuesto de órganos diversos o a un complejo de órganos jerárquicamente ligados entre sí en el seno de un mismo ente, precisándose luego para definir la competencia de cada uno de esa pluralidad de órganos una subdivisión de materias por su contenido o por su grado, incluso por su cuantía (por ejemplo, arts. 12 y sigs. LOFAGE, por lo que hace a los distintos órganos de la Administración Central o arts. 22 y sigs. LRL, por lo que hace a los distintos órganos municipales). Por razón del lugar, los órganos tienen una competencia territorial determinada, que puede ser nacional (por ejemplo, el Ministerio, el Director General) o local, referida ésta a una circunscripción concreta (regional, provincial, comarcal, municipal, de barrio), dentro de la cual únicamente pueden ejercer válidamente su competencia material.

Finalmente, la competencia puede limitarse por razón del tiempo, bien en términos absolutos (por ejemplo, disponibilidad sobre los créditos presupuestarios, que sólo es posible durante el ejercicio a que el Presupuesto se refiere, art. 62 LGP; potestades habilitadas por legislación temporalmente limitada, como Planes de Desarrollo, etc.), bien relativos (por ejemplo: art. 27 LS 76, una suspensión de licencias de parcelación, edificación o demolición puede acordarse en zonas determinadas y por el plazo de un año, prorrogable –en determinadas circunstancias- por otro año más; extinguidos los efectos de la suspensión no podrán acordarse nuevas suspensiones en el plazo de cinco años por idéntica finalidad); ha de tenerse en cuenta que normalmente el señalamiento de un plazo para resolver no implica de manera necesaria, salvo que otra cosa resulte del precepto, la definición de una competencia en tiempo circunscrito (artículo 63.3 LPC).⁶⁰

La competencia siendo un elemento subjetivo más del acto administrativo, se la ejerce, en razón de la materia por parte de los órganos de la administración pública, caracterizados por su objeto y contenido. En razón del lugar o del territorio, esta competencia, la ejercen los órganos de la administración pública, a nivel local o nacional; y finalmente en razón del tiempo, dicha competencia se la ejerce bien sea dependiendo de los términos o plazos establecidos en los planes o proyectos a realizarse.

“Finalmente, no basta con que el acto proceda de una Administración y se dicte a través del órgano competente; es menester también que la persona o personas físicas que actúen en la correspondiente declaración como titulares de ese órgano ostenten la investidura

⁶⁰ Ob. Cit. Págs. 592 y 593.

legítima de tales (nombramiento legal, toma de posesión, situación de actividad o ejercicio, suplencia legal en su caso), no tengan relación personal directa o indirecta con el fondo del asunto de que se trate, esto es, mantengan íntegra su situación abstracta de imparcialidad por no estar incursos en los deberes legales de abstención y recusación (arts. 28 y 29 LPC) y procedan en las condiciones legales prescritas para poder actuar como tales titulares del órgano (lo cual es especialmente importante en los órganos colegiales: convocatoria regular, orden del día, quórum de constitución, quórum de votación, arts. 22 y sigs.LPC). Son otras tantas normas del Derecho de organización, que condicionan la imputación de la declaración psicológica de la persona física titular del órgano al órgano mismo y, a través suya, al ente del cual el órgano es instrumento”⁶¹

El tercer y último elemento subjetivo que integra el acto administrativo, tiene que ver con la persona física que actúa como titular del órgano de donde nace dicho acto.

Por lo tanto dicha persona, tiene que estar legalmente nombrada, haber tomado posesión de su cargo, a fin de que la investidura que nace de la Ley, le permita actuar como tal y sus pronunciamientos no sean impugnables porque están viciados de nulidad.

También es menester que la persona o personas físicas que están frente al órgano correspondiente, no tengan ninguna relación o interés en el acto a pronunciarse, lo que garantiza la imparcialidad y no generaría de igual forma la impugnación por falta de esta; y, en el mejor de los casos la recusación de dicho miembro o miembros integrantes del órgano.

4.4 Elementos objetivos

Entre los elementos objetivos que integran el acto administrativo tenemos los siguientes: presupuesto de hecho, fin, causa, motivo, motivación, voluntad, contenido y forma, los cuales desarrollaremos para una mejor comprensión.

a) Presupuesto de hecho.- El Dr. Jorge Zavala Egas, a este respecto manifiesta: “La norma jurídica se estructura con dos elementos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Para efectos de la aplicación del Derecho se trata de operar una <<subsunción>>. “Se sume o se subsume el caso concreto que ha sido planteado en el supuesto de hecho de una norma jurídica. Rigurosamente. La función sería una función de constatación o de homologación: se trata de determinar si la hipótesis de la ley se realiza en el supuesto de

⁶¹ Ob. Cit. Págs. 593 y 594.

hecho...”. La norma así, en una primera parte, por la relación de los hechos materia de su prescripción que, en razón de su incorporación normativa, asumen la característica de constituir supuesto de hecho que tiene las siguientes características:

- i) Es general, por cuanto en él se puede adecuar un número indeterminado de casos concretos y reales, que son así objeto de igual regulación.
- ii) Es hipotético, pues se ha previsto como un hecho que puede suceder u ocurrir, pero no implica que necesaria e ineludiblemente va a ocurrir.
- iii) Es abstracto, porque la norma al adoptar el hecho producido en la realidad, lo toma sólo en su formación esencial, produciendo un esquema como fórmula.

La segunda parte la constituye la consecuencia jurídica prevista por el sistema normativo para alcanzar sus fines. El sistema jurídico se lo realiza libremente, por lo tanto, puede vincular a un supuesto de hecho cualquier consecuencia jurídica, claro está, con el límite que le impongan normas de jerarquía superior dentro del mismo ordenamiento jurídico.

El enlazamiento de la primera parte de la norma, es decir, el supuesto de hecho y, la segunda, o sea la consecuencia jurídica es una vinculación de “deber ser”, lo que faculta aseverar que la norma posee sentido práctico y directivo en cuanto expresa lo que debe acaecer, aun cuando de hecho tal vez no se produzca”⁶²

Este primer elemento objetivo que integra, el acto administrativo, se forma de dos partes a decir: a).- El supuesto de hecho, que no es otra cosa que la constatación de una hipótesis que esta integra en la ley; y si esta se adecua al supuesto de hecho. A eso hay que agregar que tiene las siguientes características: es general porque alberga a un número indeterminado de casos; es una hipótesis susceptible de que ocurra o no; y, es intangible, toda vez que es una formula; b).- La segunda parte de este presupuesto de hecho, lo forma la consecuencia jurídica; esto es, que la ley como imperativo abstracto establece una cierta consecuencia jurídica a un hecho específico. En otras palabras al cumplirse la hipótesis que se estable en la ley y al aplicarse a un hecho específico, tenemos como resultado el cumplimiento de ese presupuesto legal al hecho y por ende una consecuencia jurídica que se ve reflejada en el acto administrativo que se emite.

b) El Fin.- El Dr. Zavala Egas, invocando a García y Fernández manifiestan: “El fin del acto administrativo es el que la norma se propone y para lo cual otorga potestad al órgano para

⁶² Ob. Cit. Págs.165 y 166.

que lo concrete. “Al configurar la potestad, la norma, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico... que por de pronto es siempre un fin público... pero que se matiza significativamente en cada uno de los sectores de la actividad o institucionales como un fin específico (por ejemplo, en la potestad de policía, la seguridad pública; en las potestades sanitarias, la salubridad, etc.). El acto administrativo, en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente a ese fin típico, e incurrirá en un vicio legal si se aparta de él o pretende servir una finalidad distinta aun cuando se trate de otra finalidad pública...”⁶³

Este segundo elemento objetivo del acto administrativo; hace relación a la esencia de la ley o norma, la cual persigue siempre un objetivo implícito o explícito; esto es el beneficio público. Cuando el acto administrativo, dentro de su potestad se aparta de este fin, incurre en ilegalidad por el vicio, toda vez que sirve a otro fin distinto.

c) Causa.- El profesor Zavala Egas, a este respecto manifiesta: “Tema polémico es el de la causa, por lo que reduciremos el tema a afirmar que se trata este elemento de la congruencia entre el acto administrativo y el fin normativo propuesto para el ejercicio de la potestad administrativa que se trate. Dicen los profesores citados que “el acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico...El fin de la potestad de policía es la defensa del orden público; la causa de un acto policial concreto será su funcionalidad de hecho de que se trate...”. Para CASSAGNE la causa consiste “en las circunstancias y antecedentes de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto administrativo”⁶⁴

Podemos reducir este tema de la causa y para una mejor comprensión, en afirmar que este tercer elemento objetivo del acto administrativo, se concreta a que la causa son todas aquellas circunstancias y antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el pronunciamiento de un acto administrativo. Además cabe aclarar que este elemento constituye la congruencia entre el acto administrativo y el fin previsto en la Ley, para el ejercicio de la facultad o potestad administrativa.

d) Motivo.- A este respecto el autor citado nos ilustra: “Ahora llegamos a los motivos del acto administrativo, cuya esencialidad queda en evidencia cuando la falta de exposición de

⁶³ Ob. Cit. Págs.166 y 167.

⁶⁴ Ob. Cit. Pág. 167.

los mismos, por parte del órgano administrativo, produce la nulidad de pleno derecho de aquellos (Art. 94 y Art.129, No. 1 del ERJAFE), el primer artículo de los citados prescribe como causal de nulidad de pleno derecho, <<los actos que no se encuentren debidamente motivados>> y, la segunda norma que señalamos precisa que la nulidad de pleno derecho se concreta por violación <<de los derechos y libertades consagrados en el artículo 76 de la Constitución de la República>> y, en ésta, se prescribe en el numeral 7.1) que <<las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas...>>.”⁶⁵

Este cuarto elemento objetivo que integra el acto administrativo, se refiere a la circunstancia de hecho impuesta por la norma, como requisito necesario para poder emitir o pronunciar el acto. En otras palabras que de acuerdo a nuestra legislación vigente, la falta de motivos en el acto administrativo, acarrea la nulidad del mismo.

e) Motivación.-Continuando con nuestro autor de la cita tenemos: “También tenemos como elemento del acto administrativo a la motivación que debe ser expresa y escrita. Es la expresión de la causa del acto que permite fiscalizarlo en relación con su finalidad o fin. En determinada jurisprudencia de la Provincia de Córdoba (Corte Federal, 1988) se ha señalado que la motivación <<es la expresión o consecuencia de que el motivo o causa existe o concurre en el caso concreto, es decir, que ella consiste en la expresión de los que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto>>...Afirma el profesor José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS que <<en realidad, la motivación es la manifestación externa de la causa, motivo y fin, no en el sentido que sea un puro elemento formal sino que revela externamente lo que el acto persigue...>>. Es cierto que la mayoría de la doctrina sólo exige los antecedentes de hecho y la norma aplicable al caso concreto, pero el profesor español antes citado tiene razón al aseverar que en cuanto a que <<si la motivación tiene por objeto, como reiteradamente la doctrina ha puesto de relieve, facilitar el conocimiento del razonamiento que ha movido a la Administración a dictar un acto, es lógico que lo primero que deba indicar es el fin al que el acto se dirige...>>. Por igual, CASSAGNE afirma que la doctrina clásica limita la motivación a la enunciación de los antecedentes de hecho y de derecho (es decir a la expresión de la causa). <<Nos parece más adecuado basar el requisito de la motivación en la enunciación de las razones que han determinado el dictado del acto, lo cual permite incluir la exteriorización de otro elemento considerado esencial: la finalidad...>>. Para GORDILLO la motivación <<es una declaración de cuáles son las 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 jurídica con que la

⁶⁵ Ob. Cit. Págs. 360 y 361.

administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad...>>⁶⁶

La motivación, no es el acto simplista de la enunciación de los fundamentos de hecho y de derecho, a los cuales la doctrina nos tiene acostumbrada y su relación y pertinencia entre el uno y el otro; sino que la motivación en sí va más allá, constituyéndose en la manifestación externa de la causa, motivo y fin, en el sentido de que revela externamente lo que el acto persigue.

f).- Voluntad.- La voluntad, constituye el sexto elemento objetivo que forma parte del acto administrativo, el maestro Jorge Zavala Egas, a este respecto nos indica: “La es siempre elemento de una persona, sea natural o jurídica, por tanto se requiere la personificación de un ente para que pueda afirmarse la existencia de voluntad. Hemos visto antes que la persona jurídica-Estado actúa a través de un complejo de personas jurídicas y órganos. Éstos carecen de personalidad jurídica y constituyen un complejo de elementos materiales y humanos. La voluntad de la persona jurídica-Estado o de las personas jurídicas que conforman la Administración Pública Institucional, se manifiesta a través de los titulares (personas físicas) de los órganos de éstas, y son ellos los que exteriorizan la voluntad orgánica que se imputa finalmente a las personas jurídicas de las que son parte. <<Ha de tenerse en cuenta que la Administración...actúa a través de personas físicas, las personas titulares o agentes de los órganos que efectúan la declaración; los vicios de la voluntad (o, eventualmente, de las demás manifestaciones psicológicas), habrán de referirse, por ello a la psicología personal de dichos individuos...>>.

Así como CASSAGNE afirma que <<el Estado para el cumplimiento de sus funciones, actúa por intermedio de órganos compuestos por hombres cuyas voluntades se imputan al ente jurídico Estado...>>. Para más adelante afirmar que <<la voluntad del órgano administrativo, que es una condición esencial para su validez, juega un papel distinto que los restantes elementos (subjetivo, causa, objeto, forma, finalidad) en el sentido que estos últimos son precisamente los que condicionan y estructuran la voluntad...>>.

No olvidemos que el ERJAFE afirma que <<las Administraciones Públicas Central e Institucional sometidas a este Estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos...>> (Art. 64), con lo cual la norma positiva hace un expreso

⁶⁶ Ob. Cit. Págs. 362 y 363.

reconocimiento de este elemento del acto administrativo”⁶⁷

La voluntad constituye un elemento objetivo del acto administrativo, por lo tanto dicha voluntad siempre tendrá un elemento psicológico que es único y connatural a los seres humanos. Por lo tanto para que esta nazca a la vida jurídica y forme parte de un acto administrativo, deben existir condiciones como causa, objeto, forma y finalidad, para la estructuración, nacimiento y exteriorización de la voluntad a través del acto administrativo.

g).- Contenido.- Este constituye el séptimo elemento objetivo que forma parte del acto administrativo, el Dr. Jorge Zavala Egas, manifiesta: “También llamado objeto por ciertos doctrinantes como DROMI que afirma que <<el objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina. El objeto debe ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente. El acto debe decidir, certificar o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento... >>. Luego pasa a revisar lo que comprende el contenido del acto: 1) Natural: es el que necesariamente forma parte del acto y sirve para individualizarlo. 2) Implícito: es que el que no se establece expresamente, pues está determinado por la ley; y, 3) Eventual: se refiere a las cláusulas que la voluntad del órgano agente puede introducir en el acto en adición a las que constituyen el contenido natural, para determinar en el caso particular el efecto que debe producir el acto. Este contenido puede faltar. Finalmente, se refiere a los requisitos del contenido que debe ser lícito, cierto, posible y determinado.

Si no es lícito es antijurídico, es decir, prohibido por el ordenamiento jurídico sea a nivel de Constitución, de ley, reglamento o cualquier norma superior al acto de aplicación de ésta que es lo esencial del acto administrativo.

Debe estar acreditado de certeza, pues es necesario saber de qué especie de acto se trata, a qué personas o cosas afecta, en qué tiempo y lugar habrán de producirse los efectos queridos.

No deben tener por objeto o contenido algo imposible como ser el nombramiento como funcionario público de una persona fallecido (substrato personal); o si la cosa a la que afecta el acto ha desaparecido (substrato material) o si se pretende imponer una consecuencia jurídica no prevista por el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, una sanción disciplinaria a quien ya no está vinculado con el sector público (substrato jurídico).

⁶⁷ Ob. Cit. Págs. 367 y 368.

El ERJAFE hace relación a este último elemento:

<<Art.67.-Restricción de contenido.-Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquéllas tengan grado igual o superior a éstas>>.

Se trata de una condición más a la licitud o legitimidad del acto, en su contenido, tratando de hacer imperar el acto normativo con efectos generales sobre los contenidos de los actos administrativos de efectos particulares, sin importar el mismo o superior rango de ambas. Así por ejemplo, un Reglamento expedido por el Presidente de la República para todo el sector público, que tiene efectos generales, no puede ser contradicho por un Reglamento dictado por la Superintendencia de Bancos para su ámbito de actuación, pues el primero, por su generalidad, impera sobre el segundo que es de efectos particulares y en cuanto a su contenido.

Más adelante el mismo Estatuto prescribe:

<<Art. 121.-Producción y contenido de los actos administrativos.-

3.-El contenido del acto se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos. Sin embargo serán elementos sustanciales del acto los siguientes:

- a) Indicación del titular del órgano;
- b) Indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo;
- c) Indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y,
- d) Indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.>>.”⁶⁸

Este elemento objetivo que forma parte del acto administrativo, conocido por los doctrinarios como DROMI como objeto, quien afirma que debe reunir ciertos requisitos como: ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente.

⁶⁸ Ob. Cit. Págs. 368, 369 y 370.

El contenido del acto debe ser natural, lo cual permite individualizarlo; estar determinado por la ley; y, eventual, hace referencia a las cláusulas que el órgano agente puede introducir voluntariamente.

Por último, el contenido del acto debe ser lícito, es decir permitido en la Constitución y en la Ley.

Debe ser cierto, es decir acreditado por certeza, que especie de acto se trata, a quien afecta y en qué tiempo y lugar se producirán los efectos del mismo. Este elemento del contenido debe basarse en algo posible, por ejemplo el nombramiento a un funcionario público que esté en aptitud física y legal de aceptarlo.

De la revisión de la normativa que consta en el ERJAFE, podemos darnos cuenta que dicha legislación concuerda con lo anteriormente invocado por los doctrinarios y efectivamente guarda relación con lo indicado respecto a lo que debe caracterizar al contenido del acto administrativo.

h).- Forma.- Como último elemento objetivo del acto administrativo, tenemos a la forma, a este respecto el tratadista que venimos invocando nos dirige: “El ERJAFE es bastante explícito en la forma de producción y así como detalla el contenido de los actos, lo hace con ocasión de los requisitos formales:

<<Art.123.- Forma:

1. Los actos se producirán por escrito;
2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionarios que la reciban, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se trata de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido; y,
3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

Entendemos por forma del acto administrativo, el modo como se manifiesta la voluntad del órgano administrativo, que es el instrumento de la persona jurídica a la que pertenece. Es decir, la modalidad en que la voluntad se manifiesta....”⁶⁹

Este elemento objetivo del acto administrativo, nos hace referencia a la manifestación del mismo y como debe reflejarse el contenido. En otras palabras el acto administrativo aunque provenga de forma verbal, debe ser reducido a escrito, a fin de poderlo hacer efectivo y para que este produzca los efectos jurídicos que lleva intrínsecos.

4.5 Clases de actos administrativos

Es importante recordar que la clasificación que pretendemos estudiar, puede variar de acuerdo a la interpretación que le da cada autor, en tal virtud para el presente estudio, tomaremos la clasificación a la que hace referencia el Dr. Jorge Zavala Egas:

“1. Actos expresos y tácitos o presuntos.-Esta es una clasificación por la forma o manifestación de la voluntad orgánica y, de esta manera, son expresos los actos que contienen declaraciones formalmente realizadas por el órgano y generalmente constatables por escrito.

Son tácitos o presuntos, aquellos en los que la declaración orgánica administrativa no se manifiesta formalmente, sino que sólo se presume “a partir de determinados hechos concluyentes, de un actitud o comportamiento determinado de la Administración, particularmente del incumplimiento de su obligación legal de resolver expresamente, es decir, del llamado silencio administrativo, al que se da –según los casos- sentido positivo o negativo...”

De acuerdo a esta clasificación, los actos son expresos, cuando la manifestación de la voluntad, que nace del órgano público, se manifiesta en forma literal por escrito, lo cual le permite a la persona a la cual se dirigen sus efectos, tener una idea clara y precisa de dicho acto.

Por su parte los actos tácitos o presuntos, son aquellos que no se manifiestan como lo hacen los actos expresos, sino se presumen, en razón del comportamiento del

⁶⁹ Ob. Cit. Págs. 370 y 371.

órgano de la administración pública, que teniendo la obligación legal de manifestarse, no lo hace, tal es el caso del silencio administrativo.

“2. Actos singulares y generales

Esta clasificación nace de los destinatarios de los efectos del acto administrativo: son singulares cuando los efectos son hacia una sola persona o un grupo determinado de personas y generales cuando están direccionados a una pluralidad de personas, pero que son indeterminadas. Obsérvese que no estamos tratando de normas o disposiciones (reglamentos, ordenanzas), sino de meros actos administrativos con efectos generales como, por ejemplo, el acto administrativo de convocatoria a los aspirantes a llenar una vacante de juez. No se trata, evidentemente, de una norma o disposición, es un acto administrativo con efectos generales que se agota al momento de consumarse su fin; pero no se convierte en Derecho Objetivo o fuente de derecho ni se convierte en parte integrante del ordenamiento jurídico.”

Esta clasificación del acto administrativo en singular y general; nace del destinatario de los efectos del mismo. Son actos singulares, cuando dicho acto y sus efectos, terminan afectando una sola o grupos de personas.

Pero son generales, cuando dicho acto administrativo, termina afectando a un grupo indeterminado de personas. Aquí debemos aclarar que no se trata de ordenanzas o reglamentos, sino de actos administrativos con efectos generales.

“3. Actos constitutivos y meramente declarativos:

Los primeros (constitutivos) cuando crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas subjetivas o alteran las relaciones jurídicas de cualquier modo, los ejemplos de PAREJO son válidos: el otorgamiento de una concesión, una orden de derribo de un edificio, el nombramiento de un funcionario, etc.

Los segundos (declarativos), cuando tan solo tiene por objeto reconocer que existen esas situaciones jurídicas subjetivas o cualquier otra relación jurídica. Por ejemplo, un certificado de un registrador de la propiedad, una inscripción en el catastro municipal, etc. A éstos actos meramente declarativos son los que regula el Art. 111 del ERJAFE.”

Continuando con nuestro análisis, tenemos que actos constitutivos, son aquellos, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas subjetivas o trastocan o alteran las relaciones jurídicas ya existentes.

Por su parte, los actos meramente declarativos, son aquellos que reconocen las relaciones jurídicas o situaciones subjetivas ya existentes.

“4. Actos reglados y discrecionales: oportunidad o mérito

En el sumario de las potestades analizamos que éstas cubren toda la actividad administrativa, en esta clasificación podemos afirmar que los actos que son desarrollo de una potestad que “predetermina normativamente el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, de suerte que la actuación administrativa se circunscribe a la mera subsunción del supuesto de hecho concreto en el normativo y la extracción de la consecuencia jurídica predeterminada (sin poder introducir elemento alguno imputable a su voluntad), se denominan reglados, mientras que son discrecionales aquellos en los que la construcción normativa de la potestad permite justamente la introducción de tales elementos radicados en la voluntad de la Administración actuante.”.

Actos reglados, son aquellos, en los cuales la administración y/o el órgano correspondiente, se limita a la simple subsunción del supuesto de hecho concreto en el normativo. Sin poder introducir elemento alguno concerniente a su voluntad; en otras palabras es la aplicación pura de la normativa a un caso concreto, sin poderse salir de dicho esquema trazado por la ley.

En cambio, son actos discrecionales, aquellos que la misma norma jurídica, permite la adecuación de los mismos a la voluntad del órgano de la administración que lo dicta o pronuncia; pero la misma norma que permite esta discrecionalidad en la emisión del acto, lo circunscribe a la norma Constitucional y la Ley, de tal forma que dicha discrecionalidad, jamás puede confundirse con arbitrariedad.

“5. Actos resolutorios y de simple administración

Esta clasificación tiene mayor trascendencia por sus efectos procedimentales y procesales que por el aspecto sustantivo, es decir, cuáles son los impugnables en sede administrativa y cuáles en sede judicial.

Los actos administrativos son eminentemente resolutorios, desde su concepto mismo, pues son los que producen efectos jurídicos individuales de forma directa y, por lo tanto, ponen fin a un procedimiento administrativo, esto es, causan estado; mientras que los actos de simple administración se encuentran también definidos en el ERJAFE y no ponen fin a ningún procedimiento administrativo:

“Art. 70.- Actos de simple administración.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que sólo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos, hechos administrativos, dictados en su consecuencia ”

Los actos resolutorios, son aquellos que deciden el fondo de un asunto, pues producen efectos jurídicos individuales y de forma directa. Dichos actos ponen fin a un procedimiento administrativo; y, los mismos son susceptibles de ser impugnados en vía judicial, caso contrario causan estado.

Los actos de simple administración, son aquellas declaraciones unilaterales, pronunciadas internas o interorgánico, que se los pronuncia en el ejercicio de la función administrativa, los cuales producen efectos individuales que afectan directa e individualmente a los administrados; los mismos no ponen fin al procedimiento administrativo.

“6. Actos firmes, consentidos y confirmatorios

Acto firme es aquel respecto del cual no se hubiere presentado reclamo o recurso alguno dentro del término que la ley disponga. Se diferencia del acto definitivo que se distingue por decidir un asunto por el fondo poniendo punto final a un procedimiento administrativo; pero que, por ello, es impugnable. Tampoco es análogo al acto que pone fin a la vía administrativa que es el que siendo definitivo en sede administrativa, abre la posibilidad de la acción contencioso administrativa en sede judicial. “Constituye una subespecie del acto definitivo, cabalmente aquélla calificada por dejar expedita la vía judicial, es decir, por consistir el acto, en su caso, en la resolución del último recurso deducible en vía administrativa contra un previo acto definitivo, recaído en un procedimiento inicial.”.

Se cualifica como acto consentido aquel que se cumple voluntariamente por el administrado o el que no es objeto de impugnación o recurso por propia voluntad del particular afectado.

Los actos confirmatorios son los que reproducen de otro u otros anteriores, en los que puede haber diferencias en su texto literal, pero que requieren de total identidad en todos los elementos entre el original y el que lo confirma o lo reproduce. “Sobre estas bases, la apreciación del acto confirmatorio o reproductorio requiere una identidad absoluta...”

Actos firmes, son todos aquellos, de los cuales no se han interpuesto recurso alguno, dentro de los términos que establece la ley, por lo tanto los mismos alcanzan su firmeza por el ministerio de la ley.

Actos consentidos, son aquellos que los consiente el administrado y que no son impugnados por el administrado afectado.

Actos confirmatorios, son aquellos que reproducen de otros, en los que puede haber diferencias, pero que requieren de total identidad de todos los elementos entre el acto original y el que confirma.

“7. Actos favorables y actos de gravamen

Los actos favorables son positivos, para el o los destinatarios, en cuanto a la ampliación de sus bienes jurídicos, dándoles o reconociéndoles un derecho o una facultad, desobligándolos del cumplimiento de un deber, en definitiva, causando una ventaja para el administrado.

Los actos de gravamen o desfavorables que, por el contrario, limitan los bienes jurídicos de los destinatarios de los mismos, imponiéndoles obligaciones o nuevos deberes, limitando, extinguiendo un derecho o una facultad existentes.

Actos favorables, son aquellos que benefician o confirman a los administrados, en tanto y en cuanto amplían los bienes jurídicos de estos, dándoles o reconociéndoles un derecho o facultad; en otras palabras generando alguna ventaja para el destinatario.

Actos de gravamen o desfavorables, son aquellos que restringen o limitan los bienes jurídicos de los administrados; causándoles o imponiéndoles obligaciones.

“8. Actos regulares e irregulares

Esta distinción tiene trascendencia como veremos, para la aplicación de la presunción de juridicidad de los actos administrativos regulares que son los actos válidos y los que son anulables; pero no para los irregulares que son los actos administrativos evidente o manifiestamente nulos, esto es, viciados de alguna causal de nulidad radical o de pleno derecho. Esto es, “como regla general el acto administrativo regular tiene estabilidad y el acto administrativo irregular no la tiene, entendiéndose por acto administrativo irregular el acto específicamente el acto nulo. En consecuencia de ello, tanto el acto administrativo válido como el acto administrativo anulable tienen carácter de actos “regulares”, no así el acto administrativo nulo, que se considera “irregular”...sería en verdad incongruente interpretarlo en el sentido de que el acto nulo es un acto “irregular”, pero de todas maneras

ha de presumírsele legítimo. Ello atenta contra la armonía del sistema, y no hay motivo que pueda llevar a esa información...”.⁷⁰

Actos regulares, son todos aquellos que se los considera válidos y que son anulables. Este tipo de actos goza de estabilidad. Tanto los actos administrativos válidos como los anulables, tienen el carácter de actos regulares.

Actos irregulares, son todos aquellos que son evidente y manifiestamente nulos, viciados de alguna causal de nulidad o de pleno derecho. Sin embargo se los presume legítimos.

4.6 Presunciones de legitimidad y ejecutoriedad

Estos dos grandes principios, a los cuales me referiré en líneas posteriores, son los pilares sobre los que se cimenta el acto administrativo y es a través de ellos que alcanza su legitimidad, la cual se traduce en poder hacer efectivo o ejecutar dicho acto, dictado por el órgano correspondiente. A este respecto el maestro Juan Carlos Cassagne, manifiesta: “Dentro de las prerrogativas “hacia afuera” de que dispone la Administración uno de los pilares de nuestro régimen administrativo es la presunción de legitimidad, la cual implica la suposición de que éste ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico.

Según la jurisprudencia argentina, la presunción de legitimidad produce dos consecuencias importantes: la prohibición de que los jueces decreten de oficio la invalidez del acto administrativo y la necesidad de alegar y probar su ilegitimidad.

...La presunción de legitimidad constituye un principio del acto administrativo que encuentra fundamento en la presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales, principio en el que se basa a su vez el deber del administrado de cumplir el acto administrativo.

De no existir tal regla, toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, en principio, aunque la legitimidad fuera patente obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo o social, en definitiva, al interés público. El derecho positivo argentino en el orden nacional ha consagrado la existencia de la presunción de legitimidad como un principio propio del acto administrativo y lo mismo acontece en los ordenamientos provinciales”.

⁷⁰ Ob. Cit. Págs. 176, 177, 178, 179, 182, 184, 185, 186 y 187.

El Principio de Legitimidad, del cual gozan los actos administrativos, pronunciados por el órgano competente, dentro de sus atribuciones legales y conforme al ordenamiento jurídico vigente e imperante. Constituyen los elementos o presupuestos que le dan a dicho acto el carácter de legítimo. Es decir que su validez por regla general, no se encuentra en entredicho. Se presumen de válidos todos los actos pronunciados por el ente estatal y de ahí la obligación de los administrados de cumplirlos.

Dicho principio, tiene su razón de ser, respecto a que se anteponen los intereses estatales-colectivos, al interés individual-personal. Por consiguiente se dice que los actos administrativos que pronuncia la administración pública, lo hace en aras del bien colectivo.

Por su parte el maestro Patricio Secaira, respecto a la presunción de legalidad, manifiesta: “La presunción de legalidad de los actos administrativos es aquella característica por medio de la cual se considera que toda decisión emanada del poder público está enmarcada en el respectivo ordenamiento jurídico. La Constitución Política establece que todo órgano del poder público y sus servidores están obligados a actuar únicamente ceñidos a las atribuciones, competencias y facultades constitucionales y legales. Está prohibido por tanto resolver asuntos sin acatar las disposiciones jurídicas; puesto que en derecho público todo aquello que no esté permitido expresamente se considera prohibido. No cabe tampoco que el administrador haga interpretaciones extensivas o análogas sobre el alcance de la ley. Esta presunción permite a la administración pública ejercer la autoridad y hacer cumplir sus decisiones. Esta presunción tiene efectos *ius Tantum*, por cuanto dura efectivamente hasta cuando autoridad pública competente declare lo contrario, esto es anule o decida la ilegalidad de la resolución administrativa.

Mediante esta presunción legal los órganos administrativos no requieren contar con autorización judicial o administrativa para ejecutar sus decisiones.

Como puede observarse la presunción de legalidad del acto administrativo no tiene un valor jurídico absoluto o permanente pues, evidentemente, por su efecto *ius Tantum*, se verifica y dura hasta tanto autoridad competente declare lo contrario...

La presunción de legalidad atañe a la consideración de validez plena del acto administrativo, entendiéndose por tal a la cabal tramitación, competencia del funcionario para expedirlo y

sobre todo a la aplicación irrestricta de la norma positiva.”.⁷¹

Por su parte el Dr. Secaira, considera a la presunción de legalidad como una característica del acto administrativo, a través de la cual todo acto que emana del poder público, está investido de ella; es decir que dichas decisiones han sido tomadas por el funcionario competente, dentro de sus atribuciones legales y constitucionales; y, que por lo tanto el órgano de la administración pública, no requiere autorización administrativa ni judicial, para poder hacer cumplir lo resuelto.

Cabe aclarar que dicha presunción de legalidad, tiene efectos *lus Tantum*, es decir que sus efectos no son absolutos, pero se mantienen, mientras otra Autoridad competente no declare lo contrario.

El maestro Cassagne, respecto al principio de ejecutoriedad, nos ilustra: “El principio de la ejecutoriedad resulta consustancial al ejercicio de la función administrativa. Consiste en la facultad de los órganos estatales que ejercen dicha función administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Tal facultad –que algunos autores denominan autoejecutoriedad - es característica de aquellos países como el nuestro, cuyas instituciones y regímenes jurídicos se han modelado –en un proceso natural – bajo la influencia del derecho continental europeo (pese a que la normativa constitucional sea también de inspiración norteamericana). Su ejercicio se desarrolla en un marco donde caben ideas tan opuestas como autoridad y libertad, prerrogativa y garantía, generando entre individuo y Estado una tensión casi permanente – en mérito a la naturaleza y gravitación de la actividad administrativa- que requiere una realización constante y continua orientada hacia la satisfacción de los intereses públicos.

...El fundamento del principio de la ejecutoriedad, en nuestro ordenamiento constitucional, encuentra apoyo en los siguientes argumentos:

- (i) Tratándose de una facultad que integra el contenido de la función administrativa (en el sentido con que se ha entendido esta función en nuestro sistema) la ejecutoriedad halla su fundamento en el art. 99, inc. 1, C N, donde se le adjudica la responsabilidad política de la Administración y la Jefatura del Gobierno primordialmente al Poder Ejecutivo...

⁷¹ Ob. Cit. Págs. 132 y 133.

- (ii) La dinámica constitucional también impone la vigencia del principio de la ejecutoriedad dentro de una interpretación adaptada a la realidad contemporánea caracterizada por la realización de actividades administrativas de singular gravitación en el orden social y económico, que exigen ser desarrolladas en forma intermitente sin obstáculos formales que la paralicen (aunque siempre dentro de la normativa y la justicia).
- (iii) Además, la propia sistemática constitucional conduce a tal interpretación en cuanto el sistema que instituye la Constitución, apoyado en un equilibrio logrado a través del establecimiento de frenos y contrapesos, podrá verse alterado en perjuicio del Poder Ejecutivo, al impedirle que cada vez que desee poner en cumplimiento un acto administrativo requiera el acuerdo del particular o administrado o la intervención judicial, en caso de que no fuera posible obtenerlo.⁷²

El principio de la ejecutoriedad, tiene su razón de ser y su base constitucional, pues, a la administración pública que pronuncie un acto determinado, por mandato legal y constitucional, le corresponde su ejecución.

El principio en estudio, es consustancial al ejercicio de la función administrativa; es decir la facultad de que goza esta, para hacer cumplir lo resuelto, sin la intervención del poder judicial y dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

En casi todas las constituciones del mundo, se les atribuye, la responsabilidad política de la administración y la Jefatura del Gobierno especialmente, al poder ejecutivo. Partiendo de esa premisa constitucional que envuelve a la administración pública, resulta imperativo, poner en vigencia el principio de la ejecutoriedad, a fin de que los actos pronunciados por estas, no sean torpedeados y obstaculizado su cumplimiento.

El Dr. Patricio Secaira, respecto a la presunción de Ejecutoriedad manifiesta: “La presunción de ejecutoriedad va ligada a la de legalidad, por cuanto al considerarse que todo acto administrativo es legal, de suyo viene como consecuencia que la resolución administrativa es factible de ejecución inmediata, aún en el caso de que estos hayan sido objeto de impugnación judicial.

La presunción de ejecutoriedad permite a la administración cumplir materialmente sus decisiones, sin que ello signifique el imperio del abuso, pues la misma ley establece límites, excepciones y responsabilidades. Al respecto Fiorini nos enseña que: “El acto existe y

⁷² Ob. Cit. Págs. 322, 323, 325. 326 y 328.

presuntivamente válido suma un tributo que no es a su existencia y validez sino a su realización, es decir, a su operatividad ejecutoria”.⁷³

La presunción de ejecutoriedad del acto administrativo, va ligada a la presunción de legalidad; pues si partimos de la premisa general que todos los actos que pronuncian el órgano administrativo competente, goza de legalidad, es indudable que dicha resolución contenida en el acto debe cumplirse.

Por esta presunción de ejecutoriedad, la administración pública, puede cumplir sus decisiones, aun cuando hayan sido objeto de impugnación en vía judicial. Situación con la cual no comparto, pues deberían suspenderse los efectos del mencionado acto, hasta que exista una resolución definitiva, siempre que hayan sido objeto de impugnación en vía judicial.

4.7 Auto tutela declarativa

El maestro Jorge Zavala Egas, respecto a la Autotutela declarativa, nos ilustra: “Básicamente se trata de la facultad de la Administración, a través del órgano competente, de expedir actos que gozan de una presunción legal de validez, esto es, de juricidad, de haberse dictado conforme a la normativa vigente (Derecho). Esta presunción legal es iuris tantum que perdura hasta que sea extinguida por la efectiva anulación administrativa o judicial del acto y son, por ello, eficaces de forma inmediata, determinan imperativamente su cumplimiento voluntario, en caso contrario, esto es, de no ser cumplidos, se convierten en actos administrativos ejecutivos, es decir, de ejecución forzosa. Se reduce a ser “una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de las decisiones administrativas, consagrando una capacidad de autotutela a la Administración y dispensándola de la necesidad de obtenerla de los Tribunales, pero sin que ello suponga excluir la eventual y posterior intervención de éstos. Concretamente, la <<presunción de legalidad>> del acto opera en tanto que los interesados no la destruyan, para lo cual tendrán que impugnarlo mediante las vías de recurso disponibles y justificar que el acto, en realidad, no se ajusta a derecho.... La autotutela declarativa de que se beneficia la Administración desplaza, pues, la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas...”⁷⁴

La autotutela declarativa, es la facultad de la que goza la administración pública y por

⁷³ Ob. Cit. Págs. 133 y 134.

⁷⁴ Ob. Cit. Págs. 188 y 189.

ende el órgano competente de esta, para realizar o mejor dicho pronunciar actos administrativos en forma unilateral y en contra de los administrados; es decir actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento; que conservan su autenticidad hasta que sea destruida vía recursos administrativos o judiciales.

Mediante la autotutela declarativa, la administración pública que pronuncia un acto, está exenta de obtener de los tribunales, permiso a fin de ejecutar sus decisiones. La autotutela declarativa, traslada la carga de la prueba al administrado, que es quien debe justificar y probar que el acto que impugna no se ajusta a derecho.

4.8 Auto tutela ejecutiva

El maestro Jorge Zavala Egas, a este respecto manifiesta: “Es un paso posterior a la declarativa, “va más allá que la anterior: aparte de eximirse a la Administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, facultándola para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada. Así como la aututela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente el uso de la coacción frente a terceros. La autotutela ejecutiva puede referirse, y es normal, a la ejecución forzosa de los propios actos de la Administración cuyos destinatarios resistan el cumplimiento...El acto administrativo juega aquí como <<título ejecutivo>>, de modo que la ejecución intenta llevarlo coactivamente a cumplimiento pleno...”. Para PAREJO ALFONSO: “consiste en la extensión de la facultad antes vista (la presunción de legitimidad y ejecutoriedad) al plano fáctico o de los hechos, habilitando a la Administración para, por sí misma, materializar o hacer efectivas sus pretensiones mediante el uso de la coacción. Por eso mismo la actuación correspondiente precisa con el específico título habilitante...”, por eso afirma el autor se “prohíbe a la administración el inicio de actuación material de ejecución que limite derechos de los particulares sin que previamente se haya adoptado la resolución que le sirve de fundamento jurídico. La regla general es que la ejecución forzosa sea precisamente de un previo acto administrativo... El acto opera..., pues como título justificativo de las operaciones de ejecución...”.

En el Ecuador prescribe el ERJAFE:

“Art. 124.- Ejecutividad.- Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta rama y en la legislación vigente. Se entiende por

ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo.”⁷⁵

La autotutela ejecutiva, constituiría la continuación o la segunda parte que se complementa con la autotutela declarativa; a través de ella la administración pública, puede ejecutar las resoluciones sin necesidad de recurrir a procesos coactivos externos; sino aplica los suyos.

El acto administrativo, así resuelve, adquiere en esta fase la calidad de título ejecutivo, que tal forma que a través de la autotutela ejecutiva, se persigue su total cumplimiento.

Con mucha razón y certeza, afirma Alfonso Parejo, que se prohíbe a la administración, el inicio de procesos coactivos en contra de los administrados, sin que previamente se haya pronunciado la resolución correspondiente.

De acuerdo a nuestra legislación, se entiende por ejecutividad, la obligación que tienen los administrados de cumplir lo resuelto en el acto administrativo.

⁷⁵ Ob. Cit. Págs. 192 y 193.

CAPITULO V

EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

5.1 El acto administrativo en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

El maestro Jorge Zavala Egas, a este respecto nos informa: “**4. El acto administrativo conceptualizado para efectos jurisdiccionales.** El contencioso administrativo ecuatoriano, al igual que el español, se ha configurado como un proceso revisor de un acto, como el procedimiento especializado con la finalidad de enjuiciar a una declaración de la Administración pública y sin cuya existencia no tiene procedencia el proceso judicial. En efecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prescribe:

<<Art.1.- El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.>>.

Es decir, contra toda la actividad administrativa, fundando una concepción amplísima de acto administrativo.

Pero no sólo ello, sino que hasta la propia inactividad de la Administración pública y de sus órganos se enjuicia porque el Derecho le ha otorgado a aquélla, como ficción jurídica, efectos jurídicos positivos o negativos al construir el silencio administrativo. Es decir, el proceso contencioso tiene como objeto pretensiones de las partes (de esencia subjetiva), pero éstas deben sustentarse en la propia actividad o inactividad de la Administración, cuyos resultados es de configurar actos de esa Administración pública, susceptibles de impugnación de acuerdo con el listado que la propia Ley procesal enuncia. Como consecuencia de esta estructura es que, se piensa, que debe ser conceptualizada toda actividad de la Administración como <<acto administrativo>>, comprendiendo todo el quehacer de ésta que sea susceptible del recurso contencioso, es decir, no hay recurso contencioso –administrativo sin que exista, en todos los casos, una impugnación de un objeto que es siempre una actividad administrativa o, lo que es lo mismo, un acto de la Administración pública sometido al Derecho Administrativo. Por ejemplo, además de la norma del Art. 1, prescribe la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

<<Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal Distrital de lo Contencioso –Administrativo:

Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad...>>.

La consecuencia de esta estructura es perniciosa:

<<El mantenimiento de una arquitectura procedimental propia de un proceso objetivo en el interior de un proceso constitucionalmente obligado, de base subjetiva, dirigido, por tanto, a garantizar la tutela judicial efectiva frente a toda lesión de derechos e intereses legítimos, conduce, de forma inexorable, a violentar las vías de acceso al contencioso, ampliando extraordinariamente, sin justificación técnica alguna, lo que deba entenderse como acto administrativo, que viene a ser así, toda aquella actividad (toda, prácticamente) susceptible de ser enjuiciada jurisdiccionalmente...>>.

Esta construcción se cimenta en el derecho a la tutela judicial efectiva que impone el acceso a los órganos judiciales administrativos de toda pretensión susceptible de tal derecho, pero ello crea, paralelamente a lo sustantivo, un concepto de <<acto administrativo>> de estricta funcionalidad <<jurisdiccional>> o actos administrativos a efectos jurisdiccionales, que incluye entidades que no son, ni serán jamás, en lo <<sustantivo>>, actos administrativos.

<<Estas actuaciones administrativas que, aun no reuniendo los caracteres propios de los actos administrativos, se tienen por tales se construyen sobre una nueva ficción jurídica que opera únicamente en el ámbito de lo procesal y que entraña, por tanto, la aplicación material de ninguna de las demás características propias del régimen jurídico de los actos administrativos, especialmente de aquellos que, como la firmeza, pueden acarrear consecuencias extremadamente perjudiciales para el particular afectado. El paradigma de la figura del acto administrativo, a los meros efectos jurisdiccionales se encuentra en el estatuto del silencio administrativo negativo, orientado a permitir la impugnación contenciosa de la desestimación presunta de una solicitud por parte de la Administración pero que, más allá de esa mera posibilidad de apertura al proceso, no implica aplicación alguna de los efectos materiales propios de un acto administrativo, de cuya funcionalidad institucional, lógicamente carece. Aunque también puede identificarse con nitidez actos administrativos a los meros efectos jurisdiccionales en el terreno de los actos de trámite cualificados cuando no reúnan los caracteres propios del concepto de acto administrativo...>>.

Nosotros señalamos que, de la misma forma, el silencio administrativo positivo, considerado acto presunto, no presta seguridad jurídica alguna-incumpliendo la esencial función de todo acto administrativo que es la de otorgar seguridad jurídica a las relaciones jurídico administrativas-mientras su ejecución no sea ordenada por la jurisdicción contenciosa y, tampoco es acto administrativo el reglamento-una de las categorías que constituyen Fuente

de Derecho-ni lo es la vía de hecho, todas ellas sin embargo justiciables ante dicha jurisdicción.

Con este enfoque se ha ampliado de tal forma el concepto de acto administrativo que, bien podemos afirmar, que existe uno de clara funcionalidad jurisdiccional y, otro, que distanciándose de tal concepción amplísima, concibe al acto administrativo como una institución eje del Derecho Administrativo, ajeno a las impurezas jurídicas de la sustantiva, propia del acto administrativo que esté al servicio de la claridad y de la seguridad jurídica, desprendida ya de su función delimitadora del contencioso. Se trata, pues, de ir a una construcción dogmática de los actos administrativos como una institución dirigida a producir seguridad jurídica en las relaciones entre Administración y los particulares.

Las propias frases de la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956 de la cual somos herederos en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968, expresan con suficiencia la ampliación que, necesariamente, debía soportar el concepto sustantivo de acto administrativo, cuando en el punto II.2.1 enuncian lo siguiente: <<El texto legal configura la jurisdicción contencioso –administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública, sujetos al Derecho Administrativo>>.

Es decir, primero, la necesidad de un acto de la Administración pública como presupuesto para acceder a la jurisdicción y, segundo, la impugnación a ese acto. Pero, ¿qué se quiso expresar con el concepto de <<actos de la Administración pública, sujeto al Derecho Administrativo>>? Evidentemente, se traduce como <<acto administrativo>>, al decir del profesor de la Universidad de Barcelona Rafael ENTRENA CUESTA, quien afirma que <<para que un acto jurídico de la Administración tenga naturaleza administrativa deberá estar regulado por el Derecho Administrativo...>>.⁷⁶

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, constituye el mecanismo o procedimiento legal, a través del cual los administrados, tenemos la oportunidad y el derecho de concurrir ante el órgano judicial competente e impugnar los actos administrativos y resoluciones que provengan de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, cuando causen estado y vulneren un derecho o interés directo del recurrente.

⁷⁶ Ob. Cit. Págs. 409,410, 411 y 412.

Por otro lado la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no solo permite el enjuiciamiento de toda la actividad administrativa sino también su inactividad; es decir, tutela derechos subjetivos de los administrados; por lo que se dice que no hay recurso contencioso administrativo, sin existir impugnación de la actividad administrativa; o lo que sería dicho de otro modo, un acto administrativo sometido al derecho administrativo.

Nuestra Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en el Art. 10, posee un paraguas que cubre y ofrece la posibilidad de tutelar, no sólo los actos administrativos, sino los reglamentos, resoluciones de la administración pública o cuando provengan de personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social. Como podemos apreciar esta estructura jurídica tal como está concebida, amplía en forma exorbitante y sin justificativo técnico, lo que debe entenderse como acto administrativo; cuando dicha Ley en mención y objeto de este tratamiento debería reservarse única y exclusivamente para procedimiento de impugnación de actos administrativos en sí; toda vez que los reglamentos que no son actos administrativos deberían ser impugnados ante la Corte Constitucional y de acuerdo al procedimiento ahí establecido.

5.2 El acto administrativo en el ERJAFE

El acto administrativo, en el ERJAFE, ocupa un lugar especial en el estudio de este cuerpo normativo que regula los actos de la administración pública, en especial las que provienen o se generan en la función ejecutiva, así por ejemplo el Dr. Jorge Zavala Egas, a este respecto manifiesta: **“5. Concepto sustantivo de acto administrativo.** Pero, ¿cuál es el concepto sustantivo de acto administrativo?.

Es el que nos trae el ERJAFE:

<<Art. 65.- Acto administrativo.- Es la declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa>>.

A diferencia de España que no trae un concepto legal de acto administrativo, nuestro sistema si lo hace, al igual que lo tiene la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana & 35.1 que traducido su texto es el siguiente:

<<Acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del

Derecho Público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros).>> (Traducción del profesor Raúl BOCANEGRA SIERRA, Lecciones..., pág. 31).

<<En definitiva, en la expresión <<actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo>> y otras similares con las que las leyes vigentes... definen el objeto del recurso contencioso administrativo han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho. Y es que frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de facta concludentia, de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir, como pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica...>>.

Esta ampliación desnaturalizadora del concepto de acto administrativo es la que realizan nuestros Tribunales, en el Ecuador, para concretar el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares que enfrentan actos de gravamen provenientes de la Administración Pública, sometidos a Derecho Administrativo, pero que no son actos administrativos.

Este sistema es el que exige el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva y, como se constata, no requiere, en lo absoluto, de ninguna ampliación o desfiguración del concepto de acto administrativo que quedaría estrictamente como toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.

Este concepto es perfectamente asimilable a la definición legal que trae nuestro sistema jurídico en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, pues, comprende una declaración que es una decisión en ejercicio de una función administrativa productora de efectos jurídicos se entiende hacia terceros y en forma vinculante, ejerciendo una potestad distinta de la potestad reglamentaria, de tal forma que el ERJAFE distingue estos actos administrativos de los actos normativos Art. 80), de los hechos administrativos (Art. 78), de los contratos administrativos (Art. 75) y hasta de los actos de simple administración (Art. 70), sólo falta mencionar, en la definición legal, en forma expresa, el carácter regulador que si bien no se especifica en la misma, es innecesario que lo haga, pues surge de la naturaleza de las consecuencias que debe-imperativamente- producir el acto administrativo, esto es, efectos jurídicos individuales de forma directa. Tales consecuencias o efectos bajo el prisma del Derecho no pueden ser otros que la producción,

alteración o extinción de una situación jurídica individual, de un derecho o de un deber o en una declaración vinculante o, bien, con respecto a la condición jurídica de una cosa.

<<...es que los actos administrativos deben dirigirse precisamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, o en su declaración vinculante, o, también en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales...a la determinación de la condición jurídica de una cosa... Ello significa, parece claro, que como consecuencia de su carácter regulador, los actos administrativos, para serlo, deben encaminarse a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación. Estas precisiones, inexcusables en su rigor, explican cabalmente en qué consiste el carácter regulador de los actos administrativos, mostrando qué es lo que se requiere decir aquí cuando se incorpora esa característica como condición necesaria de su existencia, y describen el exacto contenido que resume la existencia de actos administrativos en sentido estricto...>> (Las cursivas son propias).

Esta postura que, según la interpretación que dan los profesores GARCÍA y FERNANDEZ, parte de la concepción de Otto MAYER en Alemania, aún vigente en este país, <<formula la teoría del acto administrativo sobre el modelo de la sentencia judicial, como acto que decide autoritariamente la situación jurídica del súbdito en un caso individual>>. No otra es la concepción francesa de definir lo esencial del acto administrativo como <<decisión ejecutoria>>, la que naciendo en HAURIOU aún se mantiene en la doctrina francesa.

Es el mismo carácter regulador que describe la Ley de Procedimiento Administrativo Federal Suiza al clasificar <<las regulaciones>> de los actos en el & 5 y son:

- a) La constitución, modificación o extinción de derechos o deberes;
- b) La declaración de existencia, de la no existencia o de la extensión de derechos o deberes; y,

La denegación de solicitudes dirigidas a la constitución, modificación, extinción o declaración de derechos o deberes o la inadmisión de una solicitud de este tipo.

Luego, <<Acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria>>. El concepto se configura con un elemento esencial que es 1) la naturaleza reguladora del contenido de los actos

administrativos, esto es, deben tener carácter regulador para que sean actos administrativos. A este elemento esencial se une el que tal decisión, disposición, resolución o medida expedida por una autoridad reguladora debe producir 2) efectos externos y, además, ser manifestación de 3) órganos administrativos que ejercen una 4) potestad administrativa o de Derecho Administrativo, 5) distinta de la potestad reglamentaria.

- 1) El acto administrativo tiene contenido regulador cuando su finalidad tiende a la creación, a la modificación o a la extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación. Incluye tal carácter regulador el que el acto administrativo persiga o se encamine a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, o en su declaración vinculante, o, también en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales..., a la determinación de la condición jurídica de una cosa>>. El carácter regulador es inclusivo del efecto vinculante del acto administrativo y, por ello, es de citar la opinión de los profesores de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, liderados por Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH quienes afirman que la resolución, como elemento conceptual del acto administrativo, tiene <<eficacia vinculante>> para sus destinatarios sobre una <<situación jurídica concreta>> y citan como ejemplos, el contenido del acto que es determinar una obligación de realizar determinadas obras de refacción en una fachada, para el destinatario se constituye en una obligación y queda sometido a su cumplimiento. O si el contenido del acto es el reconocimiento del derecho a una subvención, a una licencia o a una autorización o la simple constatación de otra situación jurídica a la que se ha accedido como expedir el título de abogado, son contenidos reguladores y quedan definidos con carácter jurídicamente vinculante. Por el contrario, no son actos administrativos las certificaciones, los actos de trámite o los dictámenes de consulta aun cuando tengan efectos vinculantes de acuerdo con la Ley, éstos últimos por ser simples respuestas que informan y no constituyen actos administrativos que determinan con efecto vinculante o regulador qué es Derecho en un caso concreto. Se trata de <<declaraciones de otros órganos, de la misma o distinta Administración, que se insertan en procedimiento complejos como presupuestos de la relación final>>, pero que, sin embargo, si llegan a tener eficacia directa inmediata respecto de los particulares involucrados en el procedimiento reúnen las condiciones de los actos administrativos, no sólo por tener la característica de ser reguladores, sino por tener eficacia hacia terceros.

La discusión sobre si el acto administrativo-esencialmente regulador –nulo es eficaz o no queda abierta, pero cualquiera que fuera la conclusión del debate, lo cierto es que el acto administrativo nulo o inválido no queda excluido del concepto de acto administrativo, ya que lo que se requiere es que el acto haya sido dictado <<para la regulación>>, no que <<efectivamente pueda regular>>.

2) Los efectos externos es un elemento condicionante para que exista acto administrativo. Lo que significa que la eficacia del acto debe ser con respecto de terceros, es decir, necesariamente, fuera del ámbito de la propia Administración que los expide o dicta y, por lo tanto, se excluyen las actuaciones interadministrativas en un procedimiento. Dice el profesor cuya doctrina seguimos: <<Esta característica de los actos administrativos permite distinguir de los actos administrativos en sentido estricto, en cuanto no produce efectos externos, a determinadas actuaciones administrativas con las que, acaso, pudieran confundirse, como ocurre con las instrucciones, y órdenes de servicio, o con las aprobaciones, los informes vinculantes u otras declaraciones o actos de tutela que, siendo necesarias en un procedimiento, sólo producen efectos al exterior a través de la resolución final del procedimiento a la que sirven de presupuesto>>.

Por ello, el ERJAFE, en el Art. 70, define a los actos de simple administración como aquellos que son declaraciones unilaterales internas o interorgánicas, realizadas en ejercicio de la función administrativa, ubicándolos por tanto en una especie de actividad administrativa distinta del acto administrativo y, dentro de los actos de simple administración están las instrucciones y órdenes, tal como lo prescribe el Art. 103. 1 ídem y la razón es por su carencia de efectos directos a terceros.

- 3) Debe ser, el acto, expedido en ejercicio de una función administrativa, es decir, haciendo prevalecer el criterio material o funcional de acto administrativo sobre el orgánico, esto es, sin que trascienda qué tipo de órgano lo expidió, salvo que su referencia a éste o a la Administración como género, se torna necesaria por la exigencia de la unilateralidad, que excluye los contratos o convenios administrativos.
- 4) Si existe en todo acto administrativo ejercicio de una función administrativa significa que hay también concreción de una potestad administrativa, distinguiendo así los actos de la Administración sometidos a Derecho privado, o otras ramas del Derecho público como el Derecho constitucional, el internacional, el procesal o el penal. Y,
- 5) Finalmente se trata del ejercicio de una potestad administrativa diferente a la potestad reglamentaria, puesto que el acto administrativo es una forma de aplicación del Derecho

y no lo crea. La afirmación es, en este caso, que el acto administrativo no innova el Ordenamiento jurídico, sino que lo aplica, mientras que el Reglamento supone una alteración del Derecho objetivo>>.”⁷⁷

El ERJAFE, en el Art. 65, define al acto administrativo como la declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa; por lo tanto en ese mismo cuerpo normativo, en sus artículos 70, 75 y 80, define también lo que es un acto de simple administración, lo que es un contrato administrativo y un acto normativo; por lo que no quepa confusión alguna como en la que incurren los Tribunales del Ecuador, al aplicar el principio de tutela efectiva, asimilan al acto administrativo como: “Actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo”.

Como podemos apreciar los actos de la administración pública, son una generalidad; cuando nuestro cuerpo normativo lo define plenamente y lo diferencia del resto de actos que provienen de la administración pública.

Todo acto administrativo, debe dirigirse a la producción y establecimiento de una consecuencia jurídica; la misma que debe consistir en la creación, modificación o la extinción de un derecho o un deber.

Sostenemos que el acto administrativo, es regulador cuando tiende a la creación, modificación o extinción de una determinada relación jurídica o a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho (o de otra circunstancia jurídicamente relevante), respecto de una persona, cosa o situación.

El carácter regulador es inclusivo del efecto vinculante del acto administrativo. Por lo tanto quienes afirman que la resolución como elemento conceptual del acto administrativo posee eficacia vinculante para sus destinatarios respecto de una situación jurídica concreta. Como por ejemplo la emisión de un título. Por otro lado no son actos administrativos las simples certificaciones y los de meros trámite y los dictámenes de consulta.

Uno de los elementos condicionantes, para que exista acto administrativo, son sus efectos externos, que produce, por lo tanto los actos administrativos internos o

⁷⁷ Ob. Cit. Págs. 417, 418, 422, 423, 424, 425, 426, 427 y 428.

interinstitucionales, no son actos administrativos, mientras estos no se exteriorizan y son notificados a los administrados.

Otro de los elementos que debe revestir el acto administrativo para ser tal, es que debe ser expedido en el ejercicio de una función administrativa; por ende dentro de una potestad administrativa, distinguiendo a los actos de derecho privado o públicos en sí como derecho penal, etc. Por último dicha potestad administrativa, excluye a la potestad reglamentaria, pues el acto administrativo, es la aplicación del derecho y no la creación de este.

5.3 El acto administrativo y los derechos fundamentales

Respecto a los derechos fundamentales el profesor Tomás de Domingo, manifiesta: "Parece lógico que una teoría de los derechos fundamentales comience precisando el concepto de derecho fundamental que maneja. A este respecto, los derechos fundamentales suelen verse como derechos subjetivos, y las dificultades que plantea este concepto se trasladan al de derecho fundamental. Por tanto, es preciso comenzar por el examen de esta cuestión.

La discusión sobre el origen de la noción de derecho subjetivo ha generado abundante literatura y no escasa polémica, en particular con relación a la presencia e importancia de este concepto en las fuentes romanas. Lo que parece fuera de duda es que el derecho subjetivo, entendido como una facultad o poder individual, constituye un rasgo característico del pensamiento jurídico moderno que permanece vigente en nuestros días. No obstante, la polémica está lejos de cerrarse, tal y como se pone de relieve al observar las distintas variantes de la teoría del interés y de la voluntad, predominantes en el ámbito iusfilosófico alemán, o las teorías del beneficiario y de la pretensión, sobre las que gira el debate entre anglosajones.

Podría decirse que el concepto de derecho subjetivo combina tres elementos: a) una facultad individual protegida por los mecanismos institucionales del ordenamiento jurídico; b) el objeto sobre el que recae dicha facultad; c) el beneficio o interés que para el titular supone el otorgamiento de la facultad. A ello hay que añadir que el derecho subjetivo entraña una relación jurídica entre el titular de la facultad, que se halla en una situación o posición de poder jurídico, frente a quienes se encuentran en una situación correlativa de deber jurídico.

Una forma sencilla y general de expresarlo consiste en afirmar, como hace Alexy, que tener un derecho subjetivo consiste en ocupar una posición jurídica, otorgada por una norma, mediante la cual el titular del derecho (a) tiene frente al destinatario (b) un derecho a G.

Ahora bien, es evidente que la claridad analítica que puede ofrecer el estudio de las distintas posiciones jurídicas en las que pueden hallarse el titular y el destinatario del derecho con respecto al objeto del derecho no evita seguir preguntándose qué significa tener un derecho subjetivo.

Una aproximación kelseniana supone destacar que el derecho subjetivo sólo existe si el titular dispone de capacidad otorgada por el ordenamiento para lograr su imposición. A esto se ha replicado señalando que el derecho consiste en la razón que justifica el reconocimiento de dicha capacidad de imposición, tesis próxima a la teoría del interés, según la clásica formulación de Ihering.

Ahora bien, en mi opinión, cabría considerar como elemento primario del derecho subjetivo aquello que ha sido atribuido y/o reconocido a un individuo-lo que normalmente se presenta como el objeto del derecho-, y cuya importancia para dicho individuo justifica que se le otorgue una facultad, protegida por el ordenamiento jurídico a través de los correspondientes mecanismos procesales, para evitar su menoscabo o lesión por parte de terceros. Este planteamiento, sin duda próximo a la concepción clásica a la que se ha aludido en páginas anteriores, según la cual el derecho o ius es primariamente la cosa justa, aquello reconocido o atribuido a su titular, permite explicar mejor las distintas dimensiones propias del derecho subjetivo. En efecto, la posición jurídica que faculta al titular del derecho para exigir algo a alguien cobra sentido por la existencia de aquello atribuido y/o reconocido, y no al revés. Asimismo, una buena razón para que se reconozca un derecho no determina necesariamente su existencia en el marco de un sistema jurídico. Por lo tanto, en contra de lo que sostiene Alexy, sería más propio afirmar que un derecho fundamental no consiste primariamente en gozar de una posición que faculta para reclamar algo a alguien, sino que, por el contrario, dicha posición es la consecuencia lógica de tener un derecho.

Lo que se atribuye y/o reconoce como derecho fundamental consiste en un ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana especialmente valioso, tanto desde la perspectiva del titular del derecho, como desde la de la comunidad, tal como se expuso al destacar la doble dimensión de los derechos fundamentales. Este carácter valioso hace posible referirse a los derechos fundamentales como "bienes", y es lo que permite fundar en ellos la teoría de la justicia del neoconstitucionalismo, pues su jerarquía axiológica reclama la instauración de una organización institucional de la comunidad política que los preserve y fomente.

Teniendo presente lo anterior, se podría definir el derecho fundamental como aquel ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección, y al que otorga, en consecuencia, una protección de alto nivel, consistente al

menos en que el respeto de dicho ámbito se configura en un principio básico del ordenamiento, es declarado inmune a la actuación de los poderes públicos-especialmente el legislador-, y el particular ve reconocida una facultad procesal a que dicho ámbito le sea protegido judicialmente. Se desprende de esta definición que los derechos fundamentales son primariamente bienes jurídicos, y que las facultades de las que disponga el titular para lograr la protección de dichos bienes, siendo importantes, ocupan un papel subordinado, en tanto su concreción dimana de los perfiles que se atribuya a tales bienes.

Una vez se ha establecido qué es un derecho fundamental se está en condiciones de examinar en qué consiste su legítimo ejercicio, para lo que conviene situarse en la perspectiva del titular del derecho que protagoniza tal acción. El derecho fundamental se presenta como un bien a su servicio mediante el cual alcanzar un determinado fin que constituye la razón de su reconocimiento y/o atribución. La delimitación del contenido de los derechos fundamentales, dada la indeterminación de las normas que reconocen derechos fundamentales, exigirá una indagación teleológica que explique cuál es la finalidad a la que obedece cada derecho fundamental. Así se comprende que muchas conductas que en un primer momento podría pensarse que están amparadas por un derecho fundamental, en realidad no lo estén. Por ejemplo, una información que carece de interés público no constituye un ejercicio del derecho a la libre información que justificadamente puede ser postergado ante la invasión de la intimidad padecida por quien se ve afectado por la noticia, sino que dicha conducta es ajena al ejercicio del derecho a la libre información. Asimismo, la ocupación de los locales de la empresa no supone un ejercicio del derecho de huelga susceptible de ser justificadamente restringido, sino que dicha conducta no resulta amparada por el derecho de huelga, dado que éste no autoriza a ocupar las instalaciones que son propiedad del empresario.

Este esfuerzo por delimitar con la mayor precisión posible el contenido de los derechos fundamentales tratando de comprender sus límites internos, es decir, el contenido del derecho inherente a la finalidad a que responde, es de gran importancia y se aleja manifiestamente de la teoría amplia del supuesto de hecho y, por tanto, de la teoría externa. Ahora bien, aunque la delimitación del contenido de los derechos fundamentales constituye una tarea esencial para conocer si un derecho ha sido legítimamente ejercido, la respuesta a esta cuestión exige, además, atender a las circunstancias concretas en las que se desenvuelve el ejercicio del derecho.

Las actuaciones que se pueden realizar al amparo de un mismo derecho fundamental pueden ser enormemente variadas debido a las diferentes formas que tienen los seres humanos de “estar” en el mundo, a sus diferentes valores y proyectos vitales. Por ejemplo, a

partir del derecho a la libertad religiosa pueden realizarse prácticas absolutamente alejadas entre sí. Pues bien, es evidente que cuando alguien sostiene que su conducta constituye el ejercicio legítimo de un derecho fundamental pueden producirse situaciones que cabría calificar *prima facie* de conflictivas. No cabe duda que un trabajador de un hipermercado que profese la religión de los adventistas del séptimo día y pretenda sin éxito descansar los días sábados considera innegable que vive una situación conflictiva, pues su pretensión colisiona con la de la empresa que le exige que acuda a su puesto de trabajo. Desde una óptica conflictivista se incidiría en lo que diferencia a las distintas posiciones enfrentadas; pero conviene, también, observar que ninguna de ellas se considera a sí misma incompatible con la Constitución. Por otra parte, repárese en una pretensión que se argumentara del siguiente modo: “Aunque el ejercicio de mi derecho es incompatible con el normal desarrollo de la vida colectiva exijo que sea respetado, pues así lo reconoce la Constitución”. Utilizando análogamente un argumento de Alexy para justificar la pretensión de corrección del Derecho, podría decirse que ese argumento no sólo sería poco eficaz, sino que en cierta medida resulta absurdo. La razón radica en que, así como en el acto de instaurar una Constitución se formula una pretensión de corrección, puede decirse que en toda conducta que se presenta como el ejercicio legítimo de un derecho fundamental la afirmación de que se tiene derecho a algo, como señala Ollero, no se limita a expresar que quiero algo, sino que “el disfrute de ese algo respeta mi nexo existencial con los otros, que no lo destruye sino que me permite ajustar mi conducta con la de ellos”. Por lo tanto, el ajuste con los derechos de los demás y con el contexto existencial en el que se pretende ejercer el derecho debe ser valorado para determinar si se está propiamente ante el ejercicio legítimo del derecho, y, a diferencia de Alexy, no para establecer si la conducta, que ya ha sido calificada como lícita, merece definitivamente protección. La clave, pues, consiste en valorar en qué medida el ejercicio de un derecho fundamental resulta compatible con las exigencias objetivas que surgen del contexto vital en que pretende ejercerse, el cual, por otra parte, debe ser compatible con la Constitución, lo que nos sitúa en el terreno de lo que podemos denominar “desajustes”.

No cabe ignorar que pueden existir instituciones constitucionalmente legítimas que respondan o se organicen de acuerdo con valores propios de una mayoría social que pueden no ser compartidos por ciertas minorías, a quienes, no obstante, se les reconoce, como al resto de los ciudadanos, sus derechos fundamentales. O, simplemente, sin que se presente un conflicto de valores, puede que el logro de los fines propios de una determinada institución imposibilite el ejercicio de un derecho fundamental que en otras circunstancias sí sería legítimo. El individuo que pretende ejercer su derecho fundamental y a quien, sin embargo, no le resulta posible, puede entender que dicha situación supone una

clara restricción de su derecho. ¿Acaso se puede decir a quien se le obliga a trabajar en sábado cuando su religión le exige no hacerlo que no se está restringiendo su derecho a la libertad religiosa?

Una respuesta afirmativa, sin matices, puede dar la impresión de que las ideas que estoy defendiendo sirven de coartada para el mantenimiento del statu quo. De este modo, la tensión individuo-colectividad se resolverá a favor de esta última. Creo, en cambio, que es posible una lectura diferente.

Los derechos fundamentales se ejercen en un determinado contexto vital, pero, a su vez, contribuyen a configurarlo. Esta idea significa que al amparo de un derecho fundamental no se puede pretender desdibujar una institución o impedir el desarrollo normal de la vida colectiva, pues la dimensión social del ser humano es incompatible con un ejercicio de los derechos fundamentales que no respete los condicionantes propios del contexto vital en que se desarrolla nuestra existencia junto a los otros. Pero, al mismo tiempo, la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, y su “efecto irradiación” a todos los ámbitos de la realidad jurídica, exige que se haga lo posible por compatibilizar la organización de las instituciones presentes en una sociedad o, en general, de la vida colectiva con el ejercicio de los derechos fundamentales. En definitiva, podría decirse que quien está ejerciendo un derecho fundamental tiene derecho a exigir que los factores reales que contextualizan su ejercicio, sin perder los rasgos que los definen y les permiten alcanzar sus fines, se modifiquen para acoger su peculiar forma de “estar” en el mundo. Si ese esfuerzo se realiza y, aun así, no es posible el ajuste, se estará ante la imposibilidad fáctica de ejercer un derecho fundamental, y no ante un conflicto de derechos stricto sensu, o ante una restricción.

La solución pasa, pues, por ese “ajustamiento” entre los condicionantes propios del contexto en el que se ejercen los derechos fundamentales y la exigencia de que éstos sean respetados. Aquí se muestra intensamente la dialéctica que existe, por decirlo con Kaufmann, entre norma y situación de vida, entre el “ser” y el “deber ser”. No cabe duda de que el planteamiento expuesto reivindica una razón práctica que, como destaca Montoro, “procede de modo sintético y compositivo (*modum compositivum*), construyendo, en función de cada circunstancia concreta, la norma próxima de acción”. Esto supone, entre otras cosas, confiar en la capacidad de la inteligencia humana para descubrir la solución justa en cada caso, lo cual no debe interpretarse como que existe una única respuesta correcta para cada problema jurídico. Así, a partir de una reflexión predominantemente teleológica habrá que determinar el ejercicio legítimo del derecho fundamental comprendiendo la mutua interacción entre la norma de derecho fundamental y el contexto en el que se desarrolla su

ejercicio. Evidentemente, en este terreno no es realista pretender alcanzar una certeza absoluta, sino tan solo ofrecer conclusiones razonables.

¿Pero acaso esto no es ponderar? Y, si esto es así, ¿no estamos forzados a contar con el principio de proporcionalidad, tal como sugiere Cianciardo? A este respecto, cabe realizar dos precisiones.

En primer lugar, la ponderación, según la construcción de Alexy, surge de una situación conflictiva no sólo prima facie, por cuanto defiende una teoría amplia del supuesto de hecho y aspira a establecer una regla que marque las condiciones de preferencia. En el planteamiento que propongo se parte de un conflicto de pretensiones real que denomino “desajuste”, y en lugar de establecer preferencias jerárquicas se reclama un esfuerzo por armonizar dichas pretensiones enfrentadas con un fundamento objetivo. Por otra parte, parece que esta forma de actuar es más coherente con el principio de concordancia práctica que, como afirma Hesse, supone que “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad”. Este principio ha sido plenamente asumido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

En segundo lugar, ciertamente ante un desajuste hay que valorar la mutua interacción que tiene lugar entre una conducta que se presenta bajo el amparo del derecho fundamental y el contexto en el que se desenvuelve su ejercicio. Si el ejercicio de la razón práctica que se requiere para buscar la solución se quiere denominar ponderación o razonabilidad, cabría aceptar que se trata de una ponderación. En cualquier caso, lo importante es subrayar que tal ponderación aparece ligada a un esfuerzo por armonizar más que por jerarquizar en función de su “peso” las posiciones enfrentadas. Con ello se renuncia a una lógica de la disyuntiva y, por tanto, a un modelo de racionalidad que, como se señaló, es característico de la modernidad, pero que en buena medida se halla en crisis.

En conclusión, la teoría de los derechos fundamentales que se ha esbozado en estas páginas permite sostener que cuando un derecho fundamental ha sido ejercido legítimamente merece un respeto absoluto. Por otra parte, en la medida en que se descarta una teoría amplia del supuesto de hecho de las normas de derecho fundamental, y se subraya la importancia que tiene delimitar el contenido de los derechos fundamentales, es perfectamente posible afirmar que éstos presentan límites, pero no admiten restricciones.

Estas dos conclusiones muestran que se trata de una teoría plenamente respetuosa con la teoría de la justicia del noconstitucionalismo.⁷⁸

Referirme a los derechos fundamentales, es asimilar dicho concepto al de derechos subjetivos; y por lo tanto poseer un derecho subjetivo, es tener una posición jurídica que una norma nos franquea frente a un tercero. En otras palabras la ley abre la posibilidad para que los ciudadanos puedan exigir y reclamar un bien jurídico que dicha norma se los reconoce.

Con este antecedente, afirmo que derecho fundamental no es otra cosa que aquella parte de la actuación humana que la norma suprema reconoce como digna de protección y a través de la cual se le provee de un cuidado especial en el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el ciudadano vea y sienta, que sus derechos están protegidos e inmunes frente al accionar del Estado.

Ahora bien, es importante conocer, en que consiste el legítimo ejercicio de estos derechos fundamentales. Ejercer un derecho fundamental, jamás puede transformarse en un abuso o uso desmedido de los mismos; toda vez que se contraponen con los intereses colectivos; y que por lo tanto alteren o atenten las normas de convivencia social.

A pretexto de ejercer un derecho fundamental al trabajo, no podría paralizar la empresa en donde laboro. Por el contrario el empresario privado o la institución pública en donde me desempeño como empleado o trabajador, a pretexto de la reorganización administrativa del personal, jamás podrían atentar contra mi derecho fundamental al trabajo y a mi estabilidad.

Por lo tanto frente a dos posiciones enfrentadas de la misma categoría de derechos fundamentales, lo que cabría es hacer uso de la ponderación, a fin de poder solventar la situación y permitir que el derecho se aplique con razonabilidad.

El doctor Jorge Zavala Egas, respecto a los derechos fundamentales manifiesta: **“2. Los derechos constitucionales y los derechos fundamentales.** La Constitución tiene una extensa lista de derechos (desde el artículo 12 al artículo 82) que abarca varias generaciones, que garantiza *normativamente* o en forma primaria, en el lenguaje de FERRAJOLI, tal como lo percibe el artículo 84 de la CRE,;<<La Asamblea Nacional y todo

⁷⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio-Luis / Tomás De DOMINGO. Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. TOMO I. Editorial PALESTRA. Primera Edición. Lima-Perú. 2010. Págs. 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43 y 44.

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

Este es el enunciado normativo más expresivo que diseña Estado del Ecuador como garantista, pues, reconoce que existe un *derecho sobre el derecho*, tanto formal como material, que lo constituyen los derechos fundamentales y que son expresión jurídica de los valores centrales de la persona. Al respecto, esta consideración objetiva de los derechos plasmada en norma de rango *supremo* << *condicionan la unidad, plenitud y coherencia del Ordenamiento, desde el momento en que se convierten en normas superiores 'superiores' que deben ser tenidas en cuenta en cualquier acto de creación o aplicación del Derecho. En este sentido, el conjunto de consecuencias provocadas por la asunción de los derechos fundamentales de ese carácter objetivo se puede llamar* << efecto irradiación>>.

Por otra parte, la norma constitucional deja en claro que el origen de los derechos y su fundamentación se encuentran en un concepto propio de la moralidad, cual es, el de <<dignidad humana>>lo que nos hace reflexionar sobre el rol de (la función) de los derechos en el sistema político en el cual aparecen, primero, morales y políticos, antes que jurídicos, como así lo trasciende Gregorio PECES-BARBA expresando: <<Los derechos fundamentales que se originan y se fundamentan en la moralidad que desembocan en el Derecho, lo hacen a través del Estado, que es el punto de referencia de la realidad jurídica>> .

Desde la interpretación así formulada de la norma << los derechos se entiende como exigencias éticas de dignidad que buscan su eficacia a través de la fuerza que el poder político les presta; por su parte, el Poder ha de comprometerse en el reconocimiento y garantía de los derechos para presentarse como acreedor de obediencia voluntaria. Por último, la reforma que el Poder Político utiliza para hacer eficaces aquellas exigencias de protección individuo será el Derecho>>.

El Estado constitucional de derechos sólo legitima el poder político por una triple concurrencia: su origen democrático, por estructurarse y ejercerse bajo el imperio de la juridicidad que genera la Constitución y, finalmente, por tener como objetivo o finalidad los derechos de las personas, asociaciones o grupos. Esto significa que la democracia es una legitimación formal o de procedimientos del poder político y que los derechos ejercen una

función clara en un Estado dotado de una Constitución, cual es, la de constituirse en objetivo de ese poder, aun cuando sólo pueda serlo en uno que se haya generado democráticamente, siendo por ello, en conjunto los tres, factores de legitimación del poder político. No hay que olvidar que los derechos de las personas son condiciones de legitimidad para la construcción argumental de cualquier Estado democrático y que la realizan <<ciudadanos>> que son los que deciden los derechos que se adjudican en forma autónoma. <<Los derechos del hombre pueden venir fundamentados a títulos de derechos <<morales>> tan bien como se quiera; pero en cuanto se conciben como ingredientes del derecho positivo, salta a la vista que no les pueden ser encasquetados al legislador soberano, por así decirlo en términos paternalistas. Pues los destinatarios del derecho no podrían entenderse simultáneamente a sí mismo como autores de él si el legislador se limitara a encontrar ahí los derechos del hombre como hechos morales, respecto a los que no pudiera hacer otra cosa que positivarlos. Por otra parte, el legislador, pese a su autonomía, no debe poder decir nada que vulnere los derechos del hombre (...)>>.

Nuestra Constitución ha sido clara en adherirse a los derechos del hombre como prevalentes a la regla de la mayoría que caracteriza a la democracia, pues, será inválida jurídicamente cualquier decisión que atente con éstos, simplemente los derechos se excluyen del ámbito de la decisión democrática. Constituye lo indecible en un Estado constitucional de derechos. Ello porque nuestro constituyente considera la democracia como procedimental y los derechos tienen un sitio anterior a las decisiones de la mayoría y, por ello, una zona reservada a la que prohíben el ingreso del poder democrático.

Lo dicho marca un entendimiento de la democracia que tiene su origen en desechar una concepción << fuerte>> de la autonomía del individuo que alude a la capacidad << de darse leyes a sí mismo >> y acoger el sentido <<débil >> de la misma autonomía por la cual la democracia sólo tienen una dimensión como procedimiento, en la que <<Los derechos ocupan un lugar previo al de la decisión de las mayorías constituyéndose en <<coto vedado >> a las decisiones del poder democrático. La decisión democrática sería legítima si supone vulneración de derechos fundamentales. En ese segundo caso, la autonomía se entiende como libre elección de planes de vida y aparecen fuertemente delimitados el ámbito público y el ámbito privado de modo que la democracia sólo se refiere a decisiones en el primero de ellos>>.

De esta manera, nuestro país, nos hemos *auto legislado* los destinatarios de los derechos, a la vez como autores de los mismos, institucionalizando en forma de normas los derechos como límite externo de la soberanía popular. De esta forma, se cumple con lo expresado L. FERRAJOLI :<<(…) también axiológicamente y no solo cronológicamente, la limitación legal

del poder soberano procede a su fundamentación democrática-representativa. La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría (...). En este aspecto el estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contrapone al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario, si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado.

Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o que permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica (...)>>.

Luego, el Estado constitucional de derechos que acoge como categorización el pueblo ecuatoriano no es de la vertiente formal kelseniana, esto es, todo Estado que se expresa mediante normas jurídicas; sino que tiene un contenido *material* definido: los derechos fundamentales que se constituyen, como hemos visto, en límite de poder soberano de ese mismo pueblo que no puede decidir por mayoría o, incluso por unanimidad, nada que atente a éstos. De ahí que se haya afirmado antes que la legitimación del poder político encuentra una indisoluble vinculación entre derechos fundamentales, democracia y Estado de derecho, los que están relacionados entre sí.

Todos los derechos fundamentales tienen una identidad esencial que se encuentra en su reconocimiento constitucional, sus titulares son todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y, como tales, gozarán de estos derechos que, por otra parte son garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Se enuncia en la norma *universal* de los derechos fundamentales, la misma que abarca a todas las personas que se encuentran bajo la vinculación de esa constitución lo que nos permite la identificación dogmática de los mismos, pues, forman parte del propio lenguaje jurídico-positivo de la nuestra, entendiendo por dogmática ese saber al servicio, tan sólo, de la construcción e interpretación de un concreto Ordenamiento jurídico.

Una primera aproximación a los derechos fundamentales nos hace constatar que son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado todas las técnicas de protección que ésta puede concebir; pero ¿Cuáles son los derechos fundamentales? Al menos nuestra Carta no menciona una sola vez los << derechos fundamentales>>, pero sí varias los << derechos constitucionales>>.

Es la Corte Constitucional la que al expedir las Reglas de procedimiento (R.O.-s- No.466 de 13-11-2008), ahora derogadas, afirma en su consideración tercera que <<La finalidad primordial del nuevo Estado ecuatoriano es la garantía de los <<derechos fundamentales>>, los cuales de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución, son de directa e inmediata aplicación y plenamente justiciables por y ante cualquier servidor público, juez o jueza, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales, o argüirse falta de ley para justificar su desconocimiento falta de aplicación>>, pero si leemos numerales referidos del artículo 11 éstos se refieren a los derechos establecidos en la Constitución, llamados por ésta <<constitucionales>>. En nuestro criterio, el constituyente ha querido caracterizar estos derechos por su nivel normativo supremo en el que los ha ubicado, trayendo una serie de trascendentales consecuencias para todas las personas. Con la terminología utilizada por la Corte parecería que existen los *derechos fundamentales*, que son los de directa e inmediata aplicación y otros *derechos no fundamentales*, no obstante ser constitucionales que requieren de la mediación del legislador. Es el caso de los derechos contenidos en las normas programáticas o cuando se enuncian teniendo como destinatario al propio legislador. No es así, pues, en general, todo derecho constitucional se desarrolla sobre la base de la legalidad del Ordenamiento jurídico, pues, los derechos no son autosuficientes para concretar por sí solos su eficacia.

La Constitución de la República vigente no admite la distinción de los derechos que reconoce, todos son constitucionales y todos son fundamentales, así lo prescribe en su propio principio contenido en el artículo 11.6:<< Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. >>. Para la Constitución los derechos humanos *fundamentan* las categorías jurídicas que los contienen, a través, de las cuales se aplican, siendo así eficaces.

La *eficacia directa del derecho fundamental* debe entenderse como la precedencia lógica de éste y su efecto vinculante a la actuación del legislador. Lo dicho es toda evidencia y surge del propio texto constitucional (Art.11.3) cuando prescribe los derechos serán de *directa e inmediata aplicación*; sin embargo, su ejercicio estará condicionado a los requisitos que establezcan la *Constitución o la ley*. No se debe asimilar la *eficacia directa* de los derechos constitucionales como una cualidad que crea la especie <<derechos fundamentales>>, pues

éstos<< han de concebirse siempre integrados por el conjunto de vías y remedios procesales que preexisten, acompañan y siguen a la entrada en vigor de las normas constitucionales, limitadas a estos efectos-otra cosa no es precisa- a enunciarlos; también en este punto, dicho de otro modo, la actualización del derecho fundamental requiere una mediación legal, por más que, de ordinario, tal mediación sea sólo de orden lógico, no cronológico>>.

En cuanto a los derechos constitucionales que no se aplican por *argüirse falta de ley para justificar su desconocimiento* y que deben, sin embargo, ser aplicados, son los derechos de protección o defensivos (tutela judicial, presunción de inocencia, derecho de defensa, etc.) que son autosuficientes.

En conclusión, todos los derechos constitucionales son fundamentales y todos se rigen por el principio de su eficacia directa, entendida como la precedencia lógica de la vinculación del derecho o de la sujeción a éste del poder constituido y, por eso, es norma previa a su desarrollo que queda a cargo del legislador. Primero hay la vinculación a los derechos constitucionales de todos los poderes, incluido el legislativo, luego acaece el actuar de éste.

No se trata, la *eficacia directa*, de una aplicación ajena al orden de legalidad imperante y necesaria. Lo que afirma es que el *derecho fundamental* es básicamente un *derecho constitucional* que, por serlo, vincula directamente a todos, sin necesidad de mediación de legislación ordinaria alguna, desde el momento de la vigencia del principio o la norma. Ese es el valor de la Constitución como norma y eso es lo que prescribe el artículo 426 de la nuestra:>>*Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución*>>. ¡Qué duda puede haber que todos los derechos constitucionales enunciados sujetan, someten o vinculan a todos, apenas entran en vigor! Por supuesto que el *ejercicio* de tales derechos se regula sólo por ley y eso implica que existen con antelación a la norma del legislador y que tienen efecto vinculante para todas las personas, autoridades e instituciones, en forma independiente a la actividad legislativa. La Constitución expresa su voluntad que los derechos sean tomados como situaciones jurídicas creadas directamente por ella misma y como normas deben ser de eficacia y aplicación inmediata, aun cuando algunos (los pragmáticos), sólo sean *exigibles* cuando hayan sido desarrollados por los poderes competentes para ello.

La primera consecuencia que sobreviene a que los derechos sean *directamente aplicables* es que, siendo anteriores o preexistentes a la ley, no pueden ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desfigurar su esencial contenido, pues, las leyes expedidas con este efecto serían inconstitucionales (Art. 114.4 CRE).

Por otra parte, el efecto de inconstitucionalidad de la variación del *contenido esencial* de los derechos, su desfiguración por parte del legislador, implica afirmar que tales derechos son anteriores a la actividad del legislador.

La Constitución también deja en claro que los principios programáticos también son derechos cuyo contenido se desarrollará de manera progresiva a través de las normas y, además, que el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio (Art.11.8 CRE), sin embargo tienen aplicación directa pues, el legislador u otro poder público no podrá actuar en forma contraria a los mismo ni expedir ninguna acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustamente el ejercicio los derechos (Ídem). Por supuesto, estos derechos de desarrollo progresivo no pueden ser invocados mientras no exista la ley que los desarrolle y el derecho, después de ese desarrollo, no será sino lo que la ley haya configurado como tal, aun cuando iluminados por el principio constitucional rector. Por eso sólo pueden ser alegados conforme lo dispongan sus leyes de desarrollo. La cualidad de los derechos fundamentales como límites al poder exige<< que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia. Los derechos reconocidos en la Constitución...forman parte del orden jurídico sin necesidad de ningún compromiso legal o reglamentario...>>.

Los derechos constitucionales son fundamentales porque su esencialidad es intangible a la actuación del legislador que no puede restringirla, desfigurarla o desconocerla, so pena de la inconstitucionalidad de la norma legal que lo pretenda.”⁷⁹

Los derechos fundamentales, tanto en la Constitución de 1998 como en la actual, poseen un tratamiento y categorización especial, puesto que estamos ante categorías que representan y definen la dignidad humana.

Pero es importante analizar el ¿Por qué? Esos derechos fundamentales, tienen ese tratamiento tan especial. Aquellos derechos, aparecen en la convivencia social del hombre y son el resultado de normas morales y que el Estado se ha visto en la obligación ineludible de plasmarlas políticamente en el tratado de convivencia llamado Constitución.

⁷⁹ Ob. Cit. Págs. 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118 y 119

Al ser nuestro país suscriptor de diferentes tratados y especialmente de aquel que hace relación con el respeto y dignidad del hombre; al legislador políticamente le está vedado limitarlos, desconocerlos, restringirlos, reformarlos, etc. Pues aquellos derechos, están por encima aun de acuerdos democráticos de una sociedad y de sus miembros.

5.4 El acto administrativo y la seguridad jurídica

Respecto a la seguridad jurídica, el Dr. José García Falconí manifiesta: “La seguridad jurídica puede ser presentada como un objetivo del sistema político, cualquiera sea su tipificación, o como una garantía constitucional, es decir, como un instrumento necesario para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional. Entendemos que la seguridad jurídica es, básicamente, una garantía constitucional, porque sin ella no puede haber libertad ni convivencia armónica en el seno de una sociedad dotada de organización política.

La seguridad jurídica de manera genérica, es una consecuencia del Estado en donde impera la ley estableciendo las reglas de juego a las cuales deberá adaptarse la conducta de los hombres en referencia para que ellos no sufran consecuencias lesivas para sus intereses. Pero de manera específica, y con referencia a una democracia constitucional, la seguridad jurídica es el conjunto de garantías que afirman la vigencia y aplicación de aquellas reglas de juego que impiden la desnaturalización de las libertades constitucionales del hombre.

Sin seguridad no puede haber libertad jurídica, ya que el hombre no podrá conocer las consecuencias que deparará el gobernante para sus comportamientos. Si la regla de juego es la vigencia de la arbitrariedad y la ignorancia del hombre acerca de los efectos jurídicos de sus actos, los derechos y libertades del individuo proclamados en un texto constitucional tendrán carácter meramente nominal, porque estarán subordinados a los designios de los gobernantes.

El propósito de la democracia constitucional es que las declaraciones abstractas que en materia de libertades y derechos pueda contener una Constitución, se transformen en realidades efectivas, y uno de los medios más idóneos a tal fin es la plena vigencia de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica presupone la tipificación por la ley de las conductas que les está vedado desarrollar a las personas, así como también de las conductas que puedan desplegar lícitamente en el ámbito de las relaciones sociales. Es necesario precisar

legalmente los tipos permitidos, y los no permitidos, de comportamientos y sus efectos. De tal manera, el hombre puede prever y valorar los efectos jurídicos de sus actos, por cuanto toda conducta debe tener necesariamente una determinada consecuencia legal que se hará efectiva en la práctica.

La seguridad jurídica disipa el miedo y las dudas en las relaciones sociales. No solamente respecto de las conductas que deben seguir los individuos, sino también las autoridades. Esa seguridad jurídica garantiza al hombre que no será objeto de sanciones legales por realizar los actos permitidos por la ley, y que los efectos atribuidos por la norma a esos actos se operarán irremediabilmente. Con semejante contenido, la seguridad jurídica, como garantía constitucional, permite organizar la vida individual y social, sin quedar sujeta a arbitrariedad y a los cambios normativos injustos, irrazonables e imprevisibles.

Se trata de una garantía que, sobre la base de la previsibilidad legal, protege a los hombres de los actos ilegales y arbitrarios ejecutados por los individuos y las autoridades gubernamentales, haciendo posible el ejercicio de los derechos constitucionales en forma ordenada y consecuente, por la sencilla razón que emana del estricto cumplimiento de las reglas de juego establecidas por la Ley Fundamental.

Siendo que las leyes regulan las conductas humanas, quien se adecua a ellas debe tener la seguridad de estar cumpliendo con las reglas de juego impuestas para la convivencia social, que no será sancionado si su conducta es lícita, y que será debidamente protegido en sus derechos si es objeto de un comportamiento ilícito. Caso contrario, el hombre estará inmerso en la inseguridad jurídica, con su secuela de arbitrariedad, privilegios inadmisibles y desubicación frente a la realidad social, que lo privará de su potestad a desarrollar una vida ordenada en un presunto Estado de Derecho.

La seguridad jurídica implica la supremacía de la ley frente a la conducta de los individuos y a la actuación de los gobernantes, descartando su sometimiento a la voluntad discrecional de los individuos y gobernantes.

Uno de los objetivos de la Constitución, expuestos en su Preámbulo, reside en asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino. Por tal razón el sistema constitucional impone la publicidad de las leyes y los actos gubernamentales. Además, muchas de las garantías particulares enunciadas en el texto constitucional configuran expresiones de la seguridad jurídica, en la medida que prevén las reglas de juego bajo cuya vigencia debe estar encarrilada la vida social. Por último, tiene estrecha relación con esta garantía el

principio establecido por el artículo 19 de la Constitución, según el cual nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En diversas cláusulas de los tratados internacionales citados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución, encontramos disposiciones referentes a la seguridad jurídica. Cláusulas referentes a la libertad física, a la privación arbitraria de la libertad a la tutela contra las detenciones por deudas y los errores judiciales, y establecimiento de vías procesales de índole internacional para remediar las violaciones a la seguridad jurídica, son normas que abundan en dichos documentos. A título de ejemplo, se puede analizar el contenidos de los artículos 17, 25 y 33 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7, 8 y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 2, 9, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Nota.- Tomado de la obra “Instituciones de Derecho Constitucional” de Gregorio Badeni.

El señor doctor Rodrigo Borja Cevallos ex Presidente Constitucional del Ecuador al referirse a la seguridad jurídica señala: “Es la certidumbre que las personas tienen sobre los alcances y límites de la autoridad pública. En el Estado de derecho hay referencias precisas respecto de hasta dónde llega el poder público y desde dónde comienza la esfera inviolable de los derechos de las personas. Lo cual torna predecible a la autoridad y elimina las arbitrariedades y las sorpresas en el ejercicio del poder. Genera en la sociedad un clima de seguridad jurídica y confiere a los gobernados las necesarias certidumbres y la tranquilidad de ánimo para que puedan desenvolver su vida sin sobresaltos.

Uno de los aspectos más importantes de esa seguridad está dada en el derecho penal, por la fórmula latina de nullun crimen, nulla poena sine lege-fórmula que aunque está expresada en latín no proviene del derecho romano sino del nuevo ordenamiento jurídico que emergió de las transformaciones europeas de fines del siglo XVIII-, destinada a defender, en contraste con la arbitrariedad judicial de la época anterior, el derecho de toda persona a no ser castigada por una acción no tipificada previamente como delito por la ley.

A la descripción legal de la conducta sancionada con una pena se llama tipicidad, conocida como tatbestandt en el derecho penal alemán. Para que haya delito se requiere que la conducta de una persona coincida con la descripción hecha por la ley penal y para que haya castigo se requiere que haya delito.

Esto produce la certeza de que nadie será castigado por una acción que no sea delictiva.

Hay, pues, una doble garantía: primera, que nadie recibirá sanción por un acto no definido previamente como delictuoso por la ley; y luego, que en el caso de una conducta incriminada su autor no podrá recibir una pena distinta de la que se ha establecido para ella.

La seguridad jurídica es un valor propio del Estado de derecho, es decir, del Estado cuya misión fundamental es asegurar la realización del derecho en la sociedad. Esta forma de organización estatal ofrece a las personas la garantía de que el aparato coercitivo del Estado será siempre utilizado en la forma y condiciones fijadas previamente por las leyes. Lo cual proporciona las certezas necesarias para vivir tranquila y apaciblemente. De estas certezas se desprenden otras. Ésta es la seguridad jurídica.

Sus raíces históricas han de encontrarse en el Bill of Rights inglés del 13 de febrero de 1689, que fue sin duda una declaración de derechos con profundo sentido democrático para su tiempo, puesto que estuvo dirigida a la generalidad de la población y no a determinados estamentos privilegiados. En ella, después de enumerar los 12 agravios del Parlamento contra el gobierno del último rey, Jacobo II, que acababa de abdicar el trono, y antes de que los nuevos reyes tomarán posesión de él, “los Lores espirituales y temporales y los Comunes reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este Reino”, en presencia de sus majestades Guillermo y María, príncipe y princesa de Orange, para asegurar sus antiguos derechos y libertades, declararon “que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de las leyes, sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal; que el pretendido poder de la autoridad real de dispensar las leyes o la ejecución de las leyes, como ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal; que las concesiones o promesas de multas y confiscaciones hechas a personas particulares antes de que haya sido adquirida la convicción del delito, son ilegales; y que para remediar todos los agravios y para la reforma, afirmación y observación de las leyes habrán de reunirse con frecuencia parlamentos”

No hay duda de que aquí están los gérmenes históricos del principio de la seguridad jurídica, en la medida en que el Parlamento inglés, hace 300 años, al reivindicar sus derechos frente a la Corona, estableció que la autoridad pública no puede suspender o ejecutar las leyes arbitrariamente, ni usurpar poderes, ni establecer exacciones fiscales ilegales ni reformar leyes sin la intervención del Parlamento”.

Nota: Tomado de la Enciclopedia de la Política del Dr. Rodrigo Borja Cevallos.

El señor Doctor Fabián Corral B. trata sobre la seguridad Jurídica en un artículo publicado en el diario “El Comercio” de Quito del 31 de enero del 2008, esto es de lo señalado en el artículo 23 ordinal 26 de la Constitución Política de 1998 y dice: “La Constitución Política, numerosas normas secundarias, múltiples opiniones y puntos de vista aluden persistentemente al concepto de “seguridad jurídica”.

Es uno de los principios más enunciados pero menos comprendidos y aplicados. Más aún, constituye una genuina aspiración de la sociedad. Pero, hay quienes dicen que la seguridad jurídica es una excusa para mantener el statu quo, y un argumento para defender privilegios y obstaculizar el cambio. Semejante tesis implica colocar al poder sobre el Derecho y confundir la legitimidad con el aval de una ideología, significa instrumentalizar la Constitución y las leyes y someter los derechos fundamentales a la arbitraria interpretación del Estado.

Ese concepto es el hilo conductor de los 17 principios del debido proceso que enuncia el artículo 24 del Estatuto.”

“LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El artículo 82 de la nueva Carta Política señala: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”; y el artículo 66 número 29 letra d manifiesta “Los derechos de libertad también incluyen...d) Que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo no prohibido por la ley” y esto es lo que es la base de la seguridad jurídica que nadie puede ser obligado a hacer lo que no mande la ley ni obligado a hacer lo que no manda, ni tampoco de lo que ella no prohíbe, de lo que se desprende que en nada afecta el principio de la seguridad jurídica....”⁸⁰

La seguridad jurídica, constituye la garantía constitucional básica y elemental, que todo Estado constitucional de Derecho que se precie de tal, debe aplicar y poner en vigencia.

En todo Estado, en donde la ley impere, en la cual existan reglas de juego claras, tanto para el ciudadano, como para aquellos que pretenden invertir en ese Estado, la seguridad jurídica, es la garantía de que el sistema político y judicial de ese país

⁸⁰ GARCÍA FALCONÍ. José. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. Editorial. RODIN. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2008. Págs. 232, 233, 234,235, 236, 237 y 238.

aplica y respeta las reglas y las leyes preestablecidas, lo que impide que las libertades constitucionales del hombre se desnaturalicen.

Sin seguridad jurídica, no puede existir libertad, toda vez que el ciudadano, tendrá que estar supeditado a los comportamientos y cambios de humor con los que se levanten los gobernantes. Toda vez que la regla de juego y la constante, es la vigencia de la arbitrariedad y la ignorancia del hombre acerca de los efectos jurídicos de sus actos, los derechos y libertades del ciudadano, proclamados en la constitución serán letra muerta.

La presencia de la seguridad jurídica, elimina el temor y las dudas en las relaciones sociales. La seguridad jurídica es la garantía de que los individuos no serán sancionados por ejercer sus derechos previstos en la Ley; se trata de una garantía que sobre la base de la previsibilidad legal, blindada a los hombres de los actos ilegales y arbitrarios ejercidos por los ciudadanos y autoridades. Esta garantía hace posible el ejercicio de los derechos constitucionales previstos en la norma suprema.

Quienes se someten a las reglas de convivencia social, deben tener la certeza de no ser sancionado cuando está cumpliendo con la ley; y, de igual forma que esa misma sociedad le protegerá cuando es lesionado en sus derechos. Caso contrario los hombres, estaríamos inmersos en la inseguridad jurídica, envueltos en un torbellino de arbitrariedad, privilegios inadmisibles y desubicación frente a la realidad social, en un supuesto Estado de Derecho.

La seguridad jurídica, es un valor propio del Estado de Derecho, es decir de ese estado que tiene como fin, asegurar la primacía del derecho en la sociedad.

Este tipo de organización estatal, le brinda a los habitantes, la garantía de que el aparato coercitivo del Estado será utilizado en la forma y condiciones fijadas previamente en las leyes; esto proporciona la certeza para vivir en tranquilidad social.

Nuestra garantía constitucional en estudio, hunde sus raíces en el año 1689, en aquellos tiempos en que los reyes y monarcas ejercían autoridad con vara de hierro y por encima de las leyes; es en aquellas épocas que las proclamas que se oponen a que dichos Monarcas sigan y continúen con arbitrariedades hacia el pueblo; y, por lo tanto limitan dicho poder y autoridad al pronunciamiento previo del parlamento.

En nuestro país, la carta magna del año mil novecientos noventa y ocho, dentro del capítulo de los derechos civiles, establecía a la Seguridad Jurídica, como una garantía

a dichos derechos civiles de los ciudadanos. La actual Constitución institucionaliza y erige a la seguridad jurídica como una garantía constitucional y el respeto a la constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Es decir, la vigente carta política, hace énfasis especial en la certeza que deben tener los ciudadanos que habitamos este país, en que su actuar y la convivencia en sí, está garantizado por dicha garantía constitucional.

5.5 El acto administrativo y el debido proceso

Nuestro país que se precia de tener la Constitución Política, de avanzada y respetuosa de los derechos individuales; jamás podría prescindir de las garantías básicas del derecho al debido proceso. Es decir que en todo procedimiento en donde se decidan y determinen derechos y obligaciones en contra del administrado, se asegurará dicha garantía constitucional. Entre las que resaltan tenemos: a).- el derecho a ser escuchado y en igualdad de condiciones; b).- el derecho a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; c).- el derecho a acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; d).- el derecho a contar con la asistencia de un abogado particular o un defensor público; e).- el derecho a presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentaciones de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecirlas las que se presenten en su contra; f).- el derecho a que las resoluciones que se emitan en su contra, sean debidamente motivadas. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados; g).- el derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Como podemos apreciar, el debido proceso implica, todas estas garantías constitucionales, previstos en el Art. 76, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador en actual vigencia; dentro de la cual en forma expresa, se consagran y reconocen también para los procedimientos administrativos, en los cuales se dicten o decidan actos que vulneren o puedan vulnerar derechos subjetivos de los administrados.

Por lo tanto el derecho al debido proceso administrativo, se articula, de la siguiente manera:

1. **Derecho a ser escuchado y en igualdad de condiciones.**- Este derecho implica la posibilidad cierta que tiene el administrado, de poder exponer las razones de sus pretensiones, dentro de un procedimiento administrativo y de contar con la certeza de que la administración no lo mirará por debajo del hombro durante dicho procedimiento, en donde estén en juego derechos subjetivos.
2. **El derecho a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.**- En todo procedimiento administrativo, el administrado tiene la seguridad de contar con los términos o plazos, a fin de que dentro de ellos prepare, organice y coordine su defensa, la cual implica que lo ha de realizar con la asesoría de un profesional del derecho.
3. **El derecho a acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.**- El administrado tiene completa libertad de poder acceder a la documentación y las actuaciones, que se presenten en el procedimiento, en el cual él será sujeto principal del acto administrativo que decida sobre sus derechos subjetivos.
4. **El derecho a contar con la asistencia de un abogado particular o un defensor público.**- Es elemento fundamental del derecho constitucional a la legítima defensa, el de contar con la asistencia de un profesional del derecho, sea este privado o público; lo cual afianza y garantiza la solvencia y seguridad jurídica que deben tener los actos administrativos, pronunciados, habida cuenta de que gozan de legalidad.
5. **El derecho a presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentaciones de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecirlas las que se presenten en su contra.**- Es virtud fundamental del debido proceso, el que el administrado goce, del derecho a producir y presentar pruebas en defensa de sus legítimos derechos. De igual forma el derecho que tiene este de contradecir toda la prueba que se presente y se reproduzcan en su contra.

La garantía a la legítima defensa que posee el administrado de argumentar en forma verbal o escrita, las razones de sus fundamentos de hecho y de derecho y a poder replicar y contradecir los argumentos de la administración.

6. **El derecho a que las resoluciones que se emitan en su contra, sean debidamente motivadas. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.**- Todo acto administrativo, en donde se decidan

derechos subjetivos de los administrados, deberán contener la respectiva **MOTIVACIÓN**, la cual no solo implica la enunciación de principios y articulado; sino también implica la exposición explícita de su pertinencia y los motivos. En todo caso la falta de dicha motivación acarrea la nulidad de dichos actos y los servidores o servidoras responsables de los mismos, deberán responder administrativa, civil o penalmente por los mismos.

7. El derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.- Recurrir una resolución administrativa, implica poder interponer los recursos de los que el administrado se crea asistido y la ley lo permita, sin que exista ninguna limitante, para que se pueda conceder los mismos.

Es importante resaltar que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 Distrito de Portoviejo, mediante sentencia de 22 de septiembre de 2008, las 14h20, en la causa No. 74-2005 Sofía Enriqueta Ramírez Salazar RESUELVE: OCTAVO: “Sin embargo, de la revisión detenida del proceso, se determina que no consta la documentación relacionada con el sumario administrativo, que de conformidad con la Ley, debió haberse incoado contra la administrada, lo que privó a ésta de ejercer su legítimo derecho a la defensa consagrado en la Constitución de la República, (...). Enseña la doctrina, que lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el debido proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otras el de legítima defensa. De allí que las omisiones de plazos, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, no constituye la omisión de simples solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las Leyes....De todo lo cual se desprende que la autoridad demandada cometió un acto arbitrario e ilegal, pues no tiene atribuciones para nulificar actos que la ley establece corresponde a la administración de justicia...”⁸¹

Este extracto de la sentencia pronunciado en la impugnación de un acto administrativo, que ha sido tramitado sin respetar el debido proceso, específicamente, el derecho a la defensa, nos da la pauta que cuando se vulneran dichas garantías constitucionales, acarrearán como en el presente caso su nulidad y que mejor los

⁸¹ GACETA. JUDICIAL. Órgano de la Función Judicial de la República del Ecuador. Editorial ECOMINT. Serie XVIII, No. 10. Quito-Ecuador. 2010. Pág. 3940.

jueces competentes, para que hagan respetar dichas garantías de los administrados, cuando estas son amenazadas por actos administrativos violatorios de derechos subjetivos; que lo único que hacen es generar inseguridad jurídica y poca credibilidad en las instituciones.

Por otro lado y a fin de resaltar fallos de Casación pronunciados por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el cual dicha Sala con mucha solvencia y en aplicación del derecho constitucional al debido proceso y la violación del derecho a la defensa, nulita el acto procesal objeto del recurso y que para mayor ilustración me permito transcribir: “...En texto Constitucional invocado por el recurrente, (art. 24 , numeral quinto de la Constitución de 1998), que es norma jerárquicamente superior a cualquier ley adjetiva, determina: Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria”. (El énfasis es de la Sala). El contenido que encierra el principio constitucional establecido en el referido artículo 24, numeral 5, de esa Carta Política, constituye una de las garantías básicas sobre las cuales se cimenta el sistema jurídico del país y, particularmente, el sistema judicial. En el caso que se examina, es evidente la transgresión del numeral 5 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, toda vez que la alegación del recurrente de que no contó con la presencia de un abogado defensor en el desarrollo del sumario administrativo, conforme se desprende del proceso. Uno de los elementales principios y valores del Derecho Administrativo es el del debido proceso, que exige, para la legalidad de un acto administrativo que se haya seguido el procedimiento establecido por la ley. Tanta importancia posee este aspecto que del rango legal que venía teniendo nuestro sistema jurídico, en aplicación del principio constitucional del derecho de legítima defensa, en la Constitución de la República de 1998 fue elevado al rango de garantía constitucional fundamental, conforme expresamente lo señala el artículo 24 de dicha Carta Política; la violación de dicha garantía constitucional, per se, nulita el procedimiento adoptado en el sumario administrativo, conforme lo determina el literal b) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...”⁸²

Como en el caso anterior, en la presente sentencia que se ha citado como ejemplo, la vulneración de las garantías constitucionales, (el debido proceso), que no se observó

⁸² GACETA. JUDICIAL. Órgano de la Función Judicial de la República del Ecuador. Editorial ECOMINT. Serie XVIII, No. 6. Quito-Ecuador. 2009. Pág. 2298.

al instaurar un sumario administrativo y resolver la destitución de un funcionario público; no proveyéndole un abogado defensor, para que le asista en su declaración; no constituyó la simple omisión de una mera formalidad; sino que dicha omisión constituyó la vulneración expresa de una garantía constitucional que los señores Jueces de la Sala de Casación, inclusive invocando doctrina, con toda la solvencia que el caso amerita, declaran la nulidad del proceso administrativo que determinó la destitución del funcionario y ordenan su reintegro al trabajo y el pago de sus haberes que dejó de percibir.

Es importante que conozcamos lo que la jurisprudencia comparada como la de Argentina, establece y como se desarrolla estas garantías constitucionales (debido proceso), dentro del pronunciamiento del acto administrativo.

El profesor Juan Carlos Cassagne, a este respecto manifiesta: “Como principio derivado de la garantía constitucional de la defensa –reconocida en el art.18, CN-la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos estatuyó el principio del “debido proceso adjetivo” (art. 1, inc. f, LNPA) el cual encuentra su fundamento en el Derecho Natural.

Tal principio, cuya aplicación en el procedimiento administrativo es aceptada en forma amplia por la doctrina nacional y comparada ya había sido receptado por la jurisprudencia administrativa y judicial. En cierto modo puede afirmarse que la garantía que él comporta funciona tanto en defensa del interés privado del recurrente como del interés público o bien común, en tanto el administrado persigue indirectamente la satisfacción de este último.

En el orden nacional, el principio del debido proceso adjetivo se articula en los siguientes derechos esenciales:

- 1) Derecho a ser oído. Este derecho comprende para el administrado la posibilidad, según lo prescribe la norma, de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, así como interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

Para Escola, el reconocimiento efectivo de este principio presupone que el administrado “tenga la oportunidad de conocer las actuaciones y antecedentes administrativos, para poder tomar así razón de todos los elementos que de ellas resulten y que serán los que han informado o informarán el acto decisorio de la administración”.

En consecuencia, el derecho a obtener vista de las actuaciones constituye un presupuesto necesario de este elemento (derecho a ser oído) que integra la garantía del debido proceso adjetivo.

A su vez, en lo concerniente al patrocinio letrado, si bien la norma la conceptúa como un derecho del administrado, el mismo asume carácter obligatorio en aquellas ocasiones en que se planteen o debatan cuestiones de índole jurídica (art.1, inc. F), ap. 2 in fine, LNPA), salvo cuando una norma expresa permita que la representación se ejerza por quienes no son profesionales del derecho.

2) Derecho a ofrecer y producir pruebas. Este segundo elemento del debido proceso adjetivo comprende el derecho a:

- (i) ofrecer y producir pruebas dentro del plazo que razonablemente fije la Administración en atención a la complejidad del asunto y a la índole de la prueba que deba producirse;
- (ii) reclamar de la Administración que requiera y produzca los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva;
- (iii) controlar por sí mismos o por intermedio de sus profesionales todas las medidas y actuaciones que se produzcan en el período de prueba;
- (iv) presentar alegatos y descargos una vez finalizada la etapa probatoria del procedimiento.

3) Derecho a una decisión fundada. Este derecho se conecta en su faz pasiva con el deber genérico de motivar los actos administrativos impuesto por el art. 7, inc. e), LNPA.

La garantía del debido proceso adjetivo se realiza debidamente sólo si la decisión hace “expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas”, en tanto “fueren conducentes a la solución del caso”.⁸³

El debido proceso, elevado a la categoría de principio y garantía Constitucional del derecho a la defensa, reconocido en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos; la cual instituyó “el debido proceso adjetivo”, el cual encuentra su origen y su razón de ser en el Derecho Natural.

El principio objeto de este estudio, ha sido aceptado en forma amplia y expresa por la doctrina nacional y comparada. El mismo juega un doble papel; toda vez que

⁸³ Ob. Cit. Págs. 54 y 55.

constituye garantía tanto para el interés del administrado como para el interés público.

El debido proceso adjetivo se articula en los siguientes elementos:

- 1) **Derecho a ser escuchado.**- Esto implica que el administrado, tenga la posibilidad de exponer y ser escuchado de las razones y motivos de sus pretensiones y defensas, antes de que se emita un acto que grave o ponga en entredicho sus derechos subjetivos. Este derecho debe ser ejercido con el patrocinio de un profesional del derecho, a fin de que sus actuaciones generen seguridad jurídica y no vicien de nulidad las actuaciones de la administración.
- 2) **Derecho a ofrecer y producir prueba.**- El administrado a través de su procurador judicial, tiene todo el derecho a aportar toda aquella prueba que considere pertinente para su defensa y precautela de sus derechos subjetivos; de igual forma tiene toda la amplitud, a solicitar a la administración que requiera y produzca los dictámenes e informes necesarios que permitan el esclarecimiento de los hechos y la verdad jurídica objetiva. De igual forma, dicho derecho comporta, la vigilancia a todas las actuaciones que se den durante el período de prueba. Finalmente, puede realizar alegatos y descargos, una vez concluida la etapa probatoria.
- 3) **Derecho a una decisión fundada.**- Toda decisión que afecte a los administrados, deben ser debidamente motivadas por quienes las dicta o pronuncian.

Por otro lado y abordando la temática de nuestra tesis, es importante citar lo que establece el Art. 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en actual vigencia respecto a la suspensión de la ejecución del acto administrativo: “Art. 189.- Suspensión de la ejecución.

1.- La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2.- No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

4.- La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera acción contenciosa administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual, una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial.”.

Es importante destacar que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva contempla la posibilidad que tanto en vía administrativa como en vía judicial, sea suspendido los efectos del acto administrativo impugnado, mientras dura la tramitación del mismo y se obtenga un pronunciamiento definitivo y en firme. Con ello aparentemente se estaría cumpliendo lo que establece el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador en actual vigencia, respecto al debido proceso. Sin embargo es preciso dejar en claro que ni la Administración Pública Central hace uso del articulado invocado y previsto en el Estatuto y lo primero que se busca a través del funcionario competente, es que el administrado cumpla a raja tabla con lo resuelto so pretexto de precautelar el interés público. Sin embargo la experiencia nos permite decir y con mucha certeza que dicha premisa que utiliza la Administración Pública, muy lejos de precautelar el interés general, lo que ocasiona es cuantiosas indemnizaciones que las terminamos pagando todos los ciudadanos, producto de la negligencia, imprudencia y desconocimiento de la ley, cuando dichos actos administrativos terminan siendo anulados en instancias superiores.

Por otro lado vale recalcar que aunque ya lo tratamos en capítulos anteriores, debemos dejar en claro que nuestra legislación o mejor dicho la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, data del año de 1968 y que no ha sufrido ningún cambio, la cual nos rige hasta la actualidad y la misma es la copia textual de la Ley española de 27 de diciembre de 1956, es decir legislaciones caducas y obsoletas que no están acordes y a tono con los avances sociales y los derechos y garantías constitucionales vigentes a la actualidad.

Sin embargo los Tribunales Distritales del Ecuador, siguen aplicando el rigor de la inconstitucionalidad, las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos hasta que culmine el proceso contencioso administrativo, excluyendo toda posibilidad de aplicar la suspensión de los actos y sus efectos.

Los diferentes Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pese a que poseen una legislación de avanzada tanto en derechos como en garantías; para justificar la no suspensión del acto administrativo impugnado ante ellos, terminan invocando el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, articulado que a la presente fecha en forma expresa esta derogado.

Resulta inverosímil que a estas altura, en donde la Administración Pública Central y los jueces de derecho que avocan conocimiento de actos administrativos que se ponen en su conocimiento, les resulte difícil el ponderar y razonar, tal y conforme les franquea la ley y la propia Constitución.

La actual Constitución que consagra el principio de legalidad, así como la garantía a la seguridad jurídica Art. 82, que contiene y del cual deriva el principio de tutela judicial efectiva Art. 75 CRE; así como las garantías básicas del debido proceso administrativo; normas estas que de sobrada razón confirman la derogaría del Art. 76 LJCA; a fin de que tanto Administración Pública y Jueces de derecho, no continúen vulnerando derechos y garantías de los administrados al momento de conocer y resolver sobre el pedido de medidas cautelares y la suspensión de los efectos de los actos puestos en su conocimiento.

Este análisis se ve confirmado con los anexos que me he permitido recopilar y que evidencian la pobreza jurídica con la que se trata los procesos en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe; pues en los diferentes autos de aceptación a trámite, los jueces no aplican ni el principio de tutela judicial efectiva, ni el del debido proceso. Muy por el contrario invocan el ya derogado Art. 76 LJCA, a fin de justificar las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos hasta que culmine el proceso contencioso administrativo.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el presente trabajo investigativo, puedo concluir manifestando lo siguiente:

- 1.- La prohibición de ejecución y cumplimiento del acto administrativo, que se encuentra previsto en el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si genera inseguridad jurídica en la parte que debe cumplirlo y lo que es peor dicha disposición de carácter procesal adjetiva, se contrapone a las garantías constitucionales previstas en el Art. 76 de la actual Constitución de la República del Ecuador, en lo referente al DEBIDO PROCESO.
- 2.- Adicionalmente la prohibición de ejecución y cumplimiento del acto administrativo, que se encuentra previsto en el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no sólo vulnera garantías constitucionales, sino que se contradice con la normativa prevista en el Art. 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
- 3.-De la revisión de los diferentes procesos contenciosos administrativos que se han tramitado en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 con sede en Loja y Zamora Chinchipe, durante la vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador; el mismo no ha dispuesto la suspensión del acto administrativo impugnado, mientras se ventila el proceso, pese a que el actor del proceso ha si lo ha solicitado expresamente. Lo cual será justificado con anexos.
- 4.- Al analizar y revisar los diferentes procesos contenciosos administrativos que se han tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo No. 5 con sede en Loja y Zamora Chinchipe; durante la vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador, jamás en sus autos de aceptación a trámite, aplica el principio de tutela judicial efectiva.

RECOMENDACIONES

Creo necesario formular las siguientes recomendaciones:

PRIMERA.- Esperando que el presente trabajo, contribuya en algo, al inquieto espíritu investigativo de los estudiantes del derecho y sugiero que se profundice en el estudio de las caducas estructuras jurídicas que datan del siglo pasado y que no reflejan la realidad el avance social de nuestro país.

SEGUNDA.- Que los nuevos estudiantes propongan a los órganos competentes se estructure normativa administrativa que no propenda a la limitación de derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos a pretexto del interés general; lo cual refleja la forma solapada de transgredir derechos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ABARCA. GALEAS. Luis. Humberto. El Estado Constitucional De Derecho y Justicia Social. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2013.
- 2.- BUSTAMANTE. FUENTES. Colón. Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. Quito-Ecuador. 2012.
- 3.- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, artículo 1.
- 4.- CASSAGNE. Juan Carlos. DERECHO ADMINISTRATIVO. TOMO II. Editorial. Palestra. Primera Edición. Lima-Perú. 2010.
- 5.- CARRIÓN GONZÁLEZ. Paúl. Introducción al Derecho. Editorial Universidad Técnica Particular de Loja. Texto Guía. Primera Edición. Loja-Ecuador. 2010.
- 6.- CABANELLLAS. Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 26 edición. Argentina. TOMO III D-E.1998.
- 7.- DURANGO ÁLVAREZ. Gerardo. Derechos Fundamentales y Democracia Deliberativa. Editorial Temis. S.A. Bogotá-Colombia. 2006.
- 8.- GACETA. JUDUCIAL. Órgano de la Función Judicial de la República del Ecuador. Editorial ECOMINT. Serie XVIII, No. 6. Quito-Ecuador. 2009.
- 9.- GACETA. JUDUCIAL. Órgano de la Función Judicial de la República del Ecuador. Editorial ECOMINT. Serie XVIII, No. 10. Quito-Ecuador. 2010.
- 10.-GARCÍA FALCONÍ. José. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PRO ZAVALA EGAS. Jorge. Lecciones de Derecho Administrativo. TOMO I. Editorial EDILEX S.A. Primera Edición. Guayaquil-Ecuador. 2011.
- 11.- GARCÍA DE ENTERRIA Eduardo-RAMÓN FERNÁNDEZ. Tomás. Curso de Derecho Administrativo. TOMO I. Editorial Palestra-Temis. Lima-Bogotá.
- 12.- GARCÍA DE ENTERRÍA. EDUARDO Y RAMÓN FERNANDEZ TOMÁS. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Temis S. A. 12a. Edición. Bogotá-Lima. 2008.
- 13.- JARAMILLO ORDÓÑEZ. Herman. Manual de Derecho Administrativo. Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Tercera Edición. Loja-Ecuador. 1992.
- 14.- JARAMILLO ORDÓÑEZ. Herman. Introducción a la Ciencia y Técnica del Derecho. Editorial de la Universidad Nacional de Loja. Primera Edición. Loja-Ecuador. 1990.
- 15.- LARREA HOLGUÍN. Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Editorial. Corporación de Estudios y Publicaciones. Sexta Edición. Quito-Ecuador. 1998.
- 16.- MARTÍNEZ-PUJALTE. Antonio-Luis / Tomás De DOMINGO. Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. TOMO I. Editorial PALESTRA. Primera Edición. Lima-Perú. 2010.

- 17.- OCEANO UNO. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Edición 1991. Bogotá-Colombia. E.
- 18.- QUINCHE. RAMÍREZ. Manuel. Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá-Colombia. 2008
- 19.- SECAIRA DURANGO. Patricio. Derecho Administrativo. Texto Guía. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja. Primera Edición. Loja-Ecuador. 2010.
- 20.- TORRES CHÁVEZ. Efraín. Filosofía y Derecho Penal. Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Primera Edición. Loja-Ecuador. 1987.
- 21.- ZAVALA EGAS. Jorge. Lecciones de Derecho Administrativo. TOMO I. Editorial EDILEX S.A. Primera Edición. Guayaquil-Ecuador. 2011.

ANEXOS No. 1

DEMANDA ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO CINCO CON SEDE EN LOJA Y EL AUTO DE ACEPTACIÓN A TRÁMITE A DICHA DEMANDA, MEDIANTE EL CUAL SE NIEGA A SUSPENDER EL ACTO ADMINISTRATIVO.

SEÑORES JUECES PROVINCIALES DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO CINCO CON SEDE EN LOJA.

Klever Gonzalo Pinta Quinche, de treinta y dos años de edad, casado, de profesión cabo segundo de policía nacional, domiciliado en esta ciudad de Loja, a sus Autoridades comedidamente les digo:

PRIMERA: ACTOR: Se encuentra descrito en la parte inicial de la demanda, a la cual comparezco en ejercicio pleno de mis derechos Constitucionales y legales.

SEGUNDA: NOTIFICACION Y AUTORIZACION.

Recibo notificaciones en la casilla judicial 336 y al correo electrónico: aguilarjorge1970@gmail.com

Designo como mi defensor al Dr. Jorge Eduardo Aguilar Arciniegas, para que presente escritos en mi nombre y representación, hasta la terminación del actual litigio.

TERCERA: ENTIDAD DEMANDADA: El órgano de la Administración Pública contra el que se plantea la presente acción, es el Comando de Policía Sub zona 11 Loja; y, el Comando de Policía Zona 7-Loja.

CUARTA: AUTORIDAD DE LA QUE EMANA EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-La Autoridad de la que emana el acto administrativo impugnado materia de la presente acción Contencioso administrativa, es el señor Coronel de Policía de E. M. Víctor Hugo Londoño Molina, Jefe de la Sub Zona 11 Loja de la Policía Nacional; y, el señor Coronel de Policía de E.M. Luis Galo Cobos Fernández, Jefe de la Zona 7-Loja, quien ratifica el acto administrativo objeto de la impugnación.

QUINTA: CITACION: A los señores Coroneles de Policía E. M. Víctor Hugo Londoño Molina y Luis Galo Cobos Fernández, se los citará en el Comando de Policía Zona 7-Loja;y, en el Comando de Policía SUBZONA 11-Loja, ubicados en las calles Argentina y Bolivia de esta ciudad de Loja.

SEXTA:- ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE HECHO

1.- Sucede señores Jueces, que días anteriores y específicamente el día 18 de diciembre de dos mil trece, había sido designado en el horario de 08h00 a 14h00 y de 20h00 a 02h00 del día siguiente, con la consigna de dar resguardo y seguridad en el arresto domiciliario a la adolescente **ANDREA MISHEL LARCO MERINO**, domicilio ubicado en las calles Manuel Espinoza y Quitumbe, barrio Las Peñas de esta ciudad de Loja, debiendo presentarme y dar relevo a las 20h00 al compañero **Luis Xavier Guamán Gordillo**. Más sucede que al encontrarme en el sitio y hora antes indicada con el fin de relevar la guardia, se suscita la novedad que el compañero policía **Luis Xavier Guamán Gordillo**, quien estaba encargado de la custodia de la adolescente; ni él ni la precitada adolescente no aparecían por ningún lado de la casa, las puertas de la misma se encontraban cerradas y nadie

respondía a mis llamados, **“Comunicando de este particular mediante una llamada a la CAC-101”**. Para luego de unos minutos de buscarlo por toda la casa y llamarlo, al abrir la puerta del cuarto donde se custodiaba a la señorita **ANDREA MISHEL LARCO MERINO**, pude encontrar al policía y con muestras de posible manchas de sangre en su rostro y uniforme.

2.-Al lugar de los hechos y por mi llamado, acudieron los señores Subteniente de Policía. Luis Nicolay Bustamante Rengifo (Módulo) y el Sargento Luis Alberto González Valencia, quienes por disposición de la Dra. Karina Castillo Merchán, Fiscal de Loja de Turno y la Dra. Gladis Sarango, Jueza Primera de Garantías Penales de Loja, **procedieron a la detención del policía Luis Xavier Guamán Gordillo e ingresarlo a la UPC-El Sagrario con custodia policial**, de igual forma llegaron al lugar de los hechos, constatando lo sucedido los señores Cbop. Luis Vicente Yaguache Sánchez y Cbos. Oscar Milton Merizalde Rogel, pertenecientes a la Policía Judicial de Loja del (India 11), y también los señores Sgos. César Ramón Rodríguez Cando y Cbop. Truman Wilfrido Armijos Iñiguez del Servicio de Apoyo criminalística de la PJ-SZ-11-L quienes por su parte tomaron fotografías y muestras de sangre en varias áreas de la vivienda.

3.- Debo de aclarar que aparte de la llamada telefónica que realice y mediante la cual di aviso de lo sucedido, también elaboré un parte policial de los hechos, el mismo que fue redactado a las 23h15, del día 18 de diciembre de dos mil trece y dirigido al señor Jefe de la Sub Zona de Policía de Loja No. 11; pormenorizando lo acontecido.

Así mismo por orden de mi subteniente Luis Bustamante, me **quedé como custodio del señor policía Luis Xavier Guamán Gordillo, quien se quedó en calidad de detenido por orden de la Fiscal y Jueza de Turno, por el presunto delito de evasión de arresto domiciliario.**

4.- Con fecha 19 de diciembre de dos mil trece, mediante Memorando No. 2013-5002-SZ-11, suscrito por el señor Tcnl. de Policía de E.M. Polivio Vicente Aymar Ludeña, Jefe de la Sub zona Loja No. 11, se dispone se realicen las respectivas investigaciones que el caso ameritaba. En dicho sumario administrativo que se inició sobre todo para establecer la responsabilidad administrativa **del compañero Luis Xavier Guamán Gordillo**; también aporte con mi versión, la misma que consta a fojas 32 y 32 vuelta del proceso administrativo. De la revisión pormenorizada de dicha versión rendida con fecha 27 de diciembre de dos mil trece, a las 10h00, ante el Cbos. de Policía Jaime Adalberto Atocha Sánchez, se puede establecer con claridad meridiana que mi participación en dicho proceso administrativo, es con el fin de aportar al esclarecimiento de los hechos que se investigaban y dirigidos a establecer la

responsabilidad del señor policía Luis Xavier Guamán Gordillo, así se estable: **“...comparece el señor Cbos. de policía KLEVER GONZALO PINTA QUINCHE, con CC: 1104169709, con la finalidad de rendir su versión libre y voluntaria, relacionada con la detención del señor Policía LUIS JAVIER GUAMAN GORDILLO, por la presunta evasión de arresto domiciliario de la adolescente ANDREA MICHELLE LARCO MERINO;...”**. Las negrillas y el subrayado me pertenecen. Con ello queda totalmente claro, contra quien fue dirigida la investigación.

De la revisión del precitado proceso administrativo, no se encuentra ningún acto procesal que yo haya aportado, ni se me haya solicitado, porque efectivamente yo jamás fui objeto de dicho proceso administrativo.

5.- Con fecha 15 de enero de dos mil catorce, mediante Oficio No. 2014-0075-USZAI-11, suscrito por el Teniente de Policía Jorge Luis Aguilar Camisan, Jefe de la USZAI-11, le da a conocer al señor Coronel de Policía de E.M, Víctor Hugo Londoño Molina, Jefe de la Sub zona Loja No. 11, que con dicha fecha se elabora por parte del señor Cbos. de Policía Jaime Adalberto Atocha Sánchez, Agente USZAI-11, el informe investigativo, **“...relacionado a la presunta circunstancias de la evasión de arresto domiciliario de la adolescente ANDREA MISHEL LARCO MERINO, mientras se encontraba custodiada del señor Policía LUIS XAVIER GUAMÁN GORDILLO, perteneciente a la UPC-El Sagrario, Distrito Loja, SZ-11-L.”**.

6.-**Mediante oficio** No. 2014-0077-USZAI-11, de fecha 15 de enero de 2014 y dirigido a la Dra. Verónica Yesenia Solano Pineda, abogada patrocinadora del señor **LUIS XAVIER GUAMÁN GORDILLO**; oficio suscrito por el señor JAIME ADALBERTO ATOCHA SÁNCHEZ, cabo de policía, Agente de la USZAI-11; dándole a conocer y notificándole **“... que hasta la presente fecha se culminaron las investigaciones de carácter interno administrativas de las cuales fue objeto su patrocinador legal el señor Policía Nacional LUIS XAVIER GUAMÁN GORDILLO, en la USZAI-11-L, respecto a las presuntas circunstancias...”**. Las negrillas y el subrayado me pertenecen.

Es decir queda totalmente claro, quien era objeto del proceso administrativo investigativo que se entabló.

7.- De todas las conclusiones a las que arriba el señor agente investigador que tuvo a cargo el proceso administrativo, todas apuntan que el único responsable de la evasión de la adolescente a la cual custodiaba, fue el señor policía **LUIS XAVIER GUAMÁN GORDILLO**; conforme se desprenden de cada una de las piezas procesales que constan en el expediente.

8.- Sin embargo con fecha 26 de enero de 2014, mediante Memorando No. 2014-0285-SZ11 y suscrito por el señor Coronel de Policía de E.M. Vítor Hugo Londoño Molina, Jefe de la Sub Zona 11 Loja de la Policía Nacional; memorando mediante el cual me da a conocer que debo cumplir **20 DIAS DE ARRESTO** al interior del Comando de la Sub Zona 11 Loja, por haber adecuado mi conducta en lo estipulado en el Art. 62, numerales 5 y 48, en razón de haberse probado conforme a derecho mi responsabilidad en la evasión de la adolescente **ANDREA MISHEL LARCO MERINO**. Situación más descabellada y desproporcionada, toda vez que conforme lo dejo transcrito en los numerales anteriores y que son copia textual de los oficios enviados, jamás mi persona fue objeto de proceso administrativo e investigativo por dicho caso, conforme lo vengo alegando en forma reiterada.

SÉPTIMA: FUNDAMENTOS DE DERECHO

Señores Jueces, los principios Constitucionales como el debido proceso, el derecho a la defensa, en el presente proceso administrativo y en definitiva en el memorando mediante el cual se me comunica que se los ha respetado, son meros enunciados, pues una cosa es invocarlos y otra cosa es velar por que se cumplan dentro de un proceso.

Por consiguiente amparado en lo que disponen el Art. 75, Art. 76, numeral 1, 7, literales a), b), c), h), l); Art. 82, Art. 173, Art. 424, Art. 425, Art.426 y Art. 427 de la Constitución de la República del Ecuador.

El Art. 10 del Reglamento de disciplina de la Policía Nacional.

Art.1, Art.3, inciso segundo y 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

OCTAVA:- PROCURADURIA DEL ESTADO

De conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de la Procuraduría del Estado; para fines determinados en lo que sea pertinente en este cuerpo legal, se contará con el señor Procurador del Estado o su Director Regional en la Ciudad de Loja, al cual se lo notificará en su despacho, ubicado en la calle Dieciocho de Noviembre entre Colón y José Antonio Eguiguren, edificio Guerrero "Hogar y más".

NOVENA: PRETENCION:

a).- Que se deje sin efecto el Memorando No. 2014-0285-SZ11, de fecha 26 de enero de dos mil catorce, suscrito por el señor Coronel de Policía de E. M. Víctor Hugo Londoño Molina, Jefe de la Sub Zona 11 Loja de la Policía Nacional, mediante el cual se me comunica que tengo que cumplir 20 días de arresto; b).- El Memorando No. 2014-1151-Z7-PN, de fecha 11 de abril de 2014, suscrito por el Coronel de Policía de E.M. Rodrigo Efraín Beltrán Cárdenas, Comandante de la Zona de Planificación No. 7 ACC, mediante el cual comunica que mi sanción de 20 día de arresto a sido ratificada por el señor Coronel de Policía de E.M. Luis Galo Cobos Fernández, Jefe de la Z7-PN; y, c).- El informe elaborado por el señor Coronel de Policía de E.M. Luis Galo Cobos Fernández, Comandante de Planificación de la Zona 7-Loja, quien ratifica mi sanción de 20 días de arresto impuesta por el inferior; los mismos que carecen de valor jurídico; así como el acto administrativo en ellos contenido y objeto de la impugnación.

DÉCIMA: DOCUMENTOS HABILITANTES

- 1.- El proceso administrativo investigado que consta en 37 fojas útiles debidamente certificadas y que fue elaborado por el Agente USZAI-11, cabo de policía Jaime Adalberto Atocha Sánchez;
- 2.- Copia del memorando No. 2014-0285-SZ11, de fecha 26 de enero de dos mil catorce y suscrito por el señor Coronel de Policía de E.M. Víctor Hugo Londoño Molina, Jefe de la SUBZONA 11 Loja, mediante el cual se me comunica que tengo que cumplir 20 días de arresto;
- 3.-El informe elaborado por el señor Coronel de Policía de E.M. Luis Galo Cobos Fernández, en el cual se ratifica la sanción de 20 días de arresto impuesta por el inferior;
- 4.- Los memorandos No. 2014-1151-Z7-PN, de fecha 11 de abril de 2014 y suscrito por el señor Coronel de Policía de E.M. Rodrigo Efraín Beltrán Cárdenas; y, el memorando No. 2014-1268-SZ-11-L, de fecha 12 de abril de 2014, suscrito por el señor Tncl de Policía de E.M.
- 5.- El parte elaborado por mi persona de fecha 18 de diciembre de 2013 y dirigido al señor Jefe de la SUB ZONA de Policía Loja. 11, mediante el cual doy a conocer en forma oportuna lo sucedido con el compañero Luis Xavier Guamán Gordillo;
- 6.-Mis documentos de identidad.

DÉCIMA PRIMERA- TRAMITE:

El trámite que debe darse a la presente acción es el Especial Contencioso Administrativo.

DÉCIMA SEGUNDA: CUANTIA: Indeterminada.

DÉCIMA TERCERA: PRUEBAS QUE PRESENTARE:

Las pruebas que presentaremos dentro del término correspondiente, para establecer en debida forma el derecho que reclamo y que me asiste legalmente, son de carácter documental y todas las permitidas por el Art. 39 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; y, las permitidas en el Código de Procedimiento Civil.

DÉCIMA CUARTA: SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.

De conformidad con lo que dispone el Art. 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Basado en el principio de tutela Judicial efectiva de los Derechos. Les solicito que en el auto de aceptación a trámite se disponga la suspensión inmediata del acto administrativo objeto de la impugnación y de sus efectos; toda vez que a la presente fecha, me encuentro cumpliendo dicho arresto, injustamente impuesto, para lo cual se notificará dicha suspensión al Comandante de la Zona de Planificación No. 7; y, al Comandante de Policía SUBZONA 11-Loja.

DÉCIMA QUINTA: Señores Jueces, con los antecedentes de hecho y de derecho que dejo enunciados en los numerales anteriores, en Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo impugno el acto administrativo con el cual se me sanciona con veinte días de arresto, en virtud de que jamás fui parte de dicho proceso, con lo cual se me puso en completo estado de indefensión y se me privó del legítimo derecho a la defensa. Lo que es peor el memorando con el que se me notifica la sanción carece de toda motivación, pues no indica las pruebas en las que se basa, ni la pertinencia de las mismas para proceder a tan terrible sanción. La cual aparte de causarme daño moral, me está privando de derechos institucionales como es el de ascenso y condecoración al que por el tiempo de servicio tendría derecho y que por esta sanción sería imposible acceder a la misma.

DÉCIMA SEXTA: Desde ya solicito que en sentencia se deje sin efecto el acto administrativo impugnado y que se establezcan las responsabilidades y sanciones contra todos los funcionarios que han intervenido y tienen que ver en tan injusta sanción (derecho de repetición).

Señores Jueces con suma consideración me suscribo.

Gratitud por atenderme.

Muy Atentamente



Dr. Jorge Aguirre A.
ABOGADO
M. C. E. O. 302 C. A. E. O.



Klever Gonzalo Pinta Quinche.

**CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA
OFICINA DE SORTEOS Y CASILLEROS**

Ingresado por: CHACONH

Recibida el día de hoy, martes veinte y dos de abril del dos mil catorce, a las dieciseis horas y cincuenta y seis minutos, el proceso por IMPUGNACION seguido por PINTA QUINCHE KLEVER GONZALO en contra de COMANDO DE POLICIA SUB ZONA 11 LOJA, COMANDO DE POLICIA ZONA 7- LOJA, en: 3 foja(s), adjunta 1 copia de cedula, 1 copia de matricula del abogado, 49 fojas. Por sorteo su conocimiento correspondió al Tribunal conformado por: ROY DAVID FALLER TINOCO, ISAURO ANTONIO BORRERO SALGADO (Ponente) Y FERNANDO MAURICIO GUERRERO RIOS y al secretario DR. DIEGO OCHOA ALDEAN; SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NRO. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE con el número 11803-2014-0085.

LOJA, Martes 22 de Abril del 2014.

CHACON CUEVA HUGO RODRIGO AB.

CONSEJO DE LA
JUDICATURA

REPUBLICA DEL ECUADOR
mail.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 11803-2014-0085
Resp: DR. DIEGO OCHOA ALDEAN

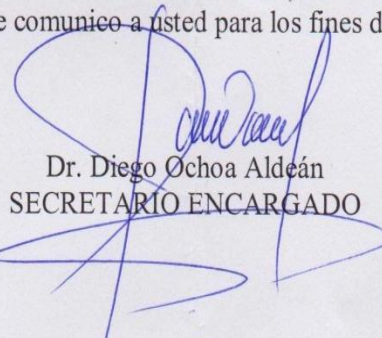
Casilla No: 336

Loja, lunes 28 de abril del 2014
A: PINTA QUINCHE KLEVER GONZALO
Dr./Ab.: JORGE EDUARDO AGUILAR ARCINIEGAS

En el Juicio No. 11803-2014-0085 que sigue PINTA QUINCHE KLEVER GONZALO en contra de COMANDO DE POLICIA SUB ZONA 11 LOJA, COMANDO DE POLICIA ZONA 7- LOJA, hay lo siguiente:

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NRO. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE.- Loja, lunes 28 de abril del 2014, las 16h29.- VISTOS: Se estima clara y completa la demanda presentada por el señor KLEVER GONZALO PINTA QUINCHE en contra del COMANDO DE POLICIA SUBZONA 11 LOJA, en la persona del Jefe de Policía Sub zona 11 de Loja y del COMANDO DE POLICIA ZONA 7 – LOJA, en la persona del Jefe de la Zona 7 de Loja, por lo que se la acepta al trámite previsto en el Capítulo IV y más disposiciones pertinentes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.- Cuéntese con el señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja.- Para la citación del señor Director Regional de la Procuraduría General del Estado y de los demandados, pase el proceso a la oficina de citaciones de la Corte Provincial de Justicia de Loja.- Los demandados deberán contestar la acción planteada en su contra en el término de veinte días de conformidad con lo previsto en el Art. 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en el mismo término, de acuerdo a lo previsto en el Art. 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, remitir a esta Sala la documentación correspondiente al presente asunto debidamente ordenada y foliada.- Agréguese a los autos los documentos adjuntos a la demanda.- Téngase en cuenta la autorización que confiere el accionante al Dr. Jorge Eduardo Aguilar Arciniegas, para que firme y presente escritos en este proceso; así como la casilla judicial y correo electrónico señalados para futuras notificaciones.- No se tiene el pedido de suspensión del acto administrativo impugnado de conformidad a lo dispuesto en el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por no concurrir los presupuestos legales del Art. 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Se llama a intervenir al Dr. Diego Ochoa Aldeán como Secretario encargado del Tribunal, en mérito a la acción de personal N° 02648 DPL, de fecha 24 de septiembre del 2013, suscrita por el señor Director (E) Provincial del Consejo de la Judicatura en Loja, Dr. Paúl Carrión González.- Notifíquese.- f).- DR. ROY DAVID FALLER TINOCO, JUEZ DE SUSTANCIACION.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.


Dr. Diego Ochoa Aldeán
SECRETARIO ENCARGADO

ANEXOS No. 2

MEMORANDO No. 492-12-DP-CJ-L-S Y MEMORANDO CIRCULAR No. 3524-UCD-2012 MEDIANTE EL CUAL SE OFICIA Y SE DA HA CONOCER A LOS JUECES DE LA PROVINCIA DE LOJA QUE ESTAN IMPEDIDOS DE CONCEDER ACCIONES DE PROTECCION EN CONTRA DEL ESTADO.



Consejo de la Judicatura
Dirección Provincial de Loja


MEMORANDO No. 492-12-DP-CJ-L-S

| | |
|---------|--|
| PARA | Señores: JUECES PROVINCIALES Y JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LOJA-UNIDAD PROVINCIAL DE CONTROL DISCIPLINARIO Presente.- |
| DE: | DIRECCTOR PROVINCIAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA-LOJA |
| ASUNTO: | Memo Circular de la Unidad de Control Disciplinario |
| FECHA: | Loja, 11 de julio del 2012 |

De mis consideraciones:

Para su conocimiento y fines legales pertinentes pongo en su conocimiento el memorando Circular No. 3524-UCD-2012 de fecha 09 de julio del 2012, suscrito por el Coordinador de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura, mediante el cual solicita poner en conocimiento de los señores Jueces y Juezas el contenido de la antes mencionada comunicación a fin de no incurrir en la falta prevista en el numeral 7 del Art. 9 del COFJ.

Atentamente.

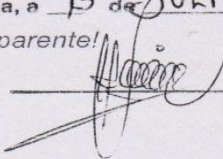

Dr. Pablo Arturo Falconí Ayora,
DIRECTOR PROVINCIAL DEL CONSEJO
DE LA JUDICATURA EN LOJA

tr.

JUZGADO PRIMERO DE TRÁNSITO

Recibido el día de Hoy, a las 14 H 23
en 2 fs,
Loja, a 13 de JULIO del 2012.

¡Por una justicia oportuna y transparente!





Consejo de la Judicatura

MEMORANDO CIRCULAR No. 3524-UCD-2012

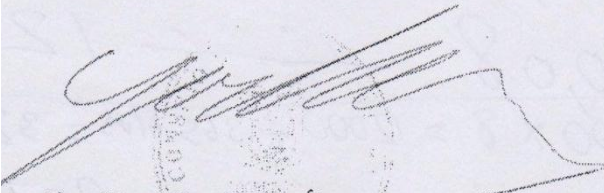
PARA: DIRECTORES PROVINCIALES
DE: Abogado Diego Zambrano Álvarez.
COORDINADOR DE LA UNIDAD DE CONTROL DISCIPLINARIO
ASUNTO: Precedentes resolutivos
FECHA: 9 de julio de 2012

Pongo en su conocimiento que la Unidad de Control Disciplinario, ha elaborado y se encuentra constantemente actualizando el sistema automatizado de precedentes resolutivos en los que codifica y se establece concordancias entre los pronunciamientos que, en el ejercicio de la potestad disciplinaria ha realizado el Consejo de la Judicatura.

Dentro de estos precedentes se observa que, en forma reiterativa se ha debido aplicar sanciones en contra de aquellos jueces que han resuelto favorablemente acciones de protección de actos administrativos, cuyo objeto de reclamación tienen que ver con aspectos de mera legalidad y que pueden ser impugnados en vía judicial, de conformidad con lo establecido en el Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; por lo que incurrir en la falta prevista en el numeral 7 del Art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, al aplicar indebidamente normas jurídicas expresas.

Por lo expuesto, solicito que, por su digno intermedio, se haga conocer a las juezas y los jueces del distrito judicial bajo su dirección sobre de este particular, a fin que se tomen los correctivos que consideren necesarios y de esta forma evitar la aplicación de sanciones administrativas.


Atentamente,


Abg. Diego Zambrano Álvarez
COORDINADOR DE CONTROL DISCIPLINARIO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

12H30
RECIBIDO 11 JUL 2012

Memo N° 492-12-c 5-06- S

11/07/12


Dr. Teodoro A. Rodríguez Lico
SECRETARIO PROVINCIAL C.J. - LOJA