



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA:

La impugnación de los actos administrativos que vulneran derechos fundamentales en un Estado constitucional de derechos, en el marco de la Constitución y el ordenamiento jurídico vigentes.

**Tesis de Grado previo la
obtención del título de Magíster
en Derecho Administrativo.**

Autor: Dr. Julio Oswaldo Coraisaca Lligüisaca

Director de Tesis: Dr. Paúl Esteban Jiménez Larriva

Centro Universitario: Cuenca

2012

Dr. Paúl Esteban Jiménez Larriva
DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación realizado por el estudiante:
Julio Oswaldo Coraisaca Lligüisaca, ha sido orientado y revisado
durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la
Universidad Técnica Particular de Loja; por lo que autorizo su
presentación.

Loja, marzo 02 de 2012

f)

DIRECTOR

AUTORÍA

Yo, Julio Oswaldo CoraisacaLligüisaca, como autor del presente trabajo de investigación, soy responsable de las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el mismo.

f).....

Julio Oswaldo CoraisacaLligüisaca

CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Julio Oswaldo Coraisaca Lligüisaca, declaro ser autor del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

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".

Loja, marzo 02 de 2012

Julio Oswaldo CoraisacaLligüisaca

C.I.: 0300938552

AGRADECIMIENTO

A Dios por la fortaleza, la sabiduría y humildad que me prodiga día a día y continuar alimentando mis conocimientos con las sabias enseñanzas de los catedráticos de esta casa de estudios. A mis compañeros y compañeras de aula por compartir sus experiencias en el campo de la administración pública. A mi madre, esposa e hijos por el apoyo y comprensión eternos en este camino de constante aprendizaje y superación profesional; al ser invisible que impulsa mis sueños y proyectos.

Oswaldo

DEDICATORIA

Este trabajo, fruto de la experiencia en el ámbito administrativo, dedico con eterna gratitud al hombre que sembró en mí, cuando niño, las primeras semillas del conocimiento, a mi madre que las supo cultivar, a mi señora esposa compañera ideal, y a mis hijos, que aspiro lo recojan en abundancia.

Oswaldo

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Certificación del director	II
Autoría	III
Cesión de los derechos	IV
Agradecimiento	V
Dedicatoria	VI
Índice de contenidos	VII
Resumen	IX
Introducción	
 CAPÍTULO I	
1. EL ESTADO	3
1.1 El elemento humano	4
1.2 La población y el pueblo	5
1.3 El elemento territorio	6
1.4 El poder del Estado	8
1.4.1 Control del poder del Estado	10
1.4.2 El control legislativo	12
1.4.3 El control administrativo	13
1.5 La personalidad del Estado	14
1.6 La responsabilidad patrimonial del Estado	16
1.6.1 Relación de causalidad	19
1.7 Estado de derecho	20
1.8 Estado constitucional	24
1.8.1 El Estado constitucional de derechos y justicia social en la vigente Constitución	26

1.9 En el orden legislativo	27
1.10 La justicia	28

CAPÍTULO II

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 Los derechos humanos, fuente de los derechos fundamentales	31
2.2 Evolución progresista de los derechos fundamentales	33
2.3 Los derechos fundamentales en las Constituciones del Ecuador	35
2.4 Análisis de las Constituciones de 1998 y 2008, sus avances en materia de derechos	36
2.5 Estado de derecho – Estado Constitucional de derechos	38
2.6 Principios de aplicación de los derechos	40
2.6.1 Principio de posición preferente de los derechos fundamentales	41
2.6.2 Principio prohomine, prolibertate	42
2.6.3 Principio Pro actione	42
2.6.4 Principio de progresividad	42
2.7 Las garantías constitucionales	44
2.7.1 Garantías normativas	44
2.7.2 Garantías jurisdiccionales	46
2.7.2.1 La acción de protección	48

CAPÍTULO III

3. LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

3.1 La administración pública	50
3.2 Principio de legalidad	52
3.3 El acto administrativo	54
3.3.1 Declaración unilateral de la administración pública	55

3.3.2 Los efectos jurídicos del acto administrativo	57
3.4 Los elementos del acto	58
3.4.1 La competencia	59
3.4.1.1 Clasificación de la competencia	60
3.5 Investidura del titular del órgano	61
3.6 Elementos objetivos del acto administrativo	62
3.6.1 Presupuesto de hecho	62
3.6.2 Fin	64
3.6.3 La causa	64
3.6.4 Motivo	64
3.6.5 La voluntad	66
3.6.6 El objeto	67
3.7 Procedimiento	68
3.8 La forma	70
3.9 Caracteres y efectos del acto administrativo	71
3.9.1 Presunción de legitimidad de los actos.	71
3.9.2 Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos	74
3.10 La discrecionalidad de los actos	75

CAPITULO IV

4. LA IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

4.1 Impugnación jurídica	77
4.2 La impugnación en materia administrativa	77
4.3 Los recursos en instancia administrativa	78
4.3.1 Recurso ordinario de reposición	81
4.3.2 Recurso ordinario de apelación	82
4.3.3 Derecho comparado	83

4.3.4 El recurso extraordinario de revisión	84
4.4 Análisis del recurso de apelación en instancia administrativa, en función de la vigente Constitución	86
4.5 La impugnación en sede judicial	88
4.6 Los recursos de plena jurisdicción o subjetivo y anulación u objetivo.	89
4.7 Impugnación de los actos administrativos y normativos, en uso de las garantías jurisdiccionales	91
Conclusiones y recomendaciones	95
Bibliografía	99

RESUMEN

Con el cambio de paradigma del estado de derecho al constitucional de derechos, es indudable la transformación de la estructura estatal, en consideración al objetivo previsto en la Constitución, su carácter garantista de derechos, con ello la necesidad de que la autoridad administrativa y el servidor público en general conozcan los principios que deben aplicar al tiempo de la prestación del servicio que permita el ejercicio de los derechos de los particulares; aspectos fundamentales que fueron considerados en el análisis para determinar si los actos administrativos que genera la administración pública están sujetos a la normativa constitucional vigente, o vulneran derechos fundamentales; cuáles son los mecanismos que se aplican al impugnarlos en sede administrativa y judicial con los recursos vigentes en el ordenamiento jurídico; y el efecto de las garantías jurisdiccionales contempladas en la norma suprema. Bajo estas consideraciones, se concluyó sobre la vigencia en el Ecuador del control de constitucionalidad respecto de los actos normativos; y la garantía jurisdiccional que le asiste al particular de recurrir a la acción de protección sobre actos administrativos que vulneren derechos constitucionalmente garantizados.

INTRODUCCIÓN

En el ejercicio de la función pública, al cumplir con las competencias asignadas a los órganos e instituciones del Estado, a través de la generación de actos administrativos se presentan interrogantes, sobre la aplicación del principio de legalidad, característica del Estado liberal, en el nuevo modelo de Estado constitucional, garantista, que contempla principios para asegurar al administrado el ejercicio de sus derechos. En este contexto se enmarca el presente trabajo investigativo, denominado ***“La impugnación de los actos administrativos que vulneran derechos fundamentales en un Estado constitucional de derechos, en el marco de la Constitución y el ordenamiento jurídico vigentes”*** desarrollado en cuatro capítulos; así, en el primero se trata sobre la conceptualización del Estado, su evolución hasta el nuevo modelo garantista de derechos en el que, servidoras y servidores públicos administrativos y judiciales deben facilitar el ejercicio de los derechos que les asiste a los particulares. Se trata además sobre los elementos que integran el Estado, con especial atención en el elemento humano, fuente de la soberanía desde donde proviene el poder del Estado, que debe ser controlado a través de las formas y mecanismos constitucionalmente establecidos, evitando de esta manera la concentración del poder en una sola Función, con lo cual se reconoce la clásica división en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. También se trata sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, la relación de causalidad que se considera debe ser analizada por los organismos de control, al momento de imputar la responsabilidad.

En el capítulo dos desde el ámbito doctrinario y del derecho comparado se analiza a profundidad los derechos fundamentales y se arriba a la conclusión de que a diferencia de las anteriores constituciones, la norma suprema no establece diferencia de derechos pues todos tienen la categoría de fundamentales, por ello al pasar de la legalidad al de constitucionalidad, los servidores públicos y en particular las autoridades jurisdiccionales se convierten en creadores de derecho, a partir de la aplicación de las normas y principios establecidos en la Constitución, a través de la argumentación jurídica y la ponderación de los derechos.

En el capítulo tres, luego de entender el avance constitucional en materia de derechos, se analiza y se conceptualiza la administración pública, sus principios en el marco de la actual Constitución para luego hacer referencia a los actos administrativos, sus elementos desde un enfoque doctrinario - normativo, sus efectos, destacando la obligación de la administración pública de motivar sus resoluciones y de esta manera evitar la discrecionalidad y las desviaciones de conducta, y las consecuencias que implica incumplir la disposición constitucional de limitación de competencias y el principio de motivación. Se analiza además sobre la ejecutoriedad y ejecutividad de los actos de la administración pública, la misma que si bien no tiene la misma coercitividad que un órgano jurisdiccional, pero tiene capacidad para disponer la ejecución de sus resoluciones, sin recurrir al auxilio de los jueces ordinarios.

Al ser el tema central de este trabajo la impugnación de los actos, se lo analiza con conceptos doctrinarios y de derecho comparado, se identifican a los recursos ordinarios y extraordinario. El control de legalidad a través de la acción contencioso administrativa, y el de constitucionalidad de los actos normativos, el control difuso que permite a través de la acción de protección el ejercicio de la acción jurisdiccional por la vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente.

Finalmente, se presentan conclusiones y se expresan recomendaciones que se aspira sean consideradas por las instancias responsables de la administración del Estado.

CAPÍTULO I

1. EL ESTADO

Es la organización política, orgánicamente estructurada, que tiene su esencia en la propia naturaleza humana, cuyo objetivo estable es el bienestar de todos sus integrantes para lo cual cuenta con el poder político suficiente y necesario, que emana de sus propios integrantes para la perfección del hombre y la consecución de su misión.

Al Estado se le ha dado diferentes conceptos, desde la clásica expresión de organización o asociación política natural como lo denominaban los filósofos, hasta la sociedad soberana como se conoce en los tiempos modernos, pero todos éstos, basados en el elemento humano, en donde radica la soberanía, que es el atributo esencial del Estado, que le confiere poderes perpetuos y absolutos para conseguir los fines encomendados a través del ordenamiento jurídico en beneficio de sus integrantes, pero además le permite el ejercicio de ese poder en forma independiente de otros Estados.

Para Kelsen (1949) en su obra, Teoría General del Derecho y del Estado, el Estado "...es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico, el orden hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento..." (p.199).

Carre de Malberg (1948), en su obra Teoría General del Estado, define al Estado como "...una unidad de hombres fijada sobre el territorio propio y que posee una organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros una potestad superior de acción, de mando y de coerción." (p. 26-28).

Diez (2002), en su obra Derecho Administrativo define al Estado desde el punto de vista jurídico sociológico, como "la unidad política y jurídica permanente constituida por un conglomerado humano que forma, sobre un territorio común, un grupo independiente y sometido a una autoridad suprema..." (p. 8-9).

Jellineck (1943) en su obra Teoría General del Estado, mira al Estado desde un punto de vista social, y luego lo define como la unidad de asociación, dotada

originariamente de poder de dominación y formada por hombres que viven y permanecen en un territorio (p.2).

De todos los conceptos, podemos apreciar los elementos que deben concurrir en el Estado, los mismos que se analizan a continuación, con especial atención en la realidad social de las personas que habitan en el Estado, pues la existencia social que presupone la existencia individual del hombre que no pudo alcanzar su objetivo, si no se supedita a los medios y fines de la comunidad estatal, como reconoce Dromi (2004) "...La realidad social, como producto del obrar humano es una unidad de acción, un obrar en común para el bien, la que supone un orden y persigue un fin. La sociedad, Estado, comunidad y otras formas asociativas son realidades motivadas por los individuos, en cumplimiento de una voluntad común. La realidad social no tiene un ser independiente de sus integrantes, no es un ente con existencia distinta de los hombres que la constituyen, ya que en definitiva la existencia social viene dada por inherencia mediante una conjunción compositiva de individualidades"(p.85)

1.1 El Elemento Humano

El Estado agrupa a seres racionales y libres, dotados de vida y de un fin personal, sin que podamos concebir al Estado separado del conjunto de hombres que constituyen la población a la que se refiere la doctrina. Los hombres agrupados en el Estado no son, con relación a los demás, seres aislados, ya que antes de ingresar en la relación estatal se hallan unidos entre si, por vínculos de orden físico, moral, económico, religioso, etc. Surge de esta manera el fenómeno de la interdependencia social, bajo sus múltiples formas, por ello es que el individuo no puede ser considerado de una manera abstracta, desligado de las determinaciones sociales múltiples que le afectan y que lleva consigo a la comunidad política y en ella conserva, tiene el derecho de cultivarlas, salvaguardarlas y promoverlas, a conformar a ellas sus propias instituciones, las leyes y toda su política; por ello no ha sido posible comprobar la hipótesis de que para constituir un Estado los hombres deben ser sedentarios, y menos la de que tuvieran que poseer un origen análogo o un idioma común, en razón de que a través de la historia podemos comprobar de que existen pueblos nómadas y emigrantes, que poseen indicios de organización estatal.

El Estado es comunidad humana, forma de agrupación social, colectividad pública que se sobrepone a todas las agrupaciones particulares que tienen intereses privados, grupales y locales, pues la comunidad estatal se forma agrupando a todos los individuos que pueblan un territorio determinado, en una corporación única, fundada sobre la base del interés general común que les une, a pesar de todas las diferencias que separan a los hombres que habitan en un determinado espacio.

De esta manera, surge la población que en el orden jurídico se considera como un grupo humano, en el que cada uno de sus integrantes, hombres, mujeres, son titulares de derechos y obligaciones.

1.2 La población y el pueblo

En la doctrina, algunos autores, hacen la diferenciación entre población y pueblo, este último que es un conjunto menos abarcador, en el que cada uno de los integrantes son titulares de derechos y obligaciones civiles, pero también políticos; por tanto consideran que pueblo es solo una parte de la población y es sinónimo de cuerpo electoral; concepto que se reconoce constitucionalmente en los distintos Estados, pero también encontramos variaciones en función de los regímenes políticos.

Para Rousseau, el pueblo es “el conjunto de seres humanos, que eran a la vez, ciudadanos participantes de la autoridad soberana, y súbditos sometidos a las leyes del Estado”. De esta relación Kelsen (1949), refiere a la identidad entre sujeto y el objeto del poder del Estado, lo que es evidente cuando hablamos de la “soberanía del pueblo” que es el titular del poder, pero también es cierto que no podemos hablar de poder sino tenemos sobre quien ejercerlo, resulta lógicamente que el pueblo es a la vez el objeto de aquel poder.

Pero, esta relación entre sujeto u objeto de poder del Estado, no es verdadera, cualquiera sea el régimen político, bien la democracia tradicional, o las democracias populares, que pretenden demostrar que el pueblo se gobierna a sí mismo, lo cual no es así, por la simple razón de que por más que crezca el pueblo gobernante no será jamás igual que la población gobernada; y no todos los gobernados son electores o elegidos, entonces siempre habrá diferencia entre gobierno y pueblo, pero si existirá relación política entre gobernantes y gobernados.

Desde el punto de vista jurídico, al hablar de población o de pueblo, debemos necesariamente relacionar con el ordenamiento jurídico, esto es a normas que sería el derecho objetivo, y de facultades acordadas o reconocidas por esas normas, que vendrían a ser derechos subjetivos; por ello Kelsen (1949) reconoce que el pueblo de un Estado no es más que la unidad de esa pluralidad de hechos de conducta humana que constituyen el contenido de las normas de derecho. Por su parte Jellineck (1943) sostiene, el pueblo, está formado por aquellos que pueden “plantear una exigencia jurídica al poder del Estado”.

En conclusión, el pueblo, participa en la toma de decisiones, que constituyen derechos que luego son reconocidos y ejercidos por quienes lo aprobaron, así hablamos de la libertad individual, que constituye un límite para el poder del Estado; luego el reconocimiento para que el individuo pueda ejercerlos ante la autoridad sus exigencias de carácter públicas; y finalmente el derecho a votar y ser elegido, que en definitiva son derechos de orden civil y políticos.

1.3 El elemento territorio

En la antigua doctrina se discute sobre la importancia del territorio como elemento del Estado, en razón de que ésta concebía al Estado como una comunidad de ciudadanos, cuya identidad no necesariamente está vinculada con la residencia de éstos; criterio que no todos lo comparten, así por ejemplo De la Bigne opina que los antiguos dieron importancia al elemento territorial, ya que los griegos designaban al Estado por el nombre del pueblo que lo habitaba, dando importancia además al elemento humano, a punto que considera que los exiliados, si lo son en número suficiente y acompañado por sus dioses, pueden reconstruir y perpetuar, sobre una tierra extraña, el Estado destruido por el enemigo. Se considera que en toda época antigua o moderna, sin territorio no podríamos hablar de Estado, en razón de que éste siempre necesitará de un espacio físico sobre el cual pueda desenvolver su actividad, imponer su potestad y rechazar la potestad ajena.

En el aspecto jurídico el elemento territorio, es importante, desde dos puntos de vista, primero si se considera al Estado como corporación, sujeto de derechos y obligaciones; y segundo, si se tiene al Estado como ordenamiento jurídico total como expresa Kelsen (1949) el territorio es el ámbito espacial de validez del derecho, su límite de validez de las normas jurídicas, pues si no hubiese esa limitación del

ámbito espacial no podría existir distintos órdenes estatales y esa delimitación necesaria es una de las funciones específicas del derecho internacional. Este es el fundamento del autor para sostener que el espacio al que se circunscriba la validez del orden jurídico estatal es lo que se llama territorio del Estado, por tal motivo la unidad del territorio no es una unidad natural o geográfica, pues pueden físicamente estar divididos o inconexos, pero unidos a la vez por un mismo ordenamiento jurídico. Se concluye entonces, que la identidad del territorio del Estado no es más que la identidad del orden jurídico, por esta razón se considera al territorio no solo como elemento constitutivo, sino parte de la personalidad internacional del Estado. Al respecto, Jellinek (1943) sostiene que la significación jurídica del territorio se exterioriza de doble manera: “negativa”, en tanto se prohíbe a todo poder extraño ejercer autoridad en ese espacio; y positiva en cuanto somete al poder propio a todas las personas que viven en él.

Se desprende entonces que, en relación con el Estado, el territorio cumple una doble función, la primera que es negativa, debido a que asigna fronteras al Estado para prevenir conflictos, señalar los derechos y obligaciones de los extranjeros que se encuentran en el territorio, con las limitaciones establecidas en el derecho internacional público y privado; a través de esta primera función los Estados ejercen soberanía en virtud de que no puede cada Estado arbitrariamente desconocer en su territorio los derechos de los demás Estados o de los individuos extranjeros, o inclusive negar a los demás Estados extranjeros toda autoridad sobre sus administrados más allá de sus fronteras. La segunda función es positiva, toda vez que el territorio le proporciona una base de control y de coacción, que viene a reforzar la autoridad.

El vínculo del territorio con el Estado desde el punto de vista geográfico, ha sido estudiado por los doctrinarios y se ha determinado tres teorías: El territorio objeto, como fundamento espacial, sobre el cual recae su potestad jurídica; criterio que lo sostienen los autores alemanes y que desde luego no se lo considera, en razón de que el Estado ejerce dominio sobre el territorio no en forma directa, sino a través de las autoridades; además de que, el dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del derecho público, dominium, sino imperium, sabiendo que este último significa poder de mando.

La teoría del territorio sujeto, sustenta que es un elemento esencial de la personalidad del Estado, es decir constituye un elemento subjetivo que forma parte del Estado; concebido de esta forma, el Estado está constituido por hombres y territorio a la vez. Finalmente, la del territorio límite que es el espacio de validez del orden jurídico estatal, en donde el Estado ejerce su poder sobre todas las personas que se encuentran en su territorio.

Si se analiza en conjunto estas tres teorías propuestas por la doctrina, se debe anotar que ciertamente el territorio es un elemento esencial del Estado, pues en él se asienta el elemento humano, sobre el cual el Estado ejerce su potestad, ya sea desde el ámbito legislativo con la expedición de normas jurídicas que tienen validez dentro de ese espacio geográfico llamado territorio, pero que también por los efectos del derecho internacional, concretamente en base a convenios o acuerdos entre Estados, el ordenamiento jurídico de un país puede trascender las fronteras y para ello se establecen instituciones como los Consulados, cuya función es, entre otras, velar por el respeto de los derechos de las personas que por motivos diversos se encuentran en un país distinto al de su residencia.

Por lo demás, todo Estado tiene evidentemente un derecho sobre su territorio, pero bien entendido que no se trata del derecho de propiedad que le asiste al particular sobre un determinado espacio de suelo, que por efectos del comercio jurídico lo adquirió, se trata más bien del espacio en el que puede satisfacer sus fines esenciales de promover el bien común, es decir para efectos de administración, que implica cumplir con sus deberes, facilitar a los particulares el ejercicio de sus derechos, pero además exigir el cumplimiento de obligaciones, todo lo cual está regulado por el ordenamiento jurídico de cada Estado; así también por ese mismo “derecho de propiedad” tiene la obligación de hacer respetar el ámbito espacial en el que ejerce sus competencias, frente a las pretensiones de invasión por ejemplo. De esta forma, se determina que el territorio no solo es uno los elementos del Estado, sino que su existencia determina el ámbito de aplicación de las normas jurídicas dictadas por el Estado, en el ejercicio de su potestad.

1.4 El poder del Estado

No se concibe una organización social de individuos sin la existencia de un poder o potestad de mando o dominación, tampoco sin normas obligatorias de convivencia.

Este poder y normas obligatorias de convivencia se manifiestan como necesidad imprescindible del mantenimiento de la sociedad en el orden interno, y clave para la conservación de la independencia y autonomía estatal. En otras palabras el poder se manifiesta hacia el exterior del territorio como soberanía, y en el interior como potestades que en el Digesto de Justiniano se encuentra como “potestas” definidas como “la facultad de expresar en cada momento la voluntad del Estado, creando para sus súbditos derechos y obligaciones y correspondiendo por igual a todas las magistraturas, según su competencia”.

En la teoría de Kelsen (1949), el Estado es concebido “...como un agregado de individuos, es decir, como un pueblo que vive dentro de una parte limitada de la superficie de la tierra, y se encuentra sujeta a un determinado poder... El poder a que el pueblo se encuentre sujeto, no es otra cosa que la validez y eficacia del orden jurídico, de cuya unidad se deriva la del territorio y la del pueblo...”. Se entiende que la soberanía que nace precisamente del pueblo, es una característica necesaria al poder del Estado, una concepción que quizá al inicio fue de orden político, pero que en la práctica es exclusivamente jurídico, como reconoce Manuel María Díez (2002: 8-9), en su obra de Derecho Administrativo, al expresar que la soberanía aparece en el Estado moderno en una doble dirección, negativa y positiva. En la negativa, que fue la única que originariamente se le reconoció, significa la imposibilidad de limitar jurídicamente su propia voluntad mediante un poder extraño, sea o no este poder el de un Estado. El aspecto positivo, la soberanía se la concibe como la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de su voluntad soberana, un contenido que lo obligue y determine su propio orden jurídico. Al decir que el poder soberano no tiene límite, se quiere indicar con ello que ningún otro poder puede impedir jurídicamente que modifique su propio orden jurídico. El poder soberano no es pues, todo el poder del Estado, sino que es un poder jurídico, por consiguiente está obligado respecto del derecho.

En toda organización es necesario controles de diversa índole, ya sea para evitar actos o hechos que afecten derechos individuales o colectivos; o que a través de remedios procesales se revisen las actuaciones humanas con miras a la protección del interés común. Si esto ocurre en organizaciones, con objetivos específicos que benefician a determinado número de personas, no se diga en el Estado, considerado la más alta expresión de organización política y social a la que ha llegado la

sociedad humana, en donde el control se impone como un deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de su actividad, pero es necesario que éste sea eficaz para garantizar al pueblo una verdadera fiscalización de los actos públicos y para ello se considera que en la estructura estatal debe existir órganos administrativos especializados a los que se les asigne amplias competencias, totalmente independientes de las otras Funciones, de tal forma que sus titulares desarrollen procedimientos que permitan vigilar, observar y comprobar las acciones del Estado en la realización de sus fines.

1.4.1 Control del poder del estado

El desarrollo del principio de separación de poderes como forma de controlarse recíprocamente los centros de autoridad, constituye sin duda uno de los avances más importantes para el control del poder, que conllevó al establecimiento de parlamentos democráticos, el principio de reserva legal, el reconocimiento de los derechos de los individuos y el establecimiento de garantías que se debe aplicar frente a los abusos de los titulares del poder.

En su obra Derecho Administrativo, Dromi (2004: 279), expresa el control del poder es interorgánico, en razón de que se obtiene como resultado de las relaciones entre los órganos del poder del Estado, y su actuación recíproca con frenos y contrapesos, que se sustentan por un lado en la concepción francesa; y por otro lado, en el sistema estadounidense de poderes entrelazados, pero que se controlan y se complementan recíprocamente; así se habla del control administrativo, legislativo y judicial, que tiene su origen en el principio de separación de los poderes que nació con Montesquieu que a través de sus obras busca en todo momento asegurar la libertad ante la evidente constatación de que normalmente el hombre con poder tiende a abusar de su posición, por ello expresó "...que el poder detenga al poder...", lo que permite que "en vez de existir un solo poder, existen varios que, oponiéndose entre sí, se moderan recíprocamente, lo cual impide el abuso de cualquiera de ellos". Esto en teoría, porque en la práctica se demuestra todo lo contrario, a pesar de encontrarse definida la estructura orgánica de un Estado y definidas las competencias, atribuciones y responsabilidades de cada Función no se cumple, debido entre otras causas a situaciones de orden político.

Según la doctrina contemporánea, la expresión “división de poderes”, no corresponde con exactitud al contenido conceptual que se le otorga, porque el poder es único, pues se trata de una distribución de facultades entre los órganos jerárquicos del Estado. Dromi (2004), manifiesta que “La fórmula sintética es un poder político unitario, actuante por el cauce de plurales funciones y ejercido por diversos órganos”(p.115). De la llamada “división de los poderes”, no resulta más que una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias, pues, en estricta interpretación constitucional el “poder” el “gobierno”, lo integran los órganos máximos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que lo ejercen por medio de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria o la “suma del poder político”.

De la forma como se denomine, ya sea división o distribución del poder, lo que se debe destacar es que desde la antigüedad hasta la época moderna y sin duda en todos los tiempos será necesario el control del poder, la definición de las competencias de cada una de las Funciones del Estado y la complementariedad que debe existir en cada una de éstas, sabiendo que el poder es único y la tiene el Estado.

En el caso del Ecuador, está contemplada la separación de los poderes desde la Constitución de 1821, y se mantienen con ciertos avances, especialmente para conseguir la participación del pueblo en el ejercicio del control del poder; así la Constitución de la República, en vigencia desde octubre del año 2008, establece una instancia de coordinación con los organismos de control, los relaciona con la participación ciudadana y constituye con ellos una cuarta función del Estado, la denominada: Transparencia y Control Social, que parte del reconocimiento de que **“El pueblo es mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”**. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) y es la encargada de promover e impulsar no solo el control de las entidades y organismos del sector público, sino además de las personas naturales o jurídicas del sector privado que prestan servicio o desarrollen actividades de interés público, con el propósito de que sus funciones la cumplan con responsabilidad, transparencia y equidad; es la encargada además, de fomentar e incentivar la participación ciudadana, proteger el ejercicio y el cumplimiento de los derechos, prevenir y combatir la corrupción.

Como se aprecia, son amplias las atribuciones dadas a esta Función del Estado, que lo integran varios representantes de organismos, pero que en la práctica, al menos hasta la fecha, no se ve resultados que redunden en beneficio de la población. Igual se puede observar del Consejo de Participación ciudadana, cuyos integrantes son miembros de organizaciones sociales, es decir el auténtico pueblo, aunque en realidad este Consejo ha servido únicamente para cumplir con la designación de autoridades señaladas en los numerales 10, 11 y 12 del artículo 208 de la Constitución de la República, burocratizando la estructura del Estado sin una auténtica participación.

A futuro se espera que esta realidad cambie, en razón de las competencias asignadas, que buscan sin duda que el pueblo fiscalice los actos del poder del Estado – como se anotó la ejercen desde las tres Funciones del Estado), y avanzar de esta forma en el sistema representativo que se mantiene desde hace varios años, creado en base a una “ficción” que transforma las voluntades individuales a través de un proceso electoral, en un colectivo de representantes en donde solo ellos toman decisiones y éstas son acatadas por el pueblo elector. Una representación aplicada quizá como una solución que evita permanentes reuniones en la toma de decisiones sobre asuntos públicos, pero esta “solución” le resta democracia al pueblo.

En definitiva, aunque exista “una clara voluntad del constituyente de crear un nuevo modelo alternativo al democrático liberal clásico de organización política del Estado”, que supera “las dos figuras tradicionales del sistema político liberal: ‘representación’ y la ‘tripartición de poderes” (Noguea en Aguilar, 2009), el eje del sistema sigue siendo el propio de la democracia representativa, aun cuando venga acompañada de instrumentos de participación ciudadana o democracia directa.

1.4.2 El control legislativo

Se trata de un control político que lo ejerce la Asamblea Nacional, como uno de los mecanismos para equilibrar el poder del Estado, a través de la fiscalización de los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, esto es lo que está contemplado en la vigente Constitución, pero se debe decir que en la práctica esto no ocurre, ya sea porque la propia norma suprema establece formas para eludir el principio de reserva legal que

lo tiene el Legislativo, y permite que el Ejecutivo dicte Decretos con fuerza de Ley; e incluso, al estar integrada la Asamblea Nacional por miembros de diferentes tendencias políticas, son los propios integrantes de esta función del Estado, quienes por desconocimiento del principio de reserva legal facilitan que buena parte de la regulación legal pase a la facultad reglamentaria del Ejecutivo, por ello es que incluso, el representante del Ejecutivo ha calificado en más de una ocasión - y no solo en este gobierno-, que los miembros de la Función Legislativa constituyen en muchas ocasiones un “freno para el desarrollo”. En definitiva el control político no es más que una forma de decir al pueblo que se está fiscalizando en su representación, toda vez que en la historia de la República a través de los llamados juicios políticos a los integrantes de la Función Ejecutiva termina en una simple amonestación de carácter social e incluso moral.

1.4.3 El control administrativo

Como se conoce, la función administrativa pública, indistintamente del órgano de la que provenga, es el conjunto de actividades, de gestión y de servicio público, que tienen como objetivo la satisfacción del interés colectivo, para lo cual dispone de una estructura orgánica, que comprende órganos estatales y no estatales, integrantes de las diferentes funciones del Estado, por ejemplo el Ejecutivo tiene por lo menos tres componentes, administración pública, gobierno y representación estatal, por tanto el Presidente de la República en un régimen como el del Ecuador, es el Jefe de Estado y representa no solo a la función administrativa, sino al Estado; y así las demás, en el ejercicio de sus competencias expide actos de administración que en algún momento puede afectar derechos de los habitantes del Estado, por tanto, son importantes los controles, que pueden ser:

Preventivos, que deben ser considerados antes de que se dicte el acto administrativo, con el fin de impedir la expedición de un acto irregular, o por lo menos evitar sus efectos. En este aspecto, es fundamental el asesoramiento legal, interno o externo, preventivo y alertador cuando no es vinculante, porque como se conoce el titular de la administración pública en el afán de cumplir de mejor forma su rol, y motivar las decisiones eleva en consulta un hecho ante la Procuraduría General del Estado, cuya respuesta es vinculante para el órgano consultante.

Represivos, que tiene como objetivo impedir que un acto irregular ya expedido quede firme o produzca efectos. Tiene facultad sancionadora que es la revocación del acto y a veces la sustitución del mismo. Pueden sobrevenir consecuencias conexas como la responsabilidad administrativa civil o penal para el autor del acto revocado.

El control administrativo se lo ejerce de oficio o, a petición de parte, en este último caso, a través de los recursos y reclamos procesales administrativos, que son los medios que presenta la ley por medio de los cuales el pueblo puede acceder a la Justicia cuando una autoridad que esta revestida con el imperium público vulnera o se considera que ha vulnerado un derecho o una garantía que poseen los ciudadanos, facultándoles el ejercicio de la acción ante órgano jurisdiccional competente. No se debe olvidar que en materia administrativa existe el control externo, vigilancia que ejerce la ciudadanía y los diversos órganos y ramas del poder público sobre las distintas entidades de la administración, así se tiene la Función de Transparencia y Control Social, dentro de la cual está la Contraloría General del Estado. El control externo para el Estado es una potestad y una obligación en tanto que, para la ciudadanía es un derecho.

1.5 La personalidad del Estado

En el campo doctrinario, son varias teorías que se han desarrollado acerca de la personalidad del Estado, entre éstas, la teoría negativa, que considera solo el ser humano dotado de razón y voluntad, por tanto sería el único que tendría personería jurídica, entendido como el individuo capaz de ejercer derechos y cumplir con obligaciones. Esta teoría criticada por cierto, considera que cada uno de las personas que integran el Estado son los que tiene voluntad, de tal forma que es la voluntad gubernamental, y no existe razón alguna para considerar al Estado como persona. Uno de ellos, Gerber, citado por García, E. y Fernández, T. (2006) expresa “el pueblo se eleva mediante el Estado a la condición de persona jurídica, la más preeminente que conoce el Derecho. La preeminencia del Estado, se debe a los derechos superiores de que está investida tal persona jurídica, derechos que arrancan del poder de querer del Estado, poder cuya esencia es la dominación y que constituye el Derecho mismo del Estado”.

Otra teoría, que acepta la personalidad jurídica del Estado, pero niega que detrás de ella haya un sustrato social dotado de realidad y de personalidad moral, señala que el Estado como persona jurídica es una abstracción del mundo jurídico, que determina la unidad del poder político, y que no existe una personalidad anterior y preexistente a la jurídica, la que vendría dado solo de su organización constitucional. Al respecto, Dromi (2004) manifiesta que el Estado es persona jurídica por imperativo Constitucional, así la norma suprema trata de Nación, República o Estado, le asigna una forma de gobierno, un nombre o denominación, un domicilio o lugar de radicación, un modelo orgánico de representación, competencias, deberes jurídicos, calidad procesal de parte en juicio, un sistema de organización, conformando todos los atributos esenciales que definen al sujeto de derecho. A partir de estas consideraciones que constan de la norma suprema, el ordenamiento jurídico infra constitucional, sean éstas leyes, reglamentos, etc., ratifican esa condición jurídica del Estado, al reconocer derechos y también obligaciones que surgen como consecuencia de la relación con los administrados para el cumplimiento de sus objetivos.

Se concuerda con esta teoría, en cuanto a que la personalidad jurídica del Estado nace en la Constitución, puesto que ésta es producto de la voluntad de un pueblo en ejercicio del poder soberano, por tanto la personalidad atribuida al Estado es originaria no derivada y única, aunque para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, se traduzca en una pluralidad de capacidades jurídicas asignadas a los organismos, e instituciones, encargadas de cumplir determinadas competencias.

En el caso del Ecuador, la Constitución de la República (2008), reconoce "...es un Estado constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural y laico..." (Art. 1). De esta disposición deriva una serie de normas infraconstitucionales, pero todas éstas, respetando el principio de supremacía, ratifican esa personalidad jurídica del Estado única y siempre pública, ya sea que el servicio lo preste en forma directa, o a través de la gestión de sus empresas. En estas condiciones, a pesar de que su actividad puede estar regulada ya sea por el derecho público o privado, pero la personalidad no se divide, lo que si se multiplica es la competencia.

Dromi (2004), sostiene que ese reconocimiento de “Estado persona” produce efectos técnico-jurídicos, como la continuidad y perpetuidad estatal, no obstante la transitoriedad de los gobiernos y la variabilidad de los regímenes políticos; las relaciones de poder y su exteriorización, a través de las distintas formas jurídicas del obrar público que se manifiesta con la expedición de leyes, actos de administración, sentencias, resoluciones, entre otras; acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra el Estado y su deber reparatorio.

1.6 La responsabilidad patrimonial del Estado

Como se deja expresado, el Estado para el ejercicio de sus atribuciones y la consecución de sus objetivos, establece un ordenamiento jurídico positivo que le otorga el carácter de persona jurídica, que se desenvuelve por medio de una estructura de órganos, representados cada uno de éstos por personas físicas, cuyos actos y hechos se responsabiliza a los órganos creados para la prestación del servicio, pero en forma general al Estado. Esta es la situación actual sobre responsabilidad reconocida en los ordenamientos constitucionales de varios países, incluido el nuestro, pero para llegar a esta realidad se han dado una serie de hechos en las diferentes etapas del Estado, de acuerdo a sus legislaciones, así tenemos que en la esfera del derecho público la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de la actuación de sus agentes, que parte de la expresión clásica *the King can do no wrong*, según el cual el rey no puede hacer ilícito. Este principio se refuerza con el advenimiento del Estado moderno, en cuyos presupuestos teóricos encontró incluso nuevos alientos, y posteriormente se consolida con la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, que proclama que la propiedad es un derecho del que nadie puede ser privado, sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización.

Etimológicamente la palabra responsabilidad proviene del latín “responsas” que quiere decir “constituirse en garante”. El Diccionario de la Real Academia Española define a la responsabilidad como “la obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”. En estas definiciones sin duda se identifica al sujeto responsable, que para el caso que nos ocupa, es el Estado, y además de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional,

“...sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en representación de una potestad pública...” los obligados a reparar(Constitución de la República, 2008: Art. 226),disposición que es concordante con aquella que ordena: “Ninguna servidora, ni servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente ...” (Constitución de la República, 2008: Art. 233).

Las dos disposiciones citadas, refieren de manera general a la responsabilidad del Estado y de su personal o funcionarios, en todos los órdenes, administrativo, legislativo y judicial, como parte del sistema de garantías sociales, políticas y jurídicas que ofrece el Estado como protección de los derechos de los gobernados, pues señala en el primer caso, -inciso segundo del artículo 11 de la Constitución- que la responsabilidad es por violación a los derechos de los particulares. Se trata sin duda de la responsabilidad objetiva de derecho público, como consecuencia de la infracción a los principios constitucionales, al igual que al principio de legalidad, que puede darse indistintamente en las cinco funciones del Estado, pero en particular en la legislativa, con la expedición de actos normativos de carácter general, que adoleciendo de inconstitucionalidad generan una lesión antijurídica o injusta, cuando tal acto establece limitaciones a derechos subjetivos públicos, garantizados constitucionalmente como los derechos fundamentales de contenido patrimonial, ejemplo derecho de propiedad, pero es necesario destacar que la responsabilidad del Estado legislador, estaría condicionada a la inconstitucionalidad de la norma de carácter general, que debe ser declarado en uso de sus competencias, por la Corte Constitucional.

En todo caso, ya sea que el hecho o la omisión provenga del Estado administrador, legislador o juzgador, le corresponde al ciudadano demostrar que el derecho de “...acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato...” (Constitución de la República, 2008: Art. 66, num. 25), ha sido vulnerado como consecuencia de la deficiencia en la prestación del servicio. Para el ejercicio de esta acción, la propia norma suprema ha establecido garantías jurisdiccionales, entre éstas la acción de protección, cuyo objetivo consiste precisamente el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, sabiendo que puede interponerse entre otras causas, cuando exista

vulneración de derechos constitucionales, contra políticas públicas, si presta servicios públicos impropios. El procedimiento de las acciones jurisdiccionales, está previsto en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) el mismo que concluye con la resolución dada por el Juez constitucional, en la que se acepte la acción y ordena las medidas que requería el accionante; disposición que deberá cumplir la administración pública, sabiendo que el titular de la misma, puede ser destituido del cargo, en el evento de que incumpla la resolución dada.

Ahora bien, el resarcimiento de los daños al particular, debido a la acción u omisión negligente del servidor público declarada en sentencia, que ocasionó la erogación de los recursos económicos, no implica pérdida para el fisco, pues el Estado por mandato Constitucional está obligado a ejercer en forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, para lo cual se tendrá presente que por mandato de la propia Constitución, el organismo con potestad exclusiva para determinar responsabilidades, con la debida motivación, previo examen sobre cumplimiento de disposiciones legales y normas de auditoría, es la Contraloría General del Estado, así está previsto además en su Ley Orgánica, la misma que si bien fue expedida en el marco de la Constitución del año 1998, con ciertas reformas se mantiene con la vigente norma suprema, en razón de que sus disposiciones no son contradictorias.

De esta forma se ha demostrado que en nuestra legislación si está contemplada la responsabilidad del Estado como una consecuencia jurídica obligada de su personalidad. Los actos que se le atribuyen "...son los que realizan los llamados órganos individuos (agentes del Estado), que expresan su voluntad como voluntad estatal. Tales órganos integran la estructura de la persona, formando parte de ella, pues el órgano vale tanto como el instrumento mediante el cual se desenvuelve el sujeto de derecho. La incorporación orgánica subjetiva (persona física) al cargo (órgano jurídico institucional) se hace por alguno de los títulos jurídicos que generan la relación de empleo público. Esa conjunción orgánica pone en movimiento al aparato estatal como sujeto, y en tal carácter como titular de derechos y deberes, se exige, consecuentemente, un sistema de responsabilidad..." (Dromi, 2004: 1099).

Esta relación es un vínculo jurídico entre la entidad pública y la persona natural, se diferencia de un contrato de poder o procuración, en donde existen dos sujetos (el mandante y el mandatario), en este caso, se trata únicamente de un vínculo esencial por supuesto entre el órgano jurídico, esto es aquella institución creada o establecida en la Constitución y la ley, a la que se la asigna determinada competencia, y la persona física, designada para el ejercicio de esa función. En estas condiciones, la responsabilidad tiene lugar cuando existan actos o hechos, producto de la actuación u omisión de los órganos del Estado, que hayan causado daño o perjuicio al administrado, así la imputación de responsabilidad en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se pruebe esta relación de causalidad.

1.6.1 Relación de causalidad

Se ha analizado la responsabilidad del Estado, prevista en nuestro ordenamiento jurídico vigente, incluso las consecuencias que pueden devenir para la administración, el incumplimiento de las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional; sin embargo, de acuerdo a la doctrina, un factor fundamental para que prospere el pago por los perjuicios ocasionados es la relación de causalidad, que el órgano jurisdiccional que conoce de la causa, debe analizarlo a la luz de la doctrina que considera la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la administración y el daño producido es una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de enmendar el daño.

Al respecto, García, E. y Fernández, T. (2006) señalan "...para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en si mismo idóneo para producirlo, según la experiencia común, es decir que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo. Sólo en estos casos, (causalidad adecuada) puede decirse con rigor, que la actividad tomada en consideración constituye la causa eficiente, la causa próxima del daño (in iure non remota causa, sed próxima spectatur), la verdadera causa del mismo..."(p. 128), esto significa que no exista interferencia de un tercero, tampoco de factores extraños como fuerza mayor o caso fortuito, e incluso la propia conducta de la víctima, pues en estos casos el nexo de causalidad desaparece.

Se considera que estos elementos que trata la doctrina, deben ser analizados por el órgano de la función judicial que conoce de las acciones propuestas por responsabilidad del Estado, puesto que en la práctica, lamentablemente se abusa del derecho, en especial de aquellas garantías jurisdiccionales que conllevan la obligación de indemnización de daños, la reparación material e inmaterial que la debe cumplir en la mayoría de los casos, la administración pública como consecuencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto en el ámbito administrativo, legislativo y judicial, con la única finalidad de proteger los derechos de los gobernados.

1.7 Estado de derecho

En el Estado de derecho la Ley determina la autoridad y la estructura del poder. Esta forma de Estado que nace a partir de la Revolución Francesa, es menos autoritaria y más democrática, en comparación con el Estado absoluto, y cuya característica fundamental es su entera sumisión a normas jurídicas, es decir, la total racionalización de su quehacer político con arreglo a un esquema lógico-jurídico previamente determinado, así lo han conceptualizado varios tratadistas del derecho.

Para Queiroz, citado por Borja (1998), el **Estado de Derecho** es “el régimen en que el Derecho regula, minuciosamente e imperativamente, la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y de sus relaciones con el derecho de los individuos” (p. 25).

Beneyto (1974) explica que “la doctrina liberal y democrática, que busca para el Estado el cuadro de la Constitución, fija en ella su régimen como síntesis de la forma política considerada perfecta: la que está presidida por el orden jurídico, el llamado Estado de Derecho, concepto de aportación Kantiana a la interpretación del Estado Moderno.”(p.136)

Freidrich (1968) ha dicho que en este sistema (estado de derecho) “hace posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento” (p. 32)

Todos los autores citados, son concordantes en señalar que en el Estado de derecho, la fuente legítima de la autoridad y la única forma de relación con los ciudadanos es la norma jurídica; toda facultad pública proviene de la ley y está limitada y regulada por ella. Se trataría entonces, del Estado sometido al derecho, pues sus límites la impone el parlamento, esto significa que el Ejecutivo solo puede hacer lo que éste legisló, y la Función Judicial es “boca de la Ley”, en razón de que los derechos y las garantías de los ciudadanos, al igual que las competencias de las autoridades, se encuentran ya definidas. Entonces, el Legislativo tiene un rol importante en un Estado de derecho, está facultado incluso para cambiar la Constitución, eliminar derechos y restringir garantías, lo que significa que la norma suprema no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes.

En este sistema, predomina el principio de legalidad, que implica que el poder del Estado procede del Derecho y se ejerce de conformidad con él. No existe poder fuera de la Ley ni en contra de ella. El Derecho se funda en un principio superior a la ley, tiene una función incluyente y totalizadora respecto de toda manifestación de poder. No hay poder sin legalidad.

Por el contenido de los conceptos sobre estado de derecho, se trataría de un sistema regulado, en el que no existe espacio para la arbitrariedad, pero debemos decirlo que en la práctica, la realidad es diferente y esto se da, por cuanto, quienes ejercen el poder, confunden los principios de la legalidad con cuestiones de orden político, como lo ocurrido en nuestro país, pues recordemos que la Constitución Política vigente hasta octubre del 2008 disponía que “El Ecuador es un estado social de derecho...”, que jamás se cumplió debido a la forma de administración del país en todos los campos, especialmente en el ámbito legislativo con la expedición de leyes que favorecían a un determinado grupo, en desmedro del verdadero colectivo, un ejemplo de ello, las privatizaciones de bienes y servicios, el intento de debilitar el movimiento obrero con la expedición de leyes que limitaban la contratación colectiva y la tercerización, en el primer caso, debido al abuso del poder por parte de determinados dirigentes sindicales, con el pretexto de la lucha por sus miembros de base, lo que trajo como consecuencia el desprestigio de las

organizaciones sindicales su posterior disgregación y la búsqueda de determinados grupos exigiendo la representación de la sociedad en el poder.

Por estos hechos se considera que, la verdadera esencia del estado de derecho, es la conjugación en el orden jurídico constitucional de las atribuciones otorgadas al Estado, pero también del reconocimiento de los derechos inalterables a las personas; de tal manera que ni los derechos, tampoco el poder sean absolutos, por el contrario, como indica en su Derecho Administrativo Dromi (2004) "..., debe haber una armónica relación entre individuo – Estado, libertad – autoridad, garantía – prerrogativa; en suma, un pendular equilibrio entre mando y obediencia. El poder actúa como límite de los derechos subjetivos de los administrados y viceversa, los derechos fundamentales lo son para el poder..." (p.165).

Esta limitación del poder, debe estar presente en cada una de las Funciones del Estado, así en el caso del Legislativo, su actuación debe enmarcarse en los principios básicos de la convivencia, pues si bien el Estado de derecho, significa "sumisión a las leyes", pero especialmente y en un modo particular a un modelo legislativo, que debe propender a expedir leyes con un contenido humanista, que hagan posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social; de tal forma que, si el Estado de derecho implica el imperio de la Ley, entonces se debe propender una buena calidad de normas legales que permitan su efectiva vigencia y coherencia al tiempo de aplicarlas, que limiten el poder del Estado, que excluya la arbitrariedad, la inseguridad jurídica, la manipulación política o administrativa que supone la sujeción del derecho a la política.

Téngase presente que el poder del legislativo no se agota en lo político, de modo que los actos de los legisladores están sometidos a controles de los tribunales. El control jurisdiccional sobre el poder del legislador es parte del sistema de controles y chequeos propio del poder compartido y no concentrado.

En el estado de derecho, el Ejecutivo –al menos en teoría-, está sometido a una red de controles legales, ya sea que ejerza actos de gobierno o de administración, e incluso cuando ejerce potestades normativas delegadas. Los actos y omisiones del Ejecutivo deben someterse a controles de los tribunales, a los que deben tener amplio acceso los ciudadanos.

En el caso de la Función Judicial para el ejercicio de sus competencias dispone de leyes, que respetando elementales principios, deben tipificar previamente los actos u omisiones punibles. No puede haber en ningún caso retroactividad de las leyes. El sistema legal debe reconocer el principio de la presunción de inocencia y asegurar el ejercicio de la defensa. En consideración de que, una magistratura independiente es indispensable en toda sociedad libre que respete el principio de legalidad. Independencia significa, en este caso, no intervención del Ejecutivo ni del Legislativo en la Función Judicial. La independencia no sobreentiende la actitud arbitraria del juez, cuyo deber es interpretar la ley y los principios fundamentales sobre los que está basada, de la mejor manera posible y de conformidad con su conciencia.

Debemos decirlo que en Ecuador se vivió un estado de derecho de mala calidad, precario, inestable y poco confiable, por la deplorable calidad de la legislatura, por la desestructuración del sistema legal a través de disposiciones inconstitucionales, inconsistentes, inconvenientes e ilegítimas, llegándose incluso al extremo de establecer un sistema de dominación burocrático-partidista. A esto se suma, la transferencia sistemática e irregular de potestades legislativas en favor del Presidente de la República y de la burocracia inferior, que dictan normas generalmente obligatorias en forma discrecional. Todo esto ha ocurrido en la historia del Ecuador, a pesar del contenido de las diferentes Constituciones que se encontraban vigentes en el país.

Estos y otros motivos, conllevan a miles de Ecuatorianos a buscar un cambio, con la aspiración de que la Asamblea Nacional Constituyente, al tiempo de elaborar la nueva Constitución establezca de manera categórica que no se trata solamente de que un Estado se regule por el Derecho, que se subordine al orden jurídico, sino que esa normatividad jurídica cuide de realizar la justicia social, de hacer que los derechos sociales, económicos y culturales no sean meros enunciados, sino realidad concreta, y que el Estado establezca garantías suficientes para la efectiva vigencia de los derechos, frente al abuso del poder, lo que se ha conseguido con la implementación de un nuevo sistema Constitucional de derechos; transformación que si bien privilegia la figura del Estado responsable de la realización de los derechos, pero que no se debe olvidar que los derechos no se hacen efectivos por la

obediencia a las prescripciones normativas de la Constitución, sino requieren del funcionamiento efectivo de las condiciones económicas que los vuelvan viables.

1.8 Estado constitucional

Por la connotación del tema, es necesario tener el concepto claro de Constitución para luego entender lo que implica el estado Constitucional de derechos. Al respecto, en el campo doctrinario tenemos varios conceptos:

En su obra Teoría del Estado, Kelsen (1949), manifiesta que la Constitución es la norma "...que regula la relación de las demás normas jurídicas esenciales del Estado, determinan los órganos que legislan y los procedimientos para hacerlo, y que además establece las relaciones básicas entre los asociados y las formas de aplicación del derecho, esto es, que contienen una superlegalidad" (p.205).

En la obra La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, García de Enterría (1985) expresa que es el "sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos" (p.49).

En el Vocabulario Jurídico de Couture (1988) se destaca que es el "cuerpo de normas jurídicas fundamentales del Estado, relativas a la institución, organización, competencia y funcionamiento de las autoridades públicas, a los deberes, derechos y garantías de los individuos y el aseguramiento del orden jurídico que en ellas se establece" (p.169).

El constitucionalista Oyarte (2004:158), en el libro denominado Derechos Fundamentales expresa que es un texto solemne a través del cual el poder del Estado está organizado por medio de sus instituciones políticas y en el que se establece un régimen de garantías a los derechos fundamentales.

Para Zavala Egas (2005) en su libro Derecho Constitucional es "un conjunto esencialmente normativo y el supremo de todos, el que sirve de unidad a las normas jurídicas y otorga coherencia al sistema jurídico de todo Estado, por ello es fuente de derecho y la primera de todas" (p.105).

En base a estos conceptos de destacados juristas, se puede expresar que la Constitución es producto de la manifestación de un pueblo en ejercicio de su soberanía con el fin de organizar el ejercicio del poder del Estado, fijar los principios fundamentales que debe inspirar la acción pública, sus derechos y libertades; por tanto, encierra dos clases de normas, las consagradorias de los derechos y libertades reconocidas por el poder, y aquellas relacionadas con la organización formal del poder, estas últimas nos permiten deducir la naturaleza del régimen político que configura el ejercicio del poder dentro del Estado, su distribución en distintos órganos a los que se les asignan potestades, reglas para el ejercicio del poder, los controles y limitaciones a que están sometidos los gobernantes, los términos de su mandato, en general los lineamientos para la organización del Estado, sistema de gobierno, régimen político, división territorial, población, nacionalidad, entre otros.

En cuanto a las consagradorias de derechos o parte dogmática, se debe precisar que éstas se caracterizan por ser de carácter universal, contienen sin duda derechos que son el resultado de movimientos constitucionalistas, reconocidos por el Estado y constantes en la norma suprema para que los ciudadanos conozcan cuales son los derechos y libertades, pero al mismo tiempo sus limitaciones impuestas al ejercicio de esos derechos. Sobre el tema, el constitucionalista Echeverri (1977) sostiene que “Las normas de carácter dogmático y el preámbulo, referidas más directamente a la ideología política que subyace a todo el entramado normativo constitucional, denuncian la forma de Estado destinada a ser regulada por el texto constitucional” (p. 65). Se trata del Estado Constitucional, en el que como reconoce Kelsen (1949), en obra ya citada, “La Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y de la tendencia ínsita a reemplazar a subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales” (p. 47).

El Estado constitucional, es sin duda el resultado de la evolución del Estado legal, que se sustentaba en el principio de legalidad por el que todo acto del poder solo puede hacer lo que determina la Ley, lo que no ocurre con el Estado Constitucional,

en el que la homologación de jerarquía de los derechos, como la división y autonomía de los poderes, se complementan en la relativización o anulación del principio de sujeción a la ley de todo acto de decisión de carácter administrativo, o de carácter legislativo y en donde la defensa de los derechos no requieren necesariamente la existencia de leyes o procedimientos que los regulen. En el caso de los parlamentos no tienen libertad para decidir la agenda legislativa, pues existen prohibiciones de emitir leyes que sean contrarias a la Constitución o los derechos, y existe un marco referencial para legislar. En otras palabras, en este sistema no basta la validez formal, se requiere la validez sustancial o material de la norma, con miras siempre a la defensa de los derechos y libertades del individuo y de la colectividad; de tal forma que como señala Sánchez (2008) “es necesario comprender las virtudes del constitucionalismo para respetarlo y amarlo, para luchar por su implementación y para defender su estabilidad...”(p. 55).

1.8.1 El Estado Constitucional de derechos y justicia social en la vigente Constitución

En nuestro país, la Constitución vigente desde octubre del 2008, establece el principio fundamental de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos, lo que significa que la Constitución, como norma positiva de alta jerarquía, delimita los poderes del Estado, y los somete a la constitucionalidad y no a la legalidad, eleva a categoría de derechos fundamentales, aquellos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana, convierte en garante a la jurisdicción constitucional para lo cual refuerza las instituciones como la acción de protección, hábeas corpus y otros para el ejercicio de las acciones previstas como garantías jurisdiccionales; establece además la máxima instancia de interpretación de la Constitución, la que conoce y resuelve las acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos y actos administrativos, con efectos de carácter general, emitidos por otros órganos y autoridades del Estado; la que además declara la inconstitucionalidad en la que incurran las instituciones del Estado, o las autoridades públicas que incumplan mandatos constitucionales y principios de aplicación de los derechos establecidos en la propia norma suprema.

En definitiva, como expresa Ávila (2008), en su obra Estado Constitucional de Derechos y Justicia en la Constitución del 2008, con respecto al Estado

Constitucional de derechos “...el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se reconoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico...” (p.53), esto significa que el centro de la acción pública y del Estado se encuentra en los derechos y la justicia garantizados por la Constitución.

Sin duda, se trata de un constitucionalismo social que rescatan los principios jurídicos que buscan solucionar los múltiples problemas de la sociedad contemporánea para acercar la realidad social al derecho o para que éste comprenda en su integralidad lo complejo que resulta la realidad social. No obstante, debemos expresar la preocupación, de que por un lado se ha concentrado la capacidad y responsabilidad del Estado en satisfacer derechos, incrementando incluso los beneficios de carácter social, pero se limita la capacidad competitiva de crecimiento del modelo económico; y en cuanto a política económica se establecen objetivos con visión únicamente de un Estado paternalista y subsidiario con este fin se refuerza la potestad del ejecutivo de aplicarlos a través de las llamadas políticas públicas; sin embargo observamos con agrado una planificación participativa con los distintos niveles de gobierno y la ciudadana, aunque en la práctica sean los que conozcan las políticas dadas desde el ejecutivo, y a las que deben someterse los diferentes órganos e instituciones del Estado al tiempo de elaborar sus planes operativos anuales alineados a las políticas contempladas en el Plan Nacional de Desarrollo, lo cual esta bien para controlar que cada órgano del Estado ejecute obra pública o desarrolle su proyecto social en el marco de sus competencias y ajustada a una disciplina en el gasto, pero lo que no está bien es la falta de una verdadera participación del pueblo en la definición de las mismas.

1.9 En el orden legislativo

La Constitución del 2008, no reduce el excesivo poder presidencial que se nota en la carta política de 1998, al contrario aumenta y desde luego disminuye facultades de la legislatura, pues la presencia del ejecutivo es evidente en las facultades legislativas por mandato Constitucional, de tal forma lo que hace es únicamente aplicarlas sin interferencia alguna; y lo que es más, está facultado para disolver la Asamblea Nacional, en tres casos puntuales, previo dictamen de la Corte

Constitucional. De esta forma afianza sus objetivos, basado en la potestad legislativa, porque recordemos que la disolución puede darse cuando de forma reiterada e injustificada la Asamblea obstruya la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, que además es obra de la misma Función Ejecutiva.

En cuanto a la composición, la Asamblea se integra por un solo órgano, a diferencia de lo que contemplaba la Constitución de 1998, que institucionalizó la Comisión de Legislación y Codificación, como instancia más técnica que política.

Las funciones, atribuciones y responsabilidades establecidas para la Asamblea, se mantienen en cuanto a legislar y fiscalizar los actos de los órganos del poder público. En cuanto a la primera, como analizamos en líneas anteriores, por disposición de la propia norma suprema tiene sus limitaciones, de observar y acatar las disposiciones, en especial sobre derechos y garantías, previstas en la Constitución; y en lo que refiere a la fiscalización, se realiza a través del seguimiento de los actos de carácter administrativo, con la instauración de los llamados juicios políticos contra el mandatario o funcionarios públicos a fin de determinar la responsabilidad política de éstos; facultándola además para analizar sobre la declaratoria de incapacidad física y mental de quien ejerce la función ejecutiva, así como la destitución mediante juicio político.

En materia judicial, la Asamblea tiene potestad de conceder amnistías por delitos políticos, e indultos por motivos humanitarios. Se trata sin duda de dos figuras diferentes, así la primera se aplica solo en caso de delitos políticos, que según Albán Gómez (1996) “son aquellos que atacan precisamente la estructura del Estado, establecida en la Constitución”(p. 46); y en el caso del indulto, por delitos comunes y puede ser concedido también por parte del Presidente de la República, no así la amnistía, que tampoco procede para el caso de los delitos de lesa humanidad , genocidio, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado, conforme así lo ordena la Constitución, la que prohíbe a la Asamblea conceder indulto o la amnistía por delitos cometidos en contra de la administración pública y por los delitos ya indicados; disposiciones muy bien traídas pero que sea aspira se cumplan y no le conviertan a nuestro país en refugio de criminales, bajo el pretexto de perseguidos políticos.

1.10 La justicia

La justicia, que en la Constitución vigente, forma parte de los elementos constitutivos del Estado, es garante de la supremacía de la propia norma suprema y de la protección efectiva de los derechos expresados en normas infra constitucionales y políticas públicas, sirve además como principio orientador de las relaciones internacionales. Con toda razón, el jurista Ávila (2008), a través de la obra ya citada, sostiene que la innovación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa, lo que se refleja al asignarle el carácter de justiciable a todos los derechos, rompiendo la clásica comprensión de que solo algunos tipos de derechos (civiles o políticos) podían llegar a ser reclamados judicialmente; la determinación clara de la responsabilidad del Estado frente a las limitaciones o restricciones que impidan un acceso efectivo e imparcial a la justicia. A esto se suma el amplio desarrollo de las garantías del debido proceso y penales, asumidas también como derechos constitucionales; y la ubicación de las garantías jurisdiccionales como mecanismos efectivos para el ejercicio y defensa de los derechos constitucionales.

En la Constitución vigente, en el capítulo sobre supremacía constitucional se determina la existencia de justicia constitucional y se reconoce la potestad de los jueces de observar la inconstitucionalidad de las normas, estableciéndose un procedimiento específico para su declaratoria. Esto implica además un cambio en el rol de los jueces, los cuales asumen un papel protagónico, pasando de meros intérpretes del texto legal, a aplicadores del contenido material de la Constitución, interpretando la realidad política, cultural y social en cada caso concreto; en definitiva los jueces son personas que utilizan el derecho como un instrumento a favor de la justicia, y por tanto garante de los derechos humanos.

Se debe destacar además la jerarquía y valores jurídico políticos, puesto que estas normas excluyen la arbitrariedad, protegen contra actos y actuaciones violatorios o que no mantienen conformidad con estos preceptos. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos están obligados a la aplicación directa de normas constitucionales, que como se conoce son normas supremas, con lo cual de ninguna manera se está desconociendo el sistema piramidal kelseniano de normas positivas, y esto en razón de que si se revisa la Constitución tiene

carácter normativo y fuerza vinculante que no requiere de norma inferior, ley o reglamento para su instrumentación material.

La Constitución establece un conjunto definido y amplio de garantías jurisdiccionales, con lo cual los derechos de los ciudadanos se convierten en un vínculo para con el Estado, sabiendo que si no se cumplen el ciudadano tiene medios disponibles para que la justicia constitucional actúe en forma expedita.

Para concluir con el tema, se precisa que la aceptación de un nuevo constitucionalismo en el Ecuador, implica un esfuerzo en todos los niveles en la reconceptualización del orden jurídico; en revalorización de la norma constitucional, en la búsqueda de un sentido estético y práctico, en la incorporación de una nueva axiología en los niveles de recomposición de los principios de solidaridad y la reciprocidad de las equidades, de la comprensión integral del individuo, del respeto a lo popular y comunitario en lugar de su marginalización vía una integración excluyente, que solo se conseguirá con una verdadera y auténtica participación social, pero no solo presencial o física en diferentes foros, sino con revisiones, discusiones, debates, de tal manera que se logre hacer escuchar la voz pero expresada con conocimiento de causa.

CAPÍTULO II

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. Los derechos humanos, fuente de los derechos fundamentales

Para tratar los derechos fundamentales, se debe partir de los derechos humanos, que son el soporte Constitucional y éstos tienen su punto de partida en la dignidad humana que es la cualidad irrenunciable e inalienable de toda persona, por tanto debe ser respetada y asegurada por el orden jurídico estatal e incluso internacional.

Si se revisa la historia, conseguir el respeto a la dignidad humana como sustento de los derechos humanos y éstos, fuente de los derechos fundamentales, no ha sido tarea fácil, sino el resultado de la lucha permanente del ser humano en diferentes momentos, pero finalmente se ha logrado suscribir convenios y tratados a nivel internacional como resultado de la universalización de los derechos, que a su vez se han incorporado en las Constituciones de cada Estado, al respecto Pérez Tremps (2004), en su obra Los Derechos Fundamentales sostiene que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales” (p.2004).

Desde esta mirada, los derechos fundamentales, tienen su origen en la constitucionalización de los derechos humanos, que se concretan con la aprobación de los primeros textos constitucionales, en los que se reconocen la existencia de los derechos naturales; cobra así importancia la teoría ius naturalista, representada por Looche y Rousseau, que reconocen la existencia de “derechos naturales” inherentes a la persona, por el simple hecho de serlo, que más tarde fueron reconocidos a través de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, ocurrido en 1789, al expresar que “el fin de toda asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”. De esta forma se puede afirmar que los derechos humanos son anteriores a la creación del Estado, y son la fuente de todos los derechos fundamentales, a través de los textos constitucionales.

Luigi Ferrajoli (2004), en su obra Derechos Fundamentales, expresa que son derechos fundamentales “...todos aquellos derechos subjetivos que corresponde universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de

personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar...” (p. 46). El autor reconoce a los derechos fundamentales como subjetivos y les asigna la calidad de universales, esto significa igualdad jurídica, inalienabilidad, que es característica de los derechos humanos, sin embargo para que sean reconocidos, respetados y se constituyan sea en vínculos o límites de los poderes públicos, es necesario que consten en normas constitucionales, como así han procedido la mayoría de los Estados. Al respecto, también la jurisprudencia en varios fallos, acoge el criterio doctrinario y señala que el contenido esencial de un derecho fundamental constituye un límite a la acción de los poderes públicos, especialmente a la potestad legislativa del Estado.

Ferrajoli (2004), al definir a los derechos fundamentales, hace una diferenciación entre personas, ciudadanos y la capacidad de obrar, por tanto identifica cuatro clases de derechos: los derechos humanos, a los que les considera primarios y son inherentes de manera indistinta a todos los seres humanos, que sin duda se encuentran reconocidos en las distintas Constituciones, como el derecho a la vida, la libertad personal, libertad de conciencia, entre otros; los derechos públicos, que de igual manera los considera como primarios que son reconocidos sólo a los ciudadanos, así tenemos los derechos de reunión, de residencia, de libre circulación en el territorio nacional, derecho al trabajo, entre otros; y los derechos civiles, a los que les da la categoría de secundarios, y son los que les asiste a todas las personas con capacidad de obrar, así tenemos el derecho de libre contratación; a este grupo pertenecen además los derechos políticos, asignados únicamente a quienes tienen capacidad de obrar, en concreto para elegir y ser elegidos.

Si los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados, por tanto son de naturaleza subjetivos, en razón de que contienen garantías para la persona; pero se debe reconocer que éstos trascienden a la dimensión objetiva, convirtiéndose en principios y valores de la sociedad, en donde la dignidad de la persona se constituye en el valor supremo, columna vertebral de todo ordenamiento constitucional y el sistema jurídico en general, en el que no solamente se contemplan derechos sino de manera especial garantías que aseguren el ejercicio de los mismos, pues a decir de Kelsen (1949), un derecho no garantizado no sería verdadero derecho.

Se debe precisar además que no solo aquellos asegurados o reconocidos de manera expresa, se han de considerar al momento de aplicar, pues existen otros derechos implícitos, que no se encuentran reconocidos en la Constitución, en los convenios internacionales, y de manera general en el ordenamiento infra constitucional, por tanto al ser esenciales, e inherentes a la naturaleza humana para su ejercicio se han de considerar los valores, principios, fines, e incluso razones históricas. Al respecto, Ferrajoli (2004), señala que “la ausencia de garantías deben ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos tienen la obligación de colmar” (p. 56); criterios que sin duda deben ser considerados y aplicados por las diferentes instancias o niveles de gobierno para que a través de una adecuada interpretación, se permita el efectivo ejercicio de los derechos establecidos en la norma suprema de un Estado. De igual forma, cuando existan violaciones de derechos ya sea por parte de servidores administrativos o judiciales, que al autor en cita los considera como antinomias, deben ser sancionados.

De esta forma se puede entender que los derechos en general tienen sentido no solo porque benefician a la persona, individualmente considerada, sino porque representan principios y valores de una sociedad; y porque además son normas de convivencia valoradas y respetadas por los miembros de la sociedad a la pertenece el ser humano, con lo que se demuestra que la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos humanos no son aisladas sino interdependientes. Téngase presente que uno de los elementos que contienen las normas son precisamente los principios, que para Carlos Santiago Nino, citado por Ávila (2008), en su obra Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no son más que normas téticas que establecen un mandato de maximización, carentes de hipótesis, por tanto obligaciones concretas que las deben asumir el Estado.

2.2 Evolución progresista de los derechos fundamentales

El avance en materia de derechos, ha dado lugar que las legislaciones internas de cada Estado lo reconozcan y con la intervención de los órganos competentes los incorpore en sus ordenamientos jurídicos estableciéndose de esta forma leyes que protegen los derechos humanos con visión progresista, de eficacia directa y aplicabilidad inmediata. Esto ocurre, a partir de que el individuo abandona su

condición de súbdito, de sujeto pasivo de las decisiones del poder y exigen su participación en las actuaciones del Estado, que constituye parte de sus derechos.

Uno de los grandes acontecimientos en la búsqueda de la dignificación humana es la “carta magna” en la que se establece garantías, libertades personales y a su vez limitaciones en los tributos para quienes estaban bajo el mando del monarca. No constituyen declaraciones, sin embargo representa un puntal importante para el derecho constitucional, no solo para el Estado inglés, sino para las diferentes legislaciones del mundo, pues aquí encontramos las bases del debido proceso, que se institucionaliza en 1627; y luego el acta del hábeas corpus, que sin duda es uno de los acontecimientos más importantes, pues se trata del amparo de libertad de las personas, que se mantiene desde 1679, con algunas innovaciones que se anotará más adelante.

En Inglaterra, el “Bill of Rights”, o “Declaración de derechos” en el que se establece las atribuciones legislativas al Parlamento frente a la monarquía. Se comienza a materializar la democracia al permitir las elecciones de los parlamentarios, aparece el derecho constitucional de petición, que se mantiene hasta la fecha.

En el caso de Francia, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, cuyo hecho evidencia la vinculación de los derechos fundamentales con el poder político, al establecer el respeto al principio de legalidad, así como de garantizar a los ciudadanos – aunque no de manera general, sino aún todavía a determinados sectores-, la defensa de sus derechos, cuando éstos se vean conculcados por el abuso de los poderes públicos; sin embargo, hay que reconocer que los principios contenidos en la Declaración de los Derechos, producto de la Revolución Francesa, fueron incorporados en los textos constitucionales de varios países del mundo, con lo cual se ratifica de que los derechos fundamentales son verdaderos derechos humanos constitucionalizados, que se consolidan para tutelar la libertad del individuo en sus relaciones frente al poder.

De esta forma se amplía el catálogo de derechos, producto de la evolución progresista de los derechos fundamentales, y retomando a Pérez (2004) éste los identifica como de primera generación, el derecho a la vida, a la libertad, integridad física y moral de la persona humana, que luego fueron consagrados en diferentes convenios y tratados internacionales, reconocidas e incorporadas en las

Constituciones de los diferentes países. Pero resulta, que éstos no son suficientes para garantizar los derechos de las personas, lo que provoca la incorporación de otros derechos, ampliándose los de orden político, y luego los de carácter social, económico y cultural, que fueron el resultado de movimiento de obreros y los procesos de industrialización. Luego de la segunda guerra mundial se incorporan los derechos de tercera generación, colectivos de la humanidad, o de las nuevas generaciones, conocidos también como “difusos” pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales distribuidos en varios sectores, también aquellos relacionados con el medio ambiente, patrimonio de la humanidad, de la naturaleza, entre otros, que también constan en los textos constitucionales. Esta referencia se hace únicamente con fines explicativos, en razón de que el constitucionalismo moderno se refiere simplemente a los derechos.

La evolución progresista de los derechos, se debe además a la presencia del derecho internacional, que deja de ser el ordenamiento que sólo regula las relaciones entre los Estados y se convierte en un verdadero instrumento de defensa de los derechos humanos sin considerar fronteras, nacionalidad, raza, sexo, etc., pues lo que le interesa es la protección efectiva del ser humano. Se procede entonces a la universalización de los derechos, que se consolida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, entre otros instrumentos, reconocidos luego por varios Estados, entre ellos Ecuador. En fin, a nivel mundial y particularmente en América Latina se han celebrado una multiplicidad de Acuerdos, Pactos y Convenciones sobre derechos humanos, todos éstos tienen como finalidad la protección del ser humano.

2.3 Los derechos fundamentales en las Constituciones del Ecuador

A partir de que los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales de los diferentes Estados, los que han evolucionado de manera progresista, y sirven de base para el desarrollo del ordenamiento infra constitucional, como ocurrió en Ecuador, aunque de manera lenta, al ritmo de la ideología de los gobernantes de turno, así, en algunos textos como la Constitución de 1967, se establece la igualdad de manera general para todos los ecuatorianos,

señalando que no habrá discriminación alguna, sin embargo se condiciona a la honradez, la capacidad y otros méritos para la valoración personal.

Se reconoce el derecho a demandar el amparo jurisdiccional, contra cualquier violación de garantías constitucionales. Se institucionaliza el hábeas corpus para los casos de detención arbitraria, cuyas raíces se encuentran en la Constitución de 1929, que se le conoce como Constitución de tipo social, aunque el procedimiento para hacer efectiva esta garantía no haya sido eficaz, a partir incluso de la autoridad que le correspondía aplicar.

En materia de protección de los derechos, se institucionaliza el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyas competencias de manera ampliada las debe cumplir a la fecha la Corte Constitucional. Se implementan sistemas de control de legalidad de los actos de la administración pública, a través de la impugnación en instancia jurisdiccional, creándose para ello órganos especializados, que reemplazan a un Consejo dependiente del Ejecutivo.

En cuanto a derechos, el catálogo como refiere Pérez (2004), en la obra Los Derechos Fundamentales, mejora en cada una de las constituciones de nuestro país, sin duda como resultado de la ratificación de convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, y la lucha permanente de varios sectores, especialmente de la clase obrera en las calles, lo que ha ocasionado la incorporación de reformas, e incluso la expedición de nuevos textos constitucionales, lo que demuestra la inestabilidad política y jurídica que ha enfrentado el pueblo ecuatoriano.

2.4 Análisis de las Constituciones de 1998 y 2008, sus avances en materia de derechos

No cabe duda alguna que desde los postulados y luego en el desarrollo del texto constitucional, se busca la libertad, igualdad y justicia que fue la aspiración del pueblo a través de la Constitución de 1998, en un estado social de derecho, en el que se implementó el respeto a los derechos humanos los que tienen un carácter progresista, pues estableció en igualdad de jerarquía a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y derechos colectivos. Estableció la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, como el genocidio, la desaparición forzada de

personas, entre otros. Reconoció los derechos a los grupos en situación de vulnerabilidad, entre éstos a mujeres y personas con discapacidad. Para conseguir la aplicación de todos estos derechos, a través de la norma suprema, se ordenó que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos constantes no solo los que de manera expresa constan en la Carta Política, sino además Convenios y demás instrumentos internacionales, ratificados por Ecuador, los que por cierto no tenían igual categoría que la Constitución.

Se establecen por primera vez en forma sistemática garantías para los derechos humanos, como el hábeas corpus, cuyo objetivo es asegurar la garantía de la libertad; el hábeas data, que tiene como fin garantizar la garantía de la honra y el buen nombre del ciudadano; el amparo constitucional, que se establece como garantía para el ejercicio de los derechos constitucionales. Se crea la Defensoría del Pueblo como instancia de veeduría que asegure el cumplimiento de los derechos fundamentales. Sin duda se trata de un avance importante en materia de derechos y garantías, sin embargo ocurrieron grandes atropellos y vulneraciones que conllevaron incluso a la implementación de acciones en contra del Estado, el pago de grandes indemnizaciones y el desprestigio del Ecuador a nivel internacional.

En estas condiciones, se expide la Constitución de la República vigente a la fecha, que declara al Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, que significa:

- a.** Revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables,
- b.** Un cambio del principio de legalidad al de constitucionalidad;
- c.** Un avance del sistema de ley escrita al reconocimiento de derechos que no constan en el derecho positivo interno, pero que existen en el ámbito del derecho internacional, comunitario, consuetudinario, principios generales del derecho, justicia indígena;
- d.** Una organización estatal para la realización de la justicia, con lo cual se garantiza la vigencia de los derechos humanos, desde la subordinación de la Ley a la Constitución, todos los poderes, incluido el legislativo, que se subordina también al derecho y la Constitución, ya no solo en las formas y procedimientos de formación

de leyes, sino también de sus contenidos que deben guardar el respeto y coherencia con la suprema norma.

Al haberse hecho una referencia de manera general y ligera al contenido de la derogada Constitución y aquella que se encuentra vigente en nuestro país, es necesario destacar algunos principios, elementos de orden jurídico e institucional, contenidos en los dos textos constitucionales.

2.5 Estado de derecho – Estado Constitucional de derechos

Según la norma suprema de 1998, Ecuador Estado social de derecho, en donde la Ley determina la estructura del poder y la Autoridad encargada de su aplicación, a partir del modelo clásico de Montesquieu que refiere a tres poderes, en donde los límites del Estado los impone el Legislativo, en razón de que a través de la Ley define cuales son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. En este modelo de Estado, la Constitución no era rígida, en razón de que se podía reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes. En cuanto a los derechos y garantías son aquellos detallados en los Códigos que aún se encuentran vigentes a la fecha; y de su aplicación se encargaba la justicia ordinaria.

Se desprende que en el Estado de derecho, la primacía la tiene la Ley y la democracia omnipotencia de la mayoría, por lo tanto el parlamento. El papel del Juez como órgano sujeto solo a la Ley se configuraba por consiguiente, como una mera función técnica de aplicación de la Ley, cualquiera que fuese su contenido.

La vigente Constitución determina que Ecuador es Estado Constitucional, lo que implica que se abandona el principio de legalidad y la norma suprema determina el contenido de la Ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad, al igual que la estructura del poder, así lo considera Ávila (2008) en su obra Ecuador, Estado Constitucional de derechos y Justicia, para quien la Constitución vigente es “material, orgánica y procedimental”(p. 56), por cuanto, contiene derechos que deben ser protegidos (material) que a su vez es el fin que persigue el Estado, estableciéndose para ello órganos encargados de garantizar esos derechos (orgánica) para lo cual se deben establecer mecanismos de participación del pueblo desde la toma de decisiones (procedimientos) al tiempo de elaborar las normas jurídicas.

Pero la norma suprema en vigencia, a más de considerar al Estado como Constitucional, indica que es de derechos, lo que a criterio del mismo autor, implica que "...los derechos que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes, incluso al constituyente...". De esta manera se entiende que los jueces en la nueva Constitución, tiene un rol importante, se han convertido prácticamente en garante de los derechos fundamentales, incluso en contra del Legislador, a través de la censura de la validez de una determina norma de derecho, con lo cual ya no se aplica el paradigma de la "sujeción a la letra de la Ley, cualquiera sea su significado", sino la sujeción a la Ley solo si ésta es válida, es decir coherente con la Constitución.

Lo expuesto implica además un límite al legislador, y a todos órganos que tienen facultad legislativa, a través del respeto a la supremacía de la norma constitucional y en especial a los derechos fundamentales al momento de desarrollar normas infra constitucionales, como así esta dispuesto en el artículo 84 de la Constitución de la República, en relación con el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con lo que se deja establecido además el control abstracto de constitucionalidad, que se lo ejerce a través de la Corte Constitucional, a la que se atribuye entre otras competencias, según el artículo 436 de la Constitución, en relación con el artículo 75 de la ya citada Ley Orgánica, la de resolver acciones de inconstitucionalidad, esto en razón de los principios de aplicación e interpretación de las normas para el ejercicio de los derechos, que deben ser aplicados por parte de los servidores judiciales y administrativos para lo cual disponen de una pluralidad jurídica, que se analizará más adelante.

Otro de los objetivos que se persigue, a través de los límites establecidos en las disposiciones Constitucionales ya citadas es evitar que se afecte aquella parte de la norma, que Ferrajoli (2004) a través de su obra "La esfera de lo indecible y la división de los poderes"(p. 65), lo denomina como la esfera de lo indecible, que para el autor "...es el conjunto de principios que en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías..." (p.125).De esta forma se busca tutelar los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad, que no puede ni debe sacrificarse a la voluntad de la mayoría, ni interés general o bien común; y además el

respeto por parte de los poderes públicos a la Ley, con lo que se evitaría la arbitrariedad.

2.6 Principios de aplicación de los derechos

En la derogada Constitución, se contemplaban principios para la aplicación de los derechos, los que mejorados se mantiene en el estado constitucional de derechos, con la diferencia de que en la actualidad son de aplicación obligatoria por parte de los servidores públicos administrativos y judiciales al momento de resolver un hecho sometido a su conocimiento, con lo cual el constituyente busca el mecanismo apropiado para garantizar a las personas el ejercicio de sus derechos.

Los principios, en opinión de Ferrajoli (2004) son normas téticas que pueden ser aplicados de manera directa, a través de la argumentación jurídica, y con esta técnica, se debe recurrir a los principios universales del derecho, a la ética y a la moral, sin apartarse jamás de los objetivos que persigue el Estado, pues como manifiesta Ávila (2008) el derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable; esto lo expone, luego de referirse precisamente a la argumentación, que a criterio del autor, debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y que se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente. De esta forma, en el estado constitucional de derechos, los servidores públicos en base a los principios, aplicados en armonía con la legislación interna e internacional, especialmente convenios y tratados sobre derechos humanos, se convierten en creadores de normas, con los límites y conforme al procedimiento establecido en la propia norma suprema.

En el caso del Ejecutivo, los principios debe ser observados y aplicados al momento de dictar las políticas públicas, que son actos administrativos de carácter general y obligatorios, de las que se sirve la administración para facilitar o garantizar el ejercicio de los derechos, materializados en proyectos con objetivos, destinatarios, recursos y responsables, en donde sin duda existen márgenes de discrecionalidad al tiempo de formularlas, es decir no existen procedimientos previstos en la Ley, pero si condiciones o límites establecidos en la norma constitucional, la que advierte sobre la inconstitucionalidad, en caso de incumplimiento, lo que significa que para la administración existen límites y controles a los que debe sujetarse. Se busca así, tutelar los derechos fundamentales, que son vínculos normativamente impuestos,

que no puede ser desconocidos por ninguno de los servidores públicos que integran las funciones del Estado, pues ningún contrato, ni política pública puede disponer de la vida; ninguna mayoría al interior del Legislativo puede disponer de las libertades, tampoco de los demás derechos fundamentales, que como anota Ferrajoli (2004) se encuentran en la esfera de lo indecible. En estas condiciones, la administración pública al tiempo de ejercer sus competencias y de manera especial al decidir sobre derechos, no está sujeta al principio de legalidad al momento de ejercer sus competencias, pero si al de estricta legalidad o de constitucionalidad.

2.6.1 Principio de posición preferente de los derechos fundamentales

A este principio se le conoce también como norma abierta, aplicable al momento de decidir sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, a partir de la realidad de que éstos, no son únicamente los que se encuentran reconocidos de manera expresa en la Constitución, pues existen otros implícitos que pueden deducirse de principios, valores, fines e incluso razones históricas del derecho positivo sea interno o internacional, lo importante es que la persona se encuentra protegida por la actuación estatal, y que la administración pública se encuentre al servicio de la dignidad de los derechos y la persona humana, de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Al respecto, se debe tener presente que la Constitución reconoce la plurinacionalidad y la interculturalidad, esto significa pluralidad jurídica, y como parte de ésta, el reconocimiento de la justicia indígena, como derecho propio, principios, procedimientos, formas de aplicación, autoridades legitimadas para intervenir, cuyos orígenes radican básicamente en la costumbre, como derecho ancestral evidente y probado que permiten la solución de disputas internas entre los miembros de la comunidad, pero su ejercicio no debe implicar la vulneración de derechos fundamentales, ni el contenido de la Constitución, ni las leyes, lo que no ocurre en la práctica.

Frente a esta realidad, el Estado debe establecer mecanismos de cooperación y colaboración entre la justicia ordinaria y la indígena; propiciar la interpretación de los derechos humanos desde los principios de la legislación indígena, precisamente porque esta última, basado en su derecho consuetudinario, en la jurisdicción que está reconocida constitucionalmente, establece sus propios procedimientos, que sin duda difieren del sistema positivo estatal.

2.6.2 Principio prohomine, prolibertate

Es la interpretación que más optimiza un derecho fundamental a un caso concreto, con independencia de la ubicación jerárquica de la norma aplicada, sea esta nacional o de rango internacional, amplia o de interpretación extensiva, lo importante es que resulte más favorable para la persona humana para su libertad y evite la aplicación por analogías de normas restrictivas de derechos.

Este principio conocido también por la doctrina como prolibertatis, cumple una función tuitiva de los derechos y libertades humanas, frente a una conducta omisiva o comisiva del Estado, como así lo reconoce nuestra Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por tanto es de aplicación obligatoria para los servidores públicos, encargados de administrar justicia o de generar resoluciones, al mismo tiempo que es un referente para una adecuada interpretación de los derechos fundamentales con criterio de hermenéutica jurídica, de tal forma que, no existe argumento alguno para pronunciarse en sentido contrario.

2.6.3 Principio Pro actione

Derecho que le asiste a la persona y a la colectividad a ser escuchado con su reclamo, o exigencia de justicia, que debe ser atendido por la autoridad administrativa o jurisdiccional competentes, sin condiciones, ni requisitos, que no sean de aquellos exigidos en la Constitución o en el ordenamiento infra constitucional para el ejercicio de los derechos, sabiendo que los pronunciamientos del Estado, a través del sujeto que actúa en su representación en las diferentes funciones, deben ser oportunos, motivados y como resultado de la aplicación de normas procesales.

En varios fallos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional del Ecuador en el sentido que la ley sí puede interponer restricciones o limitaciones a los derechos, más por una parte, sólo puede hacer en virtud de la defensa de los derechos de terceros por razones de orden público y moral y las buenas costumbres, y por otra parte, sin que la restricción implique negación del derecho, es decir afectación a su núcleo esencial.

2.6.4 Principio de progresividad

Este principio se reconoce a partir de la evolución del derecho a nivel internacional, a través de los tratados que amplían derechos y garantías, que sin duda son reconocidos por la legislación interna de los Estados, así la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe la interpretación que limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad, lo cual posteriormente fue ratificado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Todos estos principios deben ser aplicados por el Juez como operador de justicia, pero también por el titular de la función administrativa, previo un ejercicio de ponderación, entendida como la acción de análisis y consideración imparcial de los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas, a partir de que existan pugna, intereses en conflicto, normas que no suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión, así lo reconoce Bernal (2008).

Según Alexy, citado por el mismo Bernal (2003), la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos, la ley de la ponderación, la fórmula de peso, y la carga de argumentación, que deben ser considerados en la interpretación y justificación para la aplicación de los principios. Pero puede darse el caso de conflicto de principios, cuya solución radica en establecer la importancia de los principios en colisión, a través de la fórmula del peso que puede variar de acuerdo a la fuente del derecho en el que se encuentran establecidos, pero además la relación con los valores sociales establecidos, así por ejemplo el mismo autor mencionado, señala que “el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto es obvio que para poder ejercer mi libertad necesito estar vivo”; esto en un sistema de derecho como el nuestro que busca siempre favorecer la igualdad jurídica.

De esta forma, la ponderación de los principios, reconocida por la doctrina, se convierte en aplicación jurídica obligatoria de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución, y así lo reconoce la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia que se encuentra publicada en el Registro Oficial 566 del 08 de abril del año 2009, en una acción de incumplimiento, reconoce que el derecho ha adquirido una carga axiológica y que el contenido material del constitucionalismo encuentra reflejo en principios, que son mandatos de optimización, y valores que deben

generar una especie de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. De esta forma se reconoce que los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura torna necesaria la utilización de métodos de interpretación muy diferentes a aquellos aplicados en el Estado de derecho

2.7 Las garantías Constitucionales

Para conseguir que los derechos fundamentales se cumplan, no basta que el Estado los reconozca, sino que establezca instituciones encargadas de su aplicación, pero además medidas eficaces que permitan exigir el respeto de estos derechos, cuando por acciones u omisiones, se vean amenazados o son vulnerados. Acertadamente Bobio, expresa que uno de los esfuerzos fundamentales que debe hacerse no es tanto de “saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y fundamento, si son naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.

Los organismos internacionales y el Estado a nivel interno, a través de los ordenamientos constitucionales demuestran ese interés en establecer garantías para conseguir el verdadero ejercicio de los derechos humanos, así se tiene en forma general, el establecimiento y el respeto de un sistema democrático, en donde prevalecen las libertades; la definición de las competencias de cada una de las funciones del Estado y la obligación que tienen éstas de coordinar para asegurar el ejercicio de los derechos; la supremacía y el control constitucional; el principio de responsabilidad de las autoridades en el ejercicio de sus funciones, ya sea por acciones u omisiones, entre otras, algunas de ellas, innovadoras en nuestro sistema constitucional. En definitiva, para conseguir la eficacia de los derechos, debe existir un adecuado funcionamiento del propio Estado, el respeto a las competencias y la independencia de cada una de sus funciones, la aplicación adecuada de los principios constitucionales; sólo de esta forma se puede evitar un régimen autoritario, el atentado a la democracia, el desconocimiento y vulneración de derechos fundamentales; En este ámbito, la vigente Constitución de la República, en el capítulo III, se refiere a las garantías constitucionales y de manera específica se refiere a las normativas y jurisdiccionales.

2.7.1 Garantías Normativas

La norma suprema vigente en nuestro país, reconoce de que los principios constitucionales son la base axiológica – jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo de un Estado, por tanto establece un límite a la Asamblea y a todo órgano con potestad legislativa de respetar sus postulados y los tratados internacionales en el momento de expedir normas infra constitucionales y políticas públicas. De esta forma se garantiza la dignidad humana, que constituye el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona, por tanto el contenido esencial de toda norma, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas, ideas políticas o de mayorías.

Indudablemente que la facultad establecida constitucionalmente a diferentes órganos del Estado, entre éstos a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales para expedir actos normativos en el ejercicio de sus competencias, lo deben cumplir a través de la participación de la ciudadanía para formular, incluso políticas públicas, discutir y aprobar planes, programas y proyectos de desarrollo, con el incentivo y uso de espacios reconocidos en la norma suprema, como las asambleas parroquiales, la “silla vacía”, comités, veedurías, etc.

Es evidente que la norma suprema, a través de estos medios, que se encuentran a disposición de la ciudadanía, la comunidad, y la sociedad en general, reconoce la democracia participativa, como uno de los mecanismos para la formulación de normas, y de manera especial políticas públicas, pero además, la Constitución establece límites, como el respeto al principio de reserva legal, y al contenido esencial de los derechos fundamentales, con lo que se pretende evitar la vulneración de los derechos fundamentales; y, para asegurar esta garantía, el constituyente estableció y se encuentra vigente el derecho o la facultad de todo ciudadano de ejercer de manera individual o colectiva las acciones para demandar la inconstitucionalidad de un acto normativo y conseguir que el órgano competente declare que dicho acto carece de eficacia jurídica. Es evidente entonces que los destinatarios de la garantía no son los individuos, sino los poderes públicos, aunque el individuo puede utilizarlas o invocarlas si conviene a su derecho.

Otro de los aspectos destacables como garantías normativas, en este modelo de estado, es la reforma de la Constitución que ya no está en manos de la Función Legislativa, sino que se sujeta a procedimientos establecidos y a condicionamientos,

entre éstos y de manera especial que no se modifique la estructura del Estado y tampoco restrinjan los derechos y garantías, con lo cual se ratifica que el poder del Estado, no se sujeta al principio de legalidad, sino de estricta legalidad o de constitucionalidad.

2.7.2 Garantías jurisdiccionales

Los derechos fundamentales por su especial naturaleza, requieren de remedios procesales específicos para su protección, así lo reconoció la Convención Americana de Derechos Humanos (1948), al disponer que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal decisión sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales...”. Esta disposición, sin lugar a duda, constituye uno de los fundamentos para que los distintos ordenamientos jurídicos modernos contemplen, no solo derechos sino además mecanismos de protección como elementos esenciales para su real eficacia jurídica, que tienen como objetivo la tutela de derechos de la persona en casos específicos.

En el Ecuador, la vigente Constitución faculta el ejercicio de estas garantías, de manera individual y colectiva, señala el procedimiento que de cierta manera resulta innovador en nuestro sistema, como la forma de presentación de las demandas, la notificación de las decisiones de la autoridad, la disposición de que el proceso no concluye con la sentencia, sino que continúa hasta conseguir la ejecución integral de la misma, la facultad al Juez constitucional para incurrir en otras acciones como la destitución de la autoridad administrativa que incumpla la disposición emitida para resarcir el daño causado.

En derecho comparado, la Constitución Colombiana (2008) reconoce esta garantía para la protección inmediata de derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, cuando son vulnerados, o existe amenaza por acción u omisión de autoridad pública; y se faculta para que el legislativo determine los casos en los que proceda cuando estos hechos u omisiones que afecten gravemente al interés colectivo, provengan de los particulares encargados de la prestación de servicios públicos. De la revisión del texto, no se determina el procedimiento que debe seguir,

como sí consta en nuestra Constitución y en la de Bolivia, sin embargo, como se conoce, en Colombia encontramos mayores avances en materia constitucional.

La Constitución Chilena (2005) otorga facultad al afectado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales para acudir por sí o a través de terceros a la Corte de Apelaciones y obtener de dicho organismo medidas necesarias de protección, pero no especifica si los actos u omisiones, que vulnere los derechos expresamente identificados en norma suprema, provengan de la administración pública o de particulares

La Constitución Boliviana en cuanto a las garantías jurisdiccionales guarda similitud con la de nuestro país, en razón de que establece instituciones con diferentes nombres pero con objetivos comunes, así tenemos la acción de amparo constitucional que procede contra actos u omisiones ilegítimas de los servidores públicos que vulneren derechos fundamentales; se contempla además, la acción de cumplimiento y la acción de inconstitucionalidad, todas éstas para precautelar el respeto a la norma suprema y en especial a los derechos fundamentales de las personas.

Se concluye que el Ecuador dispone de una Constitución garantista de derechos, sin distinción alguna, pues todos tienen la categoría de fundamentales, por tanto exigibles a través de los mecanismos previstos en las garantías jurisdiccionales, lo que implica que son derechos justiciables, de tal manera que la autoridad jurisdiccional, se convierte en la única garante para la efectividad real de los derechos fundamentales, pero para ello se requiere independencia absoluta del juzgador frente a los órganos del poder político, una aplicación e interpretación adecuada de las normas tanto constitucionales como las de menor jerarquía, y de esta manera evitar el abuso de estas garantías, como lamentablemente ocurre en la práctica.

En forma general, sobre el procedimiento aplicable para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales, se debe destacar que se eliminan las formalidades procedimentales, a en razón de que la reclamación puede ser verbal o escrita, sin necesidad de invocar la norma que se considera vulnerada. En este último caso, se destaca el principio “iuranovit curia”, que Lozano (2004) presenta versiones, a partir de la presunción de que el Juez conoce el derecho, “con independencia o por encima de

lo que a cerca de él hayan podido ilustrarlo las partes con su debate”, por tanto, según el autor “el juez puede suplir a las partes en sus alegaciones acerca del contenido del derecho objetivo”, lo que significa que si la accionante de la garantía jurisdiccional no señala o especifica la disposición constitucional invocada, el juez debe aceptar a trámite.

2.7.2.1 La acción de protección

La institucionalización de esta garantía, no es reciente en nuestro país, si se considera que en el año 1996 se establece la acción de amparo que se presentó como un mecanismo eficaz para la protección de los derechos subjetivos constitucionales que sean vulnerados, o que exista amenaza, por actos u omisiones de la autoridad administrativa no judicial. La norma suprema, señalaba además que esta acción procede contra la persona natural que en representación de la autoridad pública presta servicios; y contra los particulares cuando afectan derechos colectivos. Con la institucionalización de la acción de amparo, sin duda se contribuyó al control de la juridicidad de los actos de la administración pública, que hasta entonces se encargaba a la misma justicia ordinaria y para ello se estableció un procedimiento, muchas veces confundido sin considerar que se trataba de una acción constitucional, más no de legalidad.

Dada su importancia, con nuevas regulaciones y avances se presenta en la vigente constitución como acción de protección en la que no se limita la legitimación activa, al contrario existe amplitud al establecer la facultad para cualquier persona que se vea afectada por un acto u omisión de autoridad pública no judicial, cuando se presuma que determinada política pública priva a la persona o al colectivo del goce o del ejercicio de sus derechos fundamentales; y también en contra de los particulares, cuando por acción u omisión vulneran derechos y causen daños graves, ya por la prestación de servicios públicos de manera inapropiada, o que el accionante se encuentre en estado de indefensión.

Según el mandato constitucional, la presente acción, la pueden ejercer cualquier persona, en cuya denominación, se presume está considerada la persona jurídica. Al respecto se han presentado discusiones en torno al tema, entre éstos el constitucionalista Oyarte (2004) luego de analizar uno de los fallos dictados por el Tribunal Constitucional en el marco de la Constitución Política, con amplio análisis,

expresa las razones por las cuales debe ser aceptado la garantía jurisdiccional de amparo propuesta por el representante legal de la persona jurídica, entre éstas, que como sujetos de derechos, son entes capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, por tanto puede proteger sus derechos a través de la acción de amparo. A esto se debe adicionar que en la vigente norma suprema, entre los principios para el ejercicio de los derechos, dispone que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar “los derechos garantizados en la Constitución”, es decir no se refiere únicamente a los derechos humanos, cuyo titular es la persona natural, sino a todos sin excepción alguna, en consecuencia las personas jurídicas, titulares de los derechos que de pronto pueden ser afectadas o vulneradas en sus derechos si están legitimadas para interponer la presente acción.

En cuanto a la competencia para conocer esta acción la tienen los jueces ordinarios, con la única condición que el juez que avoca conocimiento y será el encargado de dar trámite es del lugar en donde se origina el acto u omisión, o donde se produce sus efectos. De esta forma se evidencia un control de constitucionalidad difuso, que indudablemente nace de la necesidad del Estado, pero de manera especial de la ciudadanía para evitar la vulneración de sus derechos, por la arbitrariedad y exceso de poder de la administración pública.

El procedimiento que se debe aplicar, está previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es ágil en relación a aquellos que se desarrollan ante la justicia común, y esta forma de procedimiento tiene como objetivo, sin duda de manera eficaz, la protección de los derechos fundamentales, pero debemos expresar que en la práctica existe abuso de esta acción, por cuanto se proponen a trámite demandas de casos relacionados con el control de legalidad de los actos, confundiendo incluso al juzgador sobre los requisitos de procedencia, admisibilidad y efectos de las dos acciones.

CAPÍTULO III

3. LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

3.1 La Administración Pública

El nacimiento de la administración pública, está situada, entre el final del siglo XV y los comienzos del siglo XVI, pero con sus actuales características, especialmente en cuanto a la responsabilidad jurídica del Estado, a partir de la Revolución Francesa y la expedición de la Constitución de Estados Unidos.

La doctrina identifica a la administración pública, como sujeto, organización y como actividad. En el primer caso, capaz de adquirir y ejercer derechos, producto de las relaciones jurídico – administrativas la administración expresa sus declaraciones de voluntad, celebra contratos, por tanto es responsable y justiciable, responde incluso con su patrimonio por los daños que podría causar; personificación de la administración pública que es fundamental para el derecho administrativo. Como organización, es fácilmente entendible, que a través de la administración pública, el Estado debe cumplir con sus fines y objetivos para lo cual ha establecido y dispone de estructuras orgánicas; y como parte de la actividad, el Estado en uso de su potestad, expide normatividad que regula y limita el ejercicio de sus funciones, de las demás órganos e instituciones que lo conforman.

Si bien, se reconoce la personalidad jurídica única del Estado, pero para la consecución de sus objetivos se desagrega entre los órganos que configuran a la persona estatal asignándoles las llamadas potestades públicas administrativas, que es la medida dosificada del poder público, atribuida a todos los órganos estatales, o “los medios jurídicos con los que el Estado procura sus fines”, como así los considera Marienhoff citado por Linares (1986). Potestades administrativas que se asignan también a los entes, Corporaciones o Fundaciones; y en el caso de nuestro País, según la vigente Constitución para la gestión de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo económicos de otras actividades, cuyos procedimientos se encuentran regulados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, en este último para los Gobiernos autónomos descentralizados.

Para el Zavala Egas (2005) no se debe confundir el poder público del Estado, con el poder público de la administración, en razón de que el primero en cuanto soberano, es independiente de cualquier otra voluntad que no sea la del mismo Estado, incluso para autolimitarse; en cambio que el segundo, está sometido a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Se aclara entonces que a ese poder público de la administración, luego de ser reconocido en el derecho positivo de un Estado, se incorporan las potestades legislativas, las jurisdiccionales, y las ejecutivas-administrativas, es decir que, el poder único del Estado se distribuyó en órganos constitucionalmente reconocidos, y a éstos, se distribuye ese poder único a través de medidas dosificadas que son las llamadas potestades públicas.

Para Villar, J. citado por Zavala (2005) “Las potestades públicas tienen un origen abstracto (como es la norma de donde traen causa), mientras que en los derechos subjetivos el origen es concreto: en una relación jurídica determinada”(p. 85).. Esto se explica en razón de que las primeras se sustentan en una norma de carácter general, por ejemplo la Ordenanza que crea una Empresa Pública para la prestación de un determinado servicio, y en función de ésta la aplicación a un caso específico a través de un acto administrativo.

En todo caso, la interrelación entre la potestad pública administrativa, actividad o función administrativa y finalidad, es la consecución del bien común; de allí que, cuando el resultado no es la razón de ser de la administración pública, “no es admisible, no está legitimada, no es conveniente, y sus poderes y potestades aparecen injustificadas, así como su posibilidad de imponer a los individuos restricciones y limitaciones en el ejercicio de sus derechos e intereses. La comunidad no existe para la administración pública, ni para ninguna de las otras funciones del Estado, sino éstas para aquella, como así lo expresa Escola, citado Zavala Egas (2005).

En el caso de Ecuador, tenemos organismos y dependencias de las cinco funciones del Estado; aquellas que integran el régimen seccional autónomo; organismos y entidades creadas por la Constitución y la Ley para la prestación de servicios públicos; y las entidades creadas mediante acto normativo por los gobiernos autónomos descentralizados. Todas éstas, son producto de la distribución funcional y territorial del poder público, cumplen con sus objetivos a través de la actividad

pública, o de gobierno y la administración de la cosa pública, por tanto en atención al mandato constitucional, deben servir con objetividad a los intereses generales conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al derecho, con la obligación adicional de coordinar acciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos en la propia norma suprema, que es el objetivo central en el nuevo modelo de Estado.

3.2 Principio de legalidad

Expresamos que la administración pública es creación abstracta del derecho, por tanto, su actuación, necesariamente toda acción singular del poder, debe estar sometida a la legalidad objetiva, que implica la existencia de una ley previa, que a su vez ésta tiene su origen en la voluntad del pueblo, por ello se dice que el poder es legítimo; más aún cuando es el resultado del principio técnico de la división de poderes, en el que a cada una de las funciones del Estado, se les asigna competencias específicas. A esta técnica estructural se le conoce como principio de legalidad de la administración, en razón de que ésta está sometida a la Ley, a cuyas disposiciones limita sus posibilidades de actuación. Este principio se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución, -Art. 226 de la Constitución de la República- que parte de la construcción kelseniana de no admitir ningún poder jurídico que no fuese desarrollo de una atribución normativa precedente; principio que es universalmente aceptado, y así encontramos en Constituciones de varios Estados, entre éstos, la Española (Art. 103) que expresa "...los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico...".

Gordillo, A. (2002) señala que "Los actos y disposiciones de la administración, han de someterse al derecho, han de ser "conformes" a derecho. El desajuste, la disconformidad, constituye infracción al ordenamiento jurídico y les priva actual o potencialmente de validez. El derecho, no es, pues, para la administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual, pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa la cual no es válida sino responde a una previsión normativa..."(p. 347) con lo cual queda demostrado que

los sujetos, personas naturales, que ejercen la administración pública están obligados constitucional y legalmente a respetar y aplicar las disposiciones contempladas en el ordenamiento jurídico vigente, y de esta forma brindar al administrado o particular seguridad jurídica; caso contrario, basados en el mismo principio de legalidad, los administrados pueden entablar acciones en defensa de sus derechos. De esta forma se entiende que la administración siendo una creación abstracta del derecho, sustentada en la legalidad objetiva, se descompone en verdaderos derechos subjetivos, que es la garantía establecida en el artículo 173 de nuestra Constitución que expresamente faculta la impugnación de actos administrativos ya sea en la vía administrativa o ante el órgano jurisdiccional competente.

La impugnación puede darse entre otras causas, debido a la actuación ilegal, arbitraria o por exceso de poder de la administración, correspondiéndole al particular demostrar tal ilegalidad ante la propia autoridad que expide el acto, ante un superior jerárquico, o como faculta la norma Constitucional, ante los órganos de la Función Judicial; y a la administración, le corresponderá justificar que su actuación tiene su origen en la potestad reglada, considerada ésta como un espacio determinado con norma jurídica preestablecida, con un procedimiento que se debe seguir para resolver un asunto sometido a conocimiento de la autoridad.

Se debe precisar además que en el ejercicio de esta potestad no existe posibilidad de criterio valorativo del funcionario público, que es propio de la potestad discrecional, que en muchos casos es el resultado del ejercicio apreciativo y de elección, de entre diversas alternativas o modos de actuación para ampliar el marco de decisión de la autoridad; aunque haya que aclarar que esta apreciación en la administración pública, por su finalidad, estará siempre limitada por el interés público. En este contexto cuando de aplicar la discrecionalidad se trata, los criterios que rigen la decisión administrativa están dados por elementos extrajurídicos de orden político, económico, social, y de oportunidad que justifican en última instancia la elección de una alternativa con respecto de otra, pero siempre consecuente en todo momento con los principios imperativos de legalidad y del interés público, que es otro de los principios que previstos en el artículo 226 de la vigente Constitución que es la característica en este modelo constitucional de derechos.

3.3 El acto administrativo

En la doctrina y en las diferentes legislaciones, no se encuentra un concepto único de lo que se debe entender por acto administrativo, pero toda definición es concordante en cuanto a que se trata de uno de los medios de los que se sirve el Estado, sus organismos y entidades para expresar su voluntad administrativa, cuyo objetivo es producir efectos jurídicos, ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos, sean éstos de carácter individual o colectivos, de allí la diferencia entre actos jurídicos administrativos y normativos, sustentado siempre en el principio de legalidad.

Es indudable que esta relación jurídica entre la administración y el administrado, tiene su origen en el estado de derecho, en razón de que antes de éste la relación era de poder, pero por la división o separación de las Funciones del Estado y el reconocimiento del principio de legalidad, toda actividad administrativa del Estado se somete a la Ley, a partir del respeto al derecho de petición que constituye un límite a la acción de los poderes públicos, en razón de que la administración está obligada a resolverla de manera motivada, de esta forma el interés particular resulta jurídicamente protegidos, sin que esto signifique anteponer el interés común, sino el respeto del ordenamiento jurídico al resolver un caso concreto.

Para Dromi (2004) el acto administrativo es "...una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, al par que aplicar el derecho al hecho controvertido"(p. 342). En este concepto, que sin duda el más completo, se pueden destacar los elementos que son necesarios para la validez de los actos, se desprende que la declaración o manifestación de la voluntad de la administración pública, si bien es unilateral, pero no es cualesquiera, es jurídica y por tanto genera un efecto de similar naturaleza en un caso y a sujetos determinados.

Gallego citado Zavala (2005) indica que "El acto administrativo es la resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para caso concreto"(p.58). Con este concepto Zavala concluye: "acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por un

sujeto, cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos” (p. 61). En estos conceptos, los autores que se citan son mucho más prácticos, al señalar que los actos administrativos son el resultado de esa gestión del servidor público, que se encuentra en el ejercicio del poder y en esa calidad expide resoluciones sobre casos concretos y con efectos vinculantes, precisamente porque tiene su origen en un poder legítimo.

Granja (2006) cita a Jaramillo, quien define como “...toda clase de declaración jurídica unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual, la administración tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas...” (p. 126). Concepto similar al de Dromi (2004) con el agregado ya expuesto, de que a través de los actos, la autoridad administrativa puede crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones al resolver situaciones concretas, por ello es que la resolución es de carácter subjetiva y los efectos, como afirma Gordillo, son inmediatos.

En nuestro país, se dispone de un instrumento de carácter normativo, conocido con el nombre de Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que define al acto administrativo, en cuyo concepto, que es similar al contemplado en la doctrina, encontramos los siguientes requisitos que deben ser observados y aplicados por los servidores públicos al tiempo de atender el requerimiento de los particulares, asegurando de esta forma la validez de los actos administrativos.

3.3.1 Declaración unilateral de la administración pública

El Estado, sus órganos e instituciones, deben atender las peticiones de los particulares con respuestas oportunas y motivadas, pero para ello requieren de la intervención del sujeto, persona natural, que para el ejercicio de sus funciones y consciente de su responsabilidad debe cumplir y hacer cumplir la Ley, es lo que se conoce como el principio de legalidad, que no es más que sujetarse al contenido de la norma jurídica en el momento de generar actos administrativos.

En el estado Constitucional de derechos, los principios referidos a la división de poderes y al necesario balance entre los mismos, que caracterizan al “Estado de derecho”, son sustituidos por una estructura o diseño institucional dispuesto a garantizar la efectiva realización de los derechos sociales y económicos. La Constitución ya no está para defender a la sociedad frente a la discrecionalidad o

arbitrariedad del poder político, sino para garantizar la plena realización los derechos para lo cual se establecen principios de interpretación que deben ser observados por los servidores públicos al resolver un caso sometido a su conocimiento.

Ferrajoli (2004) afirma con claridad “...en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del Juez... Corresponde al juez elegir los únicos significados válidos, o sea compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales...” (p. 125). Se debe precisar que la obligación de observar y aplicar las normas constitucionales y los derechos fundamentales, no solo le corresponde al Juez, es decir al funcionario judicial, sino a los servidores públicos en general, que en un momento determinado deben decidir sobre caso específico y a través de la correspondiente resolución crear, modificar o extinguir derechos, y es allí cuando en función de principios establecidos en la Constitución deben convertirse no solo en “boca de ley”, sino en “cerebro y boca de la constitución” como sostiene Ávila(2009).

Para conseguir este propósito, se debe asegurar la validez del acto, a partir de la competencia asignada al órgano que representa, es decir que la disposición que emite se lo haga en el marco de los fines específicos asignados. Es decir la competencia es el “conjunto de atribuciones y potestades de cada persona jurídica.”, las que se generan no en una relación jurídica, tampoco en actos o hechos singulares, sino que provienen y constan de manera expresa en el ordenamiento jurídico, como consecuencia del reconocimiento de la doctrina positiva del principio de legalidad, sin el cual la administración no puede actuar, carecería de poderes, por tanto la disposición es ilegítima. Este principio reconoce de manera expresa la vigente Constitución de la República; y esto es entendible desde que toda atribución de potestades para que sea válida debe ser expresa, puesto que frente al silencio de la Ley, la administración carece de poderes propios.

Tenemos entonces, que a pesar de encontrarnos en un estado constitucional de derechos, los servidores públicos deben respetar el principio de legalidad en el ejercicio de sus funciones, pues como afirma Fernández citado por Zabala (2005), “la Constitución consagra el principio de legalidad y que ese principio de legalidad

opera, o viene operando hasta el momento constitucional, con un sentido distinto cuando se habla de los poderes públicos y cuando se habla de los particulares...si para los particulares el principio es libertad y las excepciones de la libertad las que suponen habilitaciones a la administración para excepcionar la libertad, para limitarla; es decir, que necesariamente el principio de legalidad, para la administración tiene un sentido de una vinculación positiva a lo que la Ley dice; la Ley crea concreto poderes de actuación cuyo ejercicio son justamente las excepciones a la libertad inicial que es la regla para los particulares...”.

3.3.2 Los efectos jurídicos del acto administrativo

Se debe precisar en primer lugar que los efectos jurídicos del acto, son individuales, que es lo que diferencia de los actos normativos, en los que los efectos jurídicos son de carácter general; pero en ambos casos, son actos de derecho que excluyen la actividad no jurídica en la que también está inmersa la administración pública.

Existe efecto jurídico porque el acto es resultado del ejercicio de la potestad asignada por el Estado a un determinado órgano; por tanto el efecto jurídico se circunscribe a la potestad y ésta es una de las características que conectan al acto a la legalidad, en razón de que no existe potestad sin norma previa y específica que le autorice, y es lo que diferencia del negocio jurídico privado. Zaboni, citado por el Zavala (2005) en su obra de Derecho Administrativo, expresa que “...en sentido amplio por acto administrativo puede entenderse cualquier actuación de una administración pública. Pero...la doctrina de manera concorde refiere la denominación sólo a una parte de los actos de esta especie: a aquellos que producen efectos jurídicos. Acto administrativo equivale, por tanto, a acto jurídico de la administración pública...” (p. 157), con lo cual queda claro que el efecto jurídico causado por la administración al tiempo de notificarle al particular con una decisión, no solo debe ser el resultado de su gestión, sino que ésta obedece a una facultad legal y a un proceso en el que se respetó el ordenamiento jurídico.

En la práctica, el efecto jurídico del acto de la administración es interno y tiene las características, como la no ejecutoriedad por vía judicial, a pesar de que la autoridad superior que emitió el acto posee medios para lograr que se cumplan, como por ejemplo las sanciones administrativas; otras de las características de los efectos jurídicos internos del acto es que no se aplica el principio de cosa juzgada porque el

autor del acto puede en cualquier momento modificarlo; y finalmente no está sometido al régimen de publicidad.

En los actos administrativos el efecto jurídico debe ser directo al administrado, es decir no se requiere la asistencia de otro acto posterior para su validez, basta con la notificación que se lo hará de manera personal al administrado o por los medios previstos en un proceso, consciente de que darse el incumplimiento de esta diligencia (notificación) acarrea la ineficacia del acto. En los procesos que se cumplen en función de lo que determina la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al concluir con el proceso precontractual, por ejemplo para la elaboración de estudios, luego de analizar la propuesta técnica y económica en base a los parámetros de calificación, la administración ha seleccionado a un consultor, a quien debe notificarle dándole a conocer sobre la adjudicación. Este acto administrativo con el cual la administración adjudica la contratación de un estudio con determinada persona, solo tiene validez a partir de la notificación, sabiendo que a su vez este acto administrativo genera obligaciones tanto a la entidad contratante, (de suscribir el contrato en un plazo determinado) al igual que al consultor adjudicado (de presentar garantías y también de suscribir el contrato), pero además derechos a los oferentes, no favorecidos con la adjudicación, (de impugnar el acto, a través de los recursos y dentro de los plazos legalmente establecidos), en el caso de considerarse perjudicados con la decisión de la administración. A través de este caso práctico en la administración pública, se demuestra que los actos por si solos causan efecto jurídico directos e inmediatos, siempre que los mismos sean notificados en forma oportuna.

3.4 Elementos del acto

No existe unidad de criterios en la doctrina sobre cuales son los elementos que deben concurrir para la validez del acto, así en la doctrina española se señala que existen elementos subjetivos dentro de los cuales está la administración, el órgano, la competencia y la investidura del titular del órgano; los elementos objetivos, que comprende el presupuesto de hecho, objeto causa y fin; y los formales, que refiere al procedimiento y la forma de declaración.

La doctrina argentina, en particular Dromi (2004) determina que los elementos del acto son esenciales y accidentales. Forman parte del primero la competencia,

objeto, voluntad y forma, que inevitablemente deben concurrir para la validez del acto, sabiendo de que la omisión, conlleva la nulidad; y en el caso de los elementos accidentales, conocidos también como accesorios o eventuales, que son aquellos que si bien no afectan a la existencia del acto, pero si tienen que ver con la eficacia del mismo, y se refieren a la condición, modo y término.

3.4.1 La competencia

Una de las formas de asegurar la validez del acto, es que la decisión provenga del órgano y en consecuencia sujeto de la administración, competentes, y así está ordenado en la vigente Constitución que es concordante con lo señalado por la doctrina española, porque se reconoce que los actos administrativos se producen en la administración pública, a través de sus órganos y para el cumplimiento de los fines del Estado, a partir del requerimiento del administrado y siempre que tenga atribuida potestad legal. De allí que la competencia es de carácter orgánica y está determinada generalmente por las llamadas “normas de competencia” de un Estatuto o ley orgánica, a partir de lo que establece la norma suprema, la que además define cuáles son los organismos y entidades que forman parte del Estado y es precisamente a estos órganos, entidades y personas jurídicas creadas para el cumplimiento de los deberes del Estado, a los que se asignan directamente determinada potestad o se establecen disposiciones que serán considerados por el asambleísta al tiempo de cumplir con su tarea legislativa. En definitiva, como reconoce la doctrina la competencia asignada a un órgano del Estado no es más que el conjunto de facultades y a su vez limitación al ejercicio de las mismas, de tal manera que al propio Estado, sus órganos e instituciones, les está prohibido todo lo ilegítimo desde un comportamiento sin competencia.

Por lo dicho, la competencia del organismo estatal para la expedición de actos administrativos debe ser expresa y nacer de la Constitución o de la Ley. Es improrrogable o indelegable, por cuanto el órgano estatal no puede disponer de ella y encargar para que otro lo asuma, en razón de que debe limitarse al ejercicio de la misma, en los términos que la norma que la dio origen, así lo dispone; es irrenunciable, por cuanto no requiere explicación alguna, pues simplemente el órgano estatal, o su representante legal no puede declinar su competencia ante otro

órgano, precisamente porque ésta tiene su origen en una norma, cuyo fin es el interés público.

La competencia, propia del derecho público, es similar a la capacidad en el derecho privado, pero no idéntica, pues como conocemos, en nuestra legislación civil la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. En derecho público, sucede lo contrario, como así reconoce Linares (1986, 244) con sustento en la doctrina al referirse a la ninguna diferencia esencial entre la capacidad de las personas reales y de la competencia de las personas ideales, expresa “Mientras el individuo o persona individual está capacitado para hacer todo lo que no le está expresamente prohibido, la persona estatal y sus órganos solo tiene competencia para hacer todo lo que les está expresamente permitido”. Concordante con este pronunciamiento doctrinario, el Zavala (2004) sostiene “...en el derecho administrativo la incompetencia es la regla y la competencia la excepción, pues lo genérico es que ninguno de los órganos de las administraciones públicas pueden actuar sin una norma jurídica que autorice tal actuación, por eso es la regla; cuando existe la prescripción se produce la excepción y puede ejercer la actividad atribuida...”(p. 123); disposiciones de orden Constitucional y citas doctrinarias que el servidor público debe aplicar al generar actos administrativos y de esta manera evitar las impugnaciones ante el propio órgano, e incluso en instancia jurisdiccional.

3.4.1.1 Clasificación de la competencia

De acuerdo con la doctrina, reconocida por nuestra legislación, y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la competencia se mide en función de la materia, territorio y tiempo.

Por la materia: tiene que ver con la especialidad, lo que implica que pueden actuar en los ámbitos para los cuales fueron creados, por ejemplo la Contraloría General del Estado, se encarga del “...control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado, y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos...”, con funciones determinadas en forma expresa en los Art. 211 y 212 de la Constitución de la República y en su propia Ley Orgánica.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) reconoce además que la competencia en el ámbito administrativo, se mide en razón de la materia que se le atribuye a cada órgano y “...según los grados...”, es decir se reconoce que dentro del mismo órgano estatal, pueden avocar conocimiento sobre un hecho, diferentes autoridades facultadas legal o reglamentariamente ya sea a petición del interesado o por los recursos administrativos legal y oportunamente interpuestos.

Por el territorio: para Dromi (2004) comprende el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de la función. Se vincula con las divisiones o circunscripciones administrativas del territorio del Estado. Esta vinculación, no necesariamente debe darse, pues existen instituciones que ejercen competencia por cuencas hidrográficas por ejemplo, cuyo ámbito de acción va más allá de los límites cantonales, provinciales, e incluso regionales. En esta consideración, nos quedamos con la primera parte de la cita, que lo acoge el ERJAFE al señalar que la competencia administrativa se mide en razón del “...territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia...” lo único que se exige es que el ejercicio de la competencia dentro de un territorio –sin delimitación alguna-, sea legítimo, esto es que tenga su origen ya en la Constitución y en la Ley.

Por el tiempo: no es más que la competencia atribuida a un órgano del Estado por un tiempo determinado, lo cual puede darse por excepción, ya que por regla general la competencia es permanente. Un ejemplo de esta competencia está prevista de manera expresa en la Ley Orgánica de Servicio Público, puesto que la autoridad nominadora tiene un plazo específico, contado a partir de la fecha en la que se cometió la presunta falta para sancionar al servidor, sabiendo que una vez vencido este plazo el órgano pierde competencia.

3.5 Investidura del titular del órgano

Al analizar lo referente a la manifestación de voluntad de la administración pública, señalamos que el órgano estatal debe estar debidamente representado, es decir que la persona natural o física, tenga nombramiento, se encuentra posesionada, o cuenta con la delegación, en este último caso, que provenga de autoridad competente y su ejercicio se encuentre regulado; solo así se asegura la legitimidad del acto. Dromi (2004) distingue entre el funcionario del iure, o de derecho, y el

usurpador. En el primer caso, aquella persona legalmente capaz, que luego de haber cumplido con el procedimiento regular, es nombrado, posesionado y por tanto tiene la autoridad en un determinado cargo y para periodo legal o reglamentariamente establecido; en tanto que el usurpador, es aquella persona que no tiene la calidad de autoridad, porque carece de la investidura dada en razón de un nombramiento, pero ejerce determinada función.

Pero, no debemos olvidarnos que por mandato constitucional (Constitución de la República, Arts. 229, 233) "...todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público...", es servidora o servidor público; por tanto no está exento de responsabilidades administrativas, civiles y penales por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, ya sea por acción u omisión; de tal forma que, el servidor público al tiempo de generar actos administrativos, debe asegurar a más de la competencia del órgano que representa, que su designación sea regular y se encuentre en el ejercicio de las funciones para las que fue nombrado y posesionado, actuar en sentido contrario es incurrir en incompetencia, que sin duda afecta a la legitimidad del acto.

3.6 Elementos objetivos del acto administrativo

De acuerdo a la doctrina española, los elementos del acto, comprenden el presupuesto de hecho, objeto, causa y fin.

3.6.1 Presupuesto de hecho

De manera insistente, al analizar la competencia, como elemento esencial del acto, hemos dicho que desde el punto de vista doctrinario y constitucional, la competencia nace de la Ley, y esta es una consecuencia del principio de legalidad aplicada a la administración pública. Entonces, los presupuestos de hecho sobre los que se generan los actos administrativos, deben estar regulados por la norma escrita, la que a su vez es también producto de un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En estas condiciones, el presupuesto de hecho que motiva la expedición del acto administrativo, es la aplicación de la norma de derecho, a un caso determinado, así lo considera García, E. y Fernández, T. (2004), al señalar que "Si la Administración, "ejecuta" la Ley, en el sentido que hemos visto (esto es, en cuanto la

Ley otorga a la Administración potestades de obrar), resulta que la Ley como imperativo abstracto conecta una cierta consecuencia jurídica a un tipo de hecho específico, precisamente, y no a cualquiera, indeterminadamente...”(p. 128).

Con lo expresado en la doctrina, sobre los componentes de toda norma, concuerda con el ordenamiento jurídico positivo, en el sentido de que todo presupuesto de hecho es de carácter general, parte de un supuesto y no es específico; y en cuanto a la consecuencia jurídica, está presente en todo el sistema normativo y no es más que el fin que persigue toda norma de derecho. Esto, según Zavala es la vinculación del deber ser de toda norma.

Pero no todos los hechos que avoca conocimiento la administración se encuentran regulados por la norma, existen vacíos y lagunas legales, pero hasta tanto no sean superadas, se debe dar respuestas oportunas y motivadas, atento a las garantías que le asiste al administrado, a esto debe adicionarse que la administración pública se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, transparencia, evaluación, entre otros. La solución está en las normas de la propia Constitución, concretamente en los principios establecidos para el ejercicio de los derechos, entre éstos el principio de aplicación directa e inmediata, pro homine, pro libértate, norma abierta para los derechos humanos, etc, que en materia de derechos y garantías por mandato constitucional las debe aplicar las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales.

Pueden darse también los casos de las antinomias o contradicción normativa, cuando dentro del mismo ordenamiento jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho, encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente. En estos casos, de manera general se solucionan a través de los criterios de cronología, especialidad, y sobre todo, la supremacía de la norma Constitucional; conscientes de que, si las normas y los actos del poder público no estén acordes a la norma suprema, carecen de eficacia jurídica.

García, E. y Fernández, T. (2004) en cuanto al presupuesto de hecho, sostienen que “...es siempre un elemento reglado del acto...La valoración política del supuesto de hecho podrá eventualmente ser objeto de una apreciación discrecional si la Ley, así

lo autoriza, pero no la realidad misma del supuesto...”(p. 135), lo que en la práctica, no ocurre, debido a la falta de normas adjetivas que permitan viabilizar los requerimientos de los administrados sin discriminación alguna, sino conforme a los principios previamente establecidos en la vigente Constitución, que simplemente el servidor público, lo aplique, evitando de esta forma interpretaciones subjetivas.

3.6.2 Fin

Este elemento caracteriza y distingue la actividad pública de la privada, pues ningún organismo e institución del Estado, puede fijar un fin diferente al establecido en la Constitución y la ley, que es de donde proviene o se origina la potestad atribuida al órgano, autor del acto administrativo, por tanto es un fin lícito, encaminado a garantizar el ejercicio de los derechos del administrado.

3.6.3 La causa

A diferencia de lo que ocurre en la actividad privada, la causa para la expedición del acto por parte de la administración, es el interés público efectivo, que es el fin de la norma jurídica que le otorgó potestad. Zavala (2005) al referirse a la causa, señala “...es la congruencia entre el acto administrativo y el fin normativo propuesto para el ejercicio de la potestad administrativa que se trate...” (p. 156), es decir causa lícita, la que desaparece en el momento que la administración se aparta de los objetivos que persigue el Estado, los que constan expresamente en las normas de derecho público, que motivan determinada actuación del servidor que representa al órgano estatal. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina los elementos que deben concurrir y el procedimiento que se debe aplicar para que el Estado pueda expropiar un bien inmueble de propiedad privada, que una vez adquirido tendrá un solo objetivo – mejorar la prestación de un servicio a la población-, que es la causa, el destino que se dé al inmueble expropiado, en función de la utilidad pública o el interés social; de tal forma que si ésta no se cumple, desaparece la causa, y como se conoce la propia legislación faculta para que el particular pida ante autoridad competente la re adquisición.

3.6.4 Motivo

García, E. y Fernández, T. (2004) señalan que “...en el acto administrativo los motivos están siempre y necesariamente, incorporados a la causa...” (p. 342) y

según Zavala(2005) los motivos del acto, constituyen los supuestos de hecho que las normas jurídicas han previsto para el cumplimiento de los fines específicos del órgano administrativo y tomando como referencia a García, E. y Fernández, T.(2004)quienes manifiestan “Es justamente a través de los motivos que mueven a la administración a dictar sus actosen ellos han de aparecer, por una parte, la realidad del presupuesto normativo de hecho a que el acto se aplica, y por otra parte, el servicio de interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejercita, servicio cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto...”(p. 324). Se trata de un elemento en el que se resumen los presupuestos de hecho, las normas aplicables y su vinculación al caso específico, es decir un análisis que sustenta la voluntad de la administración, que se concreta en la sujeción al principio de legalidad, sustentada en hechos ciertos y existentes, que son parte de la motivación, de lo contrario éstos estarían viciados por falta de causa o motivo.

De esta manera, la motivación, elemento esencial del acto, es una exigencia del Estado de derecho, y en el caso de nuestro país, un mandato constitucional que la deben cumplir todos los poderes públicos al tiempo de expedir sus actos, resoluciones o fallos, bajo la amenaza de ser declarados nulos, y la sanción para el servidor público responsable de aquellos actos en los que no se enuncien normas, e incluso principios jurídicos que los sustentan, que no se explique la pertinencia de su aplicación a los presupuestos de hecho, que motivó a la administración dicho fallo o resolución.

Esta norma de carácter general, producto de la voluntad de un pueblo expresada a través de la asamblea constituyente, se encuentra como parte de los principios del debido proceso que garantiza el derecho de las personas a la defensa, que posibilita la impugnación de los actos en instancia administrativa o jurisdiccional, pero también a través de la acción constitucional de protección, cuando “...exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos....de cualquier autoridad pública no judicial..” (Constitución de la República, Art. 88); por tanto la motivación, a más de la obligación de los servidores públicos, es una garantía para el ciudadano, como sostiene Fiorini citado por el Zavala (2004) “la motivación del acto en su valor profundamente político, sirve para que pueda hacer la impugnación los terceros. La motivación, se enraíza así en el derecho inviolable de defensa...”(p. 237). De esta

forma, a través de esta fundamentación fáctica y jurídica, como lo conocen los doctrinarios a la motivación, se brinda mayor protección a los derechos individuales y por su parte la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión, por tanto automáticamente se convierte en su medio de prueba, en caso de que existir impugnación.

Se trata entonces de una exigencia de mayor eficacia en el obrar de cada uno de los servidores públicos, de motivar sus decisiones, lo que a su vez constituye limitación a los poderes públicos, una contribución a la seguridad jurídica de los administrados, y un limitante a la presunción de legitimidad del cual goza el acto, mientras demuestre que está debidamente motivado.

3.6.5 La voluntad

En la legislación civil para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que ésta sea legalmente capaz, que exista consentimiento libre de vicio, que recaiga sobre un objetivo lícito y que tenga causa lícita. En materia administrativa, la voluntad la debe expresar un órgano de la administración pública, a través de la personificación de ese ente estatal, esto es la designación o nombramiento de la persona física para la exteriorización de esa voluntad; así lo reconoce Cassagne citado por Zavala en su obra de Derecho Administrativo (2005) "...el Estado para el cumplimiento de sus funciones actúa por intermedio de órganos compuestos por hombres cuyas voluntades se imputan al ente jurídico Estado..." (p. 67).

Tenemos entonces dos elementos de la voluntad, subjetivo del titular de la administración, y objetivo que nace de la norma procesal, como lo reconoce Dromi (2004) al señalar que en la voluntad concurren "elementos subjetivos (intelectivos de los órganos-individuos) y objetivos (normativos procesales). Así, la voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador"(p. 239). Si se reconoce al elemento subjetivo en la formación de la voluntad y que ésta se expresa por actos administrativos, el servidor público previo a expresar la voluntad de su representada, debe prestar especial atención al elemento objetivo, a partir de las garantías Constitucionales, aplicables en todo trámite, como el debido proceso que consiste en permitirle al administrado exponer sus razones, ofrecer y producir prueba, sobre los cuales incluso la autoridad puede

solicitar asesoramiento jurídico, informes técnicos o contables, entre otros; además ha de considerar la finalidad del acto; la razonabilidad, que es la valoración de las circunstancias de hecho a efectos de emitir disposiciones proporcionales y adecuadas al orden jurídico, pues lo contrario, como señala Dromi (2004), sería una actuación arbitraria. No está por demás señalar que la actividad jurídico administrativa, es de ejecución legal, en donde el acto administrativo debe acomodarse a la Ley, si esto ocurre, como señala García, E. y Fernández, T. (2004) es indiferente investigar sobre los vicios de la voluntad o estado psicológico del agente expresado en el acto.

En la praxis ocurre que por múltiples factores, la administración no expresa su voluntad, lo que da lugar que el administrado facultado por la Ley de Modernización del Estado y bajo el argumento de que ha operado el silencio administrativo, solicita ante el órgano jurisdiccional competente que así lo declare. Al respecto, la autoridad jurisdiccional, en algunos casos considera que con este proceder de la administración se le priva al particular el legítimo derecho de defensa, al desconocer sobre lo que debe impugnar. Sobre el mismo tema, existen fallos en los que, respetando el principio de seguridad jurídica, al igual que el de la legalidad, se rechaza la petición de declaratoria del silencio administrativo positivo, especialmente en aquellos casos en los que significan un vicio de nulidad absoluta al no concurrir entre otros, la voluntad como elemento esencial del acto administrativo. Varios de estos fallos acogen el criterio de Cassagne citado en Zavala (2005), quien considera que la voluntad del órgano administrativo, es una condición esencial para validez del acto, por tanto juega un papel distinto que los restantes elementos. Al respecto se considera que para que opere el silencio administrativo positivo es muy importante la pretensión del administrado y la competencia del órgano que debió atender dicha solicitud, y con ello analizar a la luz de la doctrina y la propia legislación, sobre los demás elementos del acto que se reclama.

3.6.6 El objeto

El objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre lo cual decide la administración. Conforme se sostiene durante todo este análisis, a efectos de evitar alegaciones de ilegitimidad, la decisión ha de ser conforme a la norma suprema a sus principios y valores, al ordenamiento infra constitucional, inclusive la moral y las

buenas costumbres; de tal forma que el acto sea lícito, cierto, posible, determinado, no contrario ni tampoco alejado con la situación de hecho, en definitiva ejecutable.

Para conseguir estos resultados, se debe cumplir con los principios contemplados en el artículo 76 de la Constitución, en particular con el de motivación, lo que además está dispuesto en normas legales y reglamentarias como el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, se indica que el acto debe ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente y señala los elementos sustanciales que ha de contener; y además que "...las resoluciones administrativas de carácter general no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aún cuando aquellas tengan grado superior o igual a estas".

No requiere explicación alguna, indudablemente que al generar actos sean éstos de carácter general o con efectos individuales, ha de respetarse la supremacía Constitucional, a sus restricciones establecidas para la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, y reglamentaria, pero además a sus principios, todo con el fin de permitir al administrado el ejercicio de sus derechos. Con este mismo propósito a las autoridades administrativas encargados de la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas, al igual que la prestación de servicios en general, a efectos de evitar que éstas vulneren o faciliten vulnerar derechos, conscientes de que existen mecanismos previstos en la vigente Constitución, como las garantías jurisdiccionales, pero además la posibilidad de aplicar la repetición de pago.

3.7 Procedimiento

No existe concepto definido sobre lo que se debe entender por procedimiento, pero en la práctica resulta que es un conjunto de actos, cuya secuencia ordenada y necesaria a través de los respectivos procesos, permiten a la administración pública atender un requerimiento del particular. Según Chiovenda, es la actividad de los órganos públicos encaminada al ejercicio de una función estatal. En esta consideración, el ejecutivo, desarrolla procesos a través de procedimientos que desembocan en actos administrativos que le permiten alcanzar un objetivo asignado por el Estado.

En consecuencia, como reconoce la doctrina, todo proceso comporta un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso; sin embargo existe una similitud, y es que tanto el proceso como el procedimiento tienen como denominador común, que son la secuencia de actos, con una diferencia, que el procedimiento carece de finalidad, propia e imprescindible del proceso.

Fiorini es categórico al afirmar que proceso y procedimiento no son conceptos equivalentes, así el primero refiere a la realización como institución jurídica, sea legislativa, ejecutiva o judicial; el segundo sólo es el desenvolvimiento del proceso, las formas particulares de una trama, como manifestación de una actividad que procura el logro de un cometido especial.

Con el propósito de comprender el alcance de estos dos elementos tenemos, que la Constitución de la República (2008) determina "...El Estado, a través de la autoridad única del agua, será la responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en ese orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la Ley." Se desprende que el proceso, es la planificación, gestión y administración de los recursos hídricos, y como parte de este último, esta Secretaría de Estado debe resolver sobre las autorizaciones de uso de agua que requiere la población para diferentes fines y conforme al orden de prelación establecido en la norma suprema y para ello, la Ley de Aguas y su Reglamento General de aplicación, que aún se encuentran en vigencia, determinan el procedimiento que se debe aplicar, a partir de la solicitud que presente el interesado, así encontramos el acto administrativo de calificación en el que se dispone la práctica de varias diligencias que tienen como fin garantizar la publicidad del proceso, de tal forma que los interesados puedan hacer uso de su derecho de adhesión u oposición, según corresponda para lo cual se establece un término, que permite a la administración pronunciarse si acepta o niega las pretensiones del adherente u opositor; entre otras diligencias que le permiten a la autoridad comprobar la disponibilidad de agua en la fuente y la necesidad del solicitante, que motivarán la resolución que es el objetivo de ese gran proceso como es la administración de los recursos hídricos.

El procedimiento en el caso propuesto se encuentra parcialmente regulado, pues existen vacíos que generalmente son solucionados con el criterio de servidores públicos, en base a la “experiencia”, sin considerar que el procedimiento “...no se limita a articular entre si todas esas finalidades e intervenciones diversas; asegura también entre todas ellas un orden determinado en el cual los distintos actos deben ser cumplidos hasta concluir en la resolución final...” (García, E. y Fernandez, T., 2004).

Por otra parte, es imprescindible estar conscientes que cada una de las partes intervinientes en un proceso, buscan seguridad jurídica, ya sea como actoras o demandadas, exigen además eficiencia y respuestas oportunas. En estas condiciones, es responsabilidad del Estado y más concretamente de la Asamblea Nacional, en uso de su potestad legislativa dotar de normas de procedimiento, que no existe, al menos que se ajuste a las disposiciones de la vigente Constitución.

3.8 La forma

Es la instrumentación de la voluntad administrativa, su modo de exteriorización al mundo del derecho, pues se ha superado la intención, los propósitos de la administración y finalmente se produce el acto, que generalmente se lo hace por escrito, que es el modo idóneo, en razón de que el acto debe ser notificado al administrado, dándole a conocer la decisión del órgano de la administración pública. La falta de esta instrumentación y posterior notificación, puede y de hecho afecta la validez de los actos, por cuanto, no debemos olvidarnos, que a través de éstos, se crea, modifica o extingue situaciones de orden jurídico, de las partes en un proceso, tanto más que para la ejecución de la decisión adoptada, la administración necesita constancia de esa declaración y la razón de que la misma fue conocida y publicada en algunos casos.

En conclusión, no basta que la administración produzca el acto, sino que debe dar a conocer al administrado para que de esta forma se produzcan los efectos jurídicos inmediatos, lo que le torna a la notificación uno los elementos del acto, que permite que éste se convierta en verdadero título de derechos y de obligaciones a las partes que intervinieron en un procedimiento.

En la legislación ecuatoriana se evidencia por ejemplo en los procesos de contratación, regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sean éstos de ejecución de obra, adquisición de bienes, prestación de servicios, o consultoría, que requiere el Estado, sus entidades u organismos para cumplir con sus planes operativos anuales. En algunos de estos casos, el procedimiento se lo realiza a través del portal de compras públicas, establecido para el efecto por el gobierno nacional, sin embargo la entidad contratante está obligada a dejar constancia documentada, sobre las propuestas presentadas, los informes de la comisión encargada del análisis de ofertas, actas de apertura de ofertas, negociación y de manera especial sobre la adjudicación, que es “el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile, a través de los procedimientos establecidos en la Ley.” (LOSNCP, 2008).

3.9 Caracteres y efectos del acto administrativo

3.9.1 Presunción de legitimidad de los actos

La administración pública y en particular los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, por el principio de legalidad a la que están sujetos, deben observar y aplicar el ordenamiento jurídico; y de esta forma garantizar a los administrados el ejercicio de sus derechos consagrados en la Constitución y en Convenios Internacionales, al tiempo de pronunciarse sobre un hecho sometido a su conocimiento, de tal forma que la resolución a través de la cual se crea, modifica o extingue derechos, no solo debe presumirse sino ser legítima.

Es imperativo, entonces, que la administración pública adecúe su actividad a los principios establecidos en la Constitución, que observe y aplique las normas infra constitucionales, no contrarias a la norma suprema, que no vulneren derechos fundamentales, pero también es urgente que el Estado, a través de la Asamblea Nacional, adecúe todo su ordenamiento jurídico, lo que no ha ocurrido, pues aún se aplican disposiciones legales sobre derechos, contrarios a la norma suprema. Frente a la realidad expuesta, la propia Constitución faculta la impugnación, con doble opción, de auto tutela de la administración pública y de plena judicialización de los actos que ésta genera.

Además, el administrado, e incluso el propio servidor público, que se considera perjudicado por una decisión de la administración, en uso de las garantías jurisdiccionales no aplica los recursos de carácter administrativo previstos en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva - ERJAFE, tampoco aquellos que para el control de legalidad de los actos se encuentran contemplados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, sino que de manera directa hacen uso, en muchos casos indebido, o sin razón alguna, de la garantía establecida en el artículo 88 de la Constitución, lo que representa un abuso del derecho, como se analizará más adelante.

En todo caso, la responsabilidad de la administración pública es asegurar la validez de los actos que se expiden en el ejercicio de sus funciones, a efectos de evitar acciones de legalidad o de constitucionalidad, y para ello se debe partir de la legitimidad de la autoridad administrativa, autora del acto, como así lo reconoce García, E. y Fernández, T. al expresar que el acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Pero además existen otros elementos que deben concurrir, así tenemos lo que Dromi lo denomina, como razones de orden formal y sustancial. En las primeras, según el autor se encuentran las garantías subjetivas y objetivas, entre éstas la competencia, el procedimiento administrativo, que sustentan y motivan la emisión de la voluntad; y en lo sustancial, la ley es el sustento, la fuente de la presunción; de allí que el acto que no reúne estos elementos es nulo, de nulidad absoluta, carente de la presunción de legitimidad.

Se tiene entonces, que la presunción de legalidad de los actos, no es absoluta, sino relativa, o como considera Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo, "...provisoria, transitoria, calificada clásicamente como *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto viola el orden jurídico; por lo tanto, no es un valor consagrado, absoluto, *iuris et de iure*, sino que es un "juicio hipotético" que puede ser invertido acreditando que el acto tiene ilegitimidad..." (p. 380).

Contrario a esta posición encontramos a Agustín Gordillo, (2003) en su obra Tratado de Derecho Administrativo, al señalar que el derecho administrativo ha evolucionado en sentido inverso, refiriéndose a la estabilidad del acto y para ello el autor cita a

Linares para quien la regla es que el acto administrativo en principio es irrevocable, máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos, de allí la facultad de la administración pública para declarar la nulidad, cuando existe vulneración de derechos fundamentales, sin que con esto le reste el derecho que tiene el perjudicado para pedir la nulidad de un determinado acto. Entonces la estabilidad de los actos administrativos está en función de que éstos aseguren el respeto de los derechos fundamentales; criterio doctrinario que tiene sentido en el paradigma del estado constitucional de derechos vigente en nuestro país desde octubre del año 2008, que faculta la impugnación de actos, a elección del accionante ya sea en la vía administrativa o jurisdiccional.

En cualquiera de estos casos, como expresa Roberto Dromi, la presunción de legitimidad no es un medio de prueba, pues el que impugna la legitimidad del acto administrativo carga con la prueba. También expresa el autor que en el caso de los actos absolutamente nulos, no hace falta acreditar la ilegitimidad porque ellos no tienen presunción de legitimidad.

La doctrina Argentina señala que por el principio de legalidad los jueces no pueden en ningún caso declarar la nulidad de un acto de oficio, pues según se indica se atenta en principio de defensa de la administración, por tanto señala que debe existir petición de parte, siempre que el impugnante tenga un derecho subjetivo o interés legítimo. Por su parte la administración está facultada para pedir ante la justicia, la anulación de sus propios actos, salvo por razones de caducidad y prescripción, pero además se ha de considerar que existen actos nulos y aquellos que se les conoce como anulables, en función del vicio que adolecen.

En conclusión, se afirma que el principio de legalidad que rige en la administración pública, no es la solución, tampoco permite resolver todos los problemas, ya que este principio solo puede garantizar la conservación del Estado, en unión con otros principios elementales del derecho administrativo, pero en especial de aquellos establecidos en la vigente Constitución, siempre que garanticen el ejercicio de los derechos de los particulares, entre éstos, el debido proceso y la motivación como elementos esenciales de los actos; por tanto, aquellos que carecen de éstos son nulos, no están amparados por el principio de legalidad; y así señala Dromi al identificar varias razones jurídicas para que los actos inexistentes y absolutamente

nulos, no se presumen legítimos, entre éstas cita la inobservancia del orden constitucional y el sistema democrático; la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; el vicio esencial en los requisitos; el principio lógico de no contradicción; y con este sustento el autor en cita concluye que "...las consecuencias de admitir la presunción de legitimidad en forma amplia e ilimitada son graves. Ello significa proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso de poder y dificultar la efectiva vigencia de los derechos individuales..."(p. 379).

3.9.2 Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

Es sinónimo de eficacia del acto. Es la regla general de todo acto, que una vez perfeccionados producen todos sus efectos, por tanto la obligación de la administración de hacer cumplir con lo resuelto, luego de que el administrado ha sido notificado, a partir de que el acto quede firme. Entonces, se trata de una característica del acto que asegura a la autoridad la disposición exclusiva sobre la eficacia del acto como garantía de los intereses que tutela la administración.

En el plano procesal, si el acto fue dictado con todos los recaudos exigidos o establecidos por las normas legales, nos encontramos con un acto ejecutivo, que el particular lo debe cumplir, so pena de que la administración acuda y aplique el proceso de ejecución.

La ejecutividad de un acto, no debe ser confundida con la ejecutoriedad, entendida esta, según Roberto Dromi, como la posibilidad de la administración, otorgada por el orden jurídico, de ejecutar por si misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento. El autor, sostiene además que exigibilidad, ejecutividad y obligatoriedad inmediata significa lo mismo, y es consecuencia de la presunción de legitimidad, que se establece a favor de los actos administrativos; presunción que a su vez, está determinada por la necesidad de que sean ejecutivos. Se tiene entonces que la ejecutoriedad y la ejecutividad actúan en planos distintos, en razón de que la primera, refiere a las facultades que tiene la administración por si sola para el cumplimiento del acto administrativo, quiero señalar sin intervención de órgano de la Función Judicial, recurriendo en algunos casos a la coacción; en cambio la ejecutividad tiene que ver con la eficacia del acto, que como dejamos expresado es regla general, en consecuencia no se puede diferir su cumplimiento.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce estas dos características, al señalar que los actos en general serán inmediatamente ejecutivos, a excepción de los casos de suspensión y de aquellos que una disposición establezca lo contrario, también cuando se requiera aprobación o autorización superior; además se faculta para que la administración pública, a través de órganos competentes, procedan con la ejecución forzosa de actos administrativos, condicionada de igual forma a la suspensión que sería una consecuencia de la impugnación de los actos.

3.10 La discrecionalidad de los actos

Se encuentra establecido que por el principio de legalidad, la actividad administrativa está sujeta al ordenamiento jurídico y en esa condición expide actos administrativos, los que gozan de la presunción de legitimidad hasta que autoridad competente declare la nulidad. Indudablemente que la autoridad encargada del control de legalidad de los actos actuará siempre que sea posible determinar el grado de adecuación de la conducta administrativa a la juridicidad del acto, a partir de una situación de hecho determinada, sobre la cual dispone incluso de pruebas, pero su estimación jurídica la hace desde conceptos legalmente establecidos, por tanto lo que hace es únicamente aplicar la Ley.

En la práctica administrativa nos encontramos con conductas, con supuestos de hecho no regulados por la norma jurídica, pero la administración debe pronunciarse, de allí se justifica la existencia de la discrecionalidad, precisamente por la necesidad material lógica de imposibilidad de la norma y la exigencia de la actividad administrativa en su quehacer cotidiano, en consecuencia no es una anomalía en la gestión administrativa que cumple el Estado, sino el elemento indispensable para conseguir eficiencia en la administración, pues, como expresa García, E. y Fernández, T., (2004 p. 236) "...la necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional...". Por estas consideraciones, se presenta la discrecionalidad como modo normal de actuación, a excepción de aquellos ámbitos donde se considere trascendente que la administración adopte decisiones sobre la base de sus valoraciones y en virtud de las circunstancias objetivas que rodean al caso concreto sometido a conocimiento de la administración, lo que implica no un actuar arbitrario

de la administración, sino objetivo, valorado y de manera especial condicionado al fin último del Estado, y el respeto al ordenamiento jurídico.

A más de lo expuesto, la discrecionalidad tiene sus límites que se encuentran en el propio ordenamiento jurídico, aunque no con norma expresa, pero sí de manera intrínseca, si se tiene presente la competencia del órgano y los fines que mueve a la administración pública, que es el interés general, sustentada a su vez en los principios generales del derecho, que no constan en ninguna disposición legal de manera expresa, pero se encuentran implícitamente incorporados en todo cuerpo legal.

La doctrina, además reconoce los límites de carácter técnico, y esto es entendible, desde que, no todo lo que presenta para conocimiento de la administración se encuentra regulado, entonces para resolver debe recurrir a pronunciamientos técnicos en diferentes ramas, científicos, financieros, etc., necesarios para fundamentar la decisión, e incluso en algunos casos para la creación de una norma. Esta es una de las razones para diferenciar la discrecionalidad de la arbitrariedad, que como conocemos esta última se caracteriza por expresar la voluntad ilegítima de quien ejerce el poder.

CAPÍTULO IV

4. LA IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

4.1 La impugnación jurídica

En las normas constitucionales y ordenamientos jurídicos de menor jerarquía, a nivel de América Latina, reconocen el derecho subjetivo de cuestionar las actuaciones de la administración pública, con el propósito de buscar correcciones, en especial a aquellas que causen gravamen o perjuicio a las personas, titulares de derechos para lo cual se establecen mecanismos que forman parte del control de la administración, a más de la protección y defensa de la legalidad administrativa y de manera especial los derechos de los administrados.

Agustín Gordillo (2003), en su obra Tratado de Derecho Administrativo, expresa que “...el acto “irrecurable” no existe en un Estado de derecho, al tiempo que establece la salvedad de la sentencia judicial que con autoridad de cosa juzgada cierra el caso...” (p. VI-34)

De manera general y amplia la impugnación constituye un derecho de toda persona para acudir a un ente público, sea este de naturaleza administrativa o jurisdiccional, a fin de conseguir que se rectifiquen determinadas actuaciones sea que las mismas se consideren infundadas, erróneas y que perjudiquen intereses legítimos del recurrente, esto significa que la administración debe siempre asegurar la validez del acto, sujetándose para ello a los procedimientos establecidos y al tiempo de pronunciarse con la debida motivación, más aún cuando a través de éstos, se generan derechos, con lo cual se asegura la estabilidad de los actos, que es lo que en la actualidad pretenden la mayoría de las legislaciones, entre éstas la Argentina, y en el caso de nuestro país, según el Art. 173 de la Constitución de la República que declara en primer lugar que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado son impugnables, facultándole al administrado para que ejerza el derecho de impugnación en instancia administrativa o jurisdiccional.

4.2 La impugnación en materia administrativa

A continuación se revisa cada una de estas alternativas, a efectos de determinar la eficacia en cuanto a los resultados.

En materia administrativa la impugnación tiene una característica especial, a partir de que esta genera actos administrativos, que son decisiones unilaterales en donde no cuenta la voluntad del administrado. Luego si la resolución es impugnada, la administración es parte interesada por cuanto va a defender la legitimidad del acto, pero además interviene como autoridad, por ello Casagne (1998), en su obra Derecho Administrativo, expresa que la decisión adoptada respecto de la impugnación no posee atributos de verdad legal, aunque la resolución provenga de la máxima autoridad y sea el resultado de un procedimiento regulado, pero a la hora de definir y configurar nuevamente la voluntad de la administración, siempre hará falta la neutralidad del órgano que resuelve (p. 313), pues como reconoce García, E y Fernández, T (2004) "...a nadie puede reconocerse la condición de verdadero Juez cuando decide sobre su propia causa..."(p. 126).

Por estas consideraciones, la impugnación de los actos en sede administrativa es una garantía limitada, un retraso en la obtención de un dictamen en justicia, pues no existe imparcialidad de la autoridad administrativa a la hora de conocer y resolver el recurso interpuesto, y la ejecución de la resolución.

En estas condiciones, las impugnaciones en materia administrativa, resulta ser una garantía limitada, en un estado constitucional de derechos, por ello es imperativo que la Asamblea Nacional Ecuatoriana se preocupe de expedir una Ley que se ajuste a las normas de la Constitución, de tal forma que en función de los principios que rigen la administración pública, a sus fines y objetivos, se establezcan mecanismos a través de los cuales se brinde seguridad jurídica a los administrados. Mientras tanto, no debemos descuidar el principio de responsabilidad por acción u omisión, y la disposición referente a la repetición de pago, previstas en el vigente ordenamiento constitucional; por tanto, el servidor público tiene la obligación de actuar en forma objetiva, al tiempo de dirigir un proceso administrativo, en especial al resolver la solicitud, reclamo o impugnación, según sea el caso, consciente de que la impugnación, entendida como la facultad de refutar, contradecir, u oponerse al acto administrativo es un mecanismo que permite el control de la administración, la protección y la defensa de la legalidad administrativa y los derechos de los administrados.

4.3 Los recursos en instancia administrativa

Como se analiza en el desarrollo de este trabajo, el derecho de impugnar los actos de la autoridad pública se lo ejerce a través de los recursos, que según Echandía (1997), a través de la obra Teoría General del Proceso, la impugnación es el género y el recurso es la especie, entendiéndose por recurso la petición formulada por una de las partes para que el mismo juez – autoridad administrativa – que profirió una providencia –acto o resolución administrativa -, o un superior, la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento que en ella se haya cometido. (p. 505)

Los recursos en materia administrativa para ser admitidos a trámite, no se exige solemnidad alguna, pero si requisitos mínimos como la legitimación y oportunidad, pero sobre todo que el administrado reclame sobre la vulneración de sus derechos, que existe error en la aplicación de una norma, y con tal argumento exige que la administración reforme, revoque o ratifique el contenido del acto administrativo impugnado. Con el ejercicio de este derecho, la administración tiene el deber jurídico de revisar su propio acto, a través de un nuevo procedimiento administrativo regulado por su puesto, en el que interviene la administración con el fin de defender lo resuelto, pero al mismo tiempo, el funcionario que lo representa debe estar consciente de que pudo haber incurrido en errores y que el recurso puede ser un medio establecido por el derecho para corregirlos, en palabras Sayagués; o un remedio administrativo específico por el que se atacan solamente actos administrativos y se defienden derechos subjetivos o intereses legítimos, como los considera Dromi, en su obra Derecho Administrativo, Décima edición, (p. 434)

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva – ERJAFE, vigente en nuestro país, al referirse a la impugnación determina que en sede administrativa, se lo hace a través de los recursos de reposición, apelación y extraordinario de revisión.

Para la aplicación de cada uno de estos recursos, es necesario que se cumplan con determinados requisitos que se encuentran establecidos en el propio Estatuto, que refieren básicamente a los sujetos, al objeto y a la causa.

En cuanto al primer requisito -**Sujetos**-, tenemos a la Administración Pública, autora del acto; el particular, notificado con tal decisión administrativa, sea ésta persona natural o jurídica.

Cada una de éstas deben justificar su intervención en el proceso, así la administración su competencia para conocer el recurso, la que esta dada en función de la materia, el grado, el territorio y las personas; y el administrado, debe estar legitimado para actuar, no solo en cuanto a la capacidad para presentar la petición, -legitimation ad processum- sino el interés que debe tener en el recurso, a fin de que sea considerado como parte en el proceso, -legitimation ad causam-. Con este último requisito se justifica incluso la presencia de un tercero que sin haber sido parte en el proceso inicial, luego aparece y demuestra tener un interés legítimo e impugna el acto administrativo que considera lesivo a sus derechos. Impugnación que como anotamos, puede ser la persona jurídica de derecho público, con la única excepción que no sea parte del órgano de la administración autora del acto que se impugna a través de los recursos administrativos.

En este mismo tema, es pertinente hacer referencia a la acción popular, o la facultad de todo ciudadano, sea o no titular de un derecho o interés cualificado, para impugnar los actos que pongan fin a la vía administrativa y se encuentren viciados de nulidad absoluta. La administración en uso de la potestad reservada, también está facultada para actuar de oficio, cuando el acto carece de los elementos esenciales para su validez o tiene defectos de procedimiento, en razón de que por su gravedad la nulidad del acto, afecta al orden general, al orden público, y su depuración no puede quedar por ello al solo arbitrio del destinatario inmediato del acto viciado, así lo reconoce García, E. y Fernández, T; facultad que el ERGAPE, en el caso de nuestro país establece al titular de la administración, autora del acto, a fin que por iniciativa propia intervenga de oficio.

Sobre el **objeto**, del recurso, es el acto administrativo. La Constitución ecuatoriana en el artículo 173, ordena que aquellos que provienen de toda autoridad del Estado, podrán ser impugnados en instancia administrativa, como ante los correspondientes órganos de la función judicial. Según esta disposición, son impugnables todos los actos, sean éstos administrativos o normativos, sin ninguna condición; definitivos, preparatorios o de trámite. Más, el ERJAFE, al referirse a los recursos ordinarios, señala con precisión que son impugnables únicamente los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa. Esta disposición es concordante con la doctrina representada por Dromi (2004) al señalar que son susceptibles de impugnación los actos definitivos, en tanto que no lo son, los de trámite o preparatorios.

Al respecto, se debe precisar no solo por la supremacía de la norma constitucional, se debe aplicar la disposición que se cita, sino además porque en un estado constitucional de derechos, lo que se persigue es precisamente tutelar los derechos fundamentales, evitar que los mismos sean vulnerados; por tanto, si la administración pública en general, al tiempo de ejercer sus competencia expiden actos administrativos que lesionan derechos de los administrados, indistintamente ya sea que se trate de un acto administrativo de trámite o de aquellos que pongan fin a un proceso, debe ser impugnado, a través de los recursos que se analizan en el presente capítulo. Sobre el tema, Marienhoff, citado por Gordillo (2003), en su obra Tratado de derecho administrativo, al referirse a los recursos administrativos, señala que “del mismo modo que las garantías y derechos consagrados en la Constitución no se han establecido a favor de la Administración Pública, sino principalmente en beneficio de los administrados, así también los beneficios de la autolimitación de potestades realizadas por el poder ejecutivo a través de las normas que instituyen y regulan “recursos” en el procedimiento y trámite administrativo, resultan establecidos principalmente a favor de los administrados y no precisamente a favor de la propia administración”(p. VI-35).

La causa, es el motivo que tiene el administrado, notificado con la decisión de la administración pública, para impugnar un acto que considera lesivo a su derecho subjetivo o su interés legítimo, o como expresa Dromi (2004) “El recurso tiene por motivo o causa restituir la legitimidad del obrar administrativo, a fin de restablecer la plena vigencia del derecho vulnerado” (p. 398). De lo expuesto por el jurista, se evidencia las dos alternativas de la administración al tiempo de conocer y resolver la impugnación, así, la primera corregir errores en las que pudo haber incurrido al momento de expedir el acto administrativo, y lo segundo que a su vez es conexo, es aplicar adecuadamente la norma de derecho, evitando de esta forma afectar intereses del usuario de los servicios de la administración.

4.3.1 Recurso ordinario de reposición

Este recurso que es propio del derecho administrativo, y no consta en el derecho procesal común, contempla la facultad que tiene el administrado para formular la impugnación ante la misma autoridad pública para que ésta la revoque, reforme o sustituya el acto que afecta derechos subjetivos del administrado, causados con la

expedición de la resolución administrativa que se impugna, lo que significa que el recurrente a más de tener capacidad de obrar, debe tener un interés directo.

Pero además, el acto que se impugna debe ser de aquellos que no ponga fin a la vía administrativa; y es opcional para el recurrente, interponer este recurso o aplicar directamente la apelación para lo cual dispone de un plazo de quince días, si el acto impugnado es expreso, porque si es presunto, se concede dos meses, así lo dispone el ERJAFE.

La disposición estatutaria que se cita, resulta curiosa e inaplicable, en cuanto al recurso sobre actos presuntos, en razón de que los actos administrativos que debidamente motivados expide la administración para que cauce efecto jurídico, deben ser notificados al administrado, y sólo a partir de este hecho, sobre resolución expresa, el particular decide la aplicación de los recursos ya sea de reposición o apelación; por tanto, al menos en la práctica, no existen los actos presuntos, salvo el caso del silencio administrativo.

Finalmente, sobre el recurso de reposición, el ERJAFE ordena que la administración pública dispone de un plazo de sesenta días para resolver y notificar con la decisión, lo que en la práctica es inaplicable, y lo peor, es que en muchos casos, después de un dilatado proceso la administración se ratifica en la resolución inicial, por esta y otras razones este recurso es de poca aceptación y aplicación por parte de los administrados, pues en la mayoría de los casos se opta por la apelación ante la instancia superior para luego acudir ante el órgano jurisdiccional.

4.3.2 Recurso ordinario de apelación

Se trata de un derecho de impugnación ordinario en materia administrativa, que le permite al recurrente conseguir la revisión del superior, respecto de una determinada actuación de la autoridad administrativa inferior o subordinada. De la misma manera que la reposición, este recurso no exige mayor fundamentación, basta la interposición simple, y la presentación dentro del término previsto en el respectivo cuerpo legal –Ley de Aguas por ejemplo- o en el Estatuto del Régimen Jurídico, vigente en nuestro país, el que establece la condición de que se trate de actos y resoluciones, que no pongan fin a la vía administrativa, y que las resoluciones sobre

las que se interpone el recurso provengan de órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico.

Es evidente que en el Estatuto al que se ha hecho referencia, existe límite normativo en cuanto a los motivos por los cuales el recurrente puede fundamentar la reposición o apelación, lo que atenta a la disposición Constitucional a la cual se hace referencia en este trabajo, y a la naturaleza misma de la impugnación ordinaria; además la confusión entre la validez del acto y el control de legalidad de los actos, lo que se aspira sea superado al expedir un Código de Procedimiento Administrativo, cuya expedición es urgente, con el fin incluso de evitar las contradicciones que al momento existen en el ordenamiento infra constitucional.

Finalmente, destacar que la Ley de Modernización del Estado, que si bien, muchas de sus disposiciones atentan directamente al texto constitucional, sin embargo en lo que a materia administrativa se refiere, es concordante con la norma suprema en cuanto a la facultad de impugnar los actos en instancia administrativa o jurisdiccional, sin necesidad de que agotar la primera para acudir a la justicia ordinaria.

4.3.3 Derecho comparado

Antes de abordar el recurso extraordinario de revisión, se considera pertinente revisar el derecho comparado en materia de los recursos, así tenemos:

En Argentina, al reglamentar la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, establece los recursos ordinarios de reconsideración, el jerárquico y el de apelación. El primero, similar a la reposición, se puede interponer ante la misma autoridad, autora del acto impugnado, ante quien se cuestiona la legitimidad y oportunidad. El acto debe ser de aquellos que tienen el carácter de definitivos, pero también contra los de mero trámite, siempre que afecten derechos subjetivos del recurrente. No es un limitante o condición para ejercer la acción jurisdiccional.

En el caso del recurso jerárquico se interpone también ante la misma autoridad administrativa autora del acto recurrido, a quien le asiste el deber de remitir al superior. Procede únicamente contra autos definitivos, por tanto se asemeja al recurso de apelación contemplado en nuestra legislación.

El recurso de Alzada, lo ha establecido la legislación Argentina contra los actos de entidades descentralizadas y empresas del Estado, con el fin de que el ente central vigile y controle la tutela de los derechos de los administrados.

En Colombia al igual que nuestro país, se contemplan los recursos de reposición y de apelación; y el de Queja, similar al recurso de hecho que existe en la legislación ecuatoriana.

En el ordenamiento jurídico español, encontramos al recurso de Reposición y de Alzada. El primero que puede ser aplicado por el administrado para impugnar los actos, que hayan agotado la vía administrativa. Si se tiene presente el procedimiento y las razones por las que se interpone la reposición, es completamente diferente al que está previsto en nuestra legislación, desde que el haber agotado la vía administrativa impide la aplicación de recursos, restándole al afectado acudir ante el órgano judicial, lo que no ocurre en España, como así consta en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Común, la que además contempla el recurso de Alzada que procede en los casos en los que no se hayan agotado la vía administrativa y se lo hace ante un órgano superior.

4.3.4 El recurso extraordinario de revisión

A través de este recurso se busca una resolución no solo legal sino justa, pues permiten que un acto administrativo firme, sea revisado por el propio órgano que lo dictó. Por esta razón, Santamaría citado por García (2004) en su obra “Curso de Derecho Administrativo” al referirse a este recurso, expresa que “...constituye más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados...”(p.148).

Con la aclaración de que la revisión es un recurso de carácter administrativo, sin embargo para una mejor comprensión, se puede señalar que la revisión se asemeja a la acción contencioso de anulación u objetiva en sede judicial, que pretende la nulidad de un acto impugnado por adolecer de algún vicio legal, que puede ser interpuesta por el sujeto que tenga un interés directo. En efecto, a través de la revisión se busca que la autoridad administrativa declare la nulidad de la resolución,

luego de demostrar en forma documentada que ha ocurrido uno o más de los supuestos identificados en el ERJAFE, lo que representa una garantía para el particular, quien por este recurso no está limitado únicamente al ejercicio de la acción contencioso administrativa.

Este recurso parte de la hipótesis de que una resolución a pesar de haberse revisado por la instancia superior puede contener errores de hecho o de derecho, o que aparezcan hechos subsecuentes, luego de emitida la resolución, que bajo el argumento de que la misma se encuentra firme y ejecutoriada, podría causar perjuicios al particular y a la administración.

Se debe precisar que no se trata de otra instancia, en razón de que la administración puede aplicar de oficio para precautelar la legalidad y sobre todo de justicia en sus actuaciones, sin perjuicio de que lo haga a petición de parte interesada. Se trata de un recurso excepcional en el que la autoridad no puede examinar causales no alegadas, es decir tiene facultades limitadas, pues debe ceñirse exactamente a aquellos que fueron puestas a consideración por el administrado; mientras tanto el acto, cuya revisión se pide se mantiene incólume, pues de ninguna manera la revisión cuestiona el principio de legalidad que les asiste a los actos administrativos en general.

Si bien la administración pública puede actuar de oficio, sin embargo existe la facultad también del particular, quien debe fundamentar su petición, a pesar de que autores como Echandía (1997), sostiene que los formalismos de los recursos extraordinarios deben ser limitados a efectos de no sacrificar la justa decisión por rituales en la calificación de cargos y de las variedades del genérico por violación de la Ley sustancial; criterio que es apropiado y oportuno si se considera el objetivo, la misión del Estado, sus órganos y sus servidores, según las disposiciones de la vigente Constitución, sabiendo que al aceptar este recurso a trámite, lo único que a la administración le corresponde, es emitir un pronunciamiento luego de revisar los justificativos que dice tener el recurrente, o que han llegado a conocimiento de la administración y a la luz de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico, referentes a la valoración de las pruebas, motivación de actos, adoptar una decisión, con lo cual de ninguna manera se atenta contra la seguridad jurídica, tampoco se

afecta la estabilidad de los actos, al contrario se busca que prevalezca un valor importante como la Justicia.

En cuanto a los efectos del recurso de revisión, es necesario precisar que a diferencia de lo que ocurre en instancia jurisdiccional concretamente en casación, en función de lo que determina la Ley de la materia, se faculta a la persona que interpone el recurso, solicitar la suspensión de la ejecución rindiendo caución suficiente en función del posible perjuicio que pudiera causar a la contraparte mientras dura la tramitación del recurso; en materia administrativa el recurso de revisión no suspende la ejecución del acto recurrido, sin embargo existe facultad para que el órgano, a través de su titular con suficiente argumentación y ponderación razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros, de oficio o a petición del recurrente, ordene la suspensión de la ejecución, en consideración al daño que pudiera causar.

En síntesis, este recurso extra ordinario, se encuentra previsto como medio de impugnación en el orden jurisdiccional y administrativo, respecto de las sentencias, actos o resoluciones firmes y ejecutoriadas, procede únicamente en los casos establecidos en la Ley, por insinuación del administrado o por decisión del propio órgano de la administración pública, sabiendo que finalmente la decisión para la instauración del proceso de revisión la tiene la máxima autoridad del organismo ante quien se la presenta. Esta discreción de aceptar o no el recurso aplican únicamente en estos recursos, en los que por esta potestad, no opera el silencio administrativo en la fase inicial del recurso.

4.4 Análisis del recurso de apelación en instancia administrativa, en función de la vigente Constitución

Al iniciar el tratamiento de los recursos, en forma general se cita la disposición constitucional de que los actos administrativos que provengan de cualquier autoridad del Estado son impugnables, por tanto se faculta al administrado interponer recursos en instancia administrativa o jurisdiccional para lo cual la legislación ha desarrollado los requisitos que debe cumplir el recurrente, los mismos que deben guardar armonía con la norma suprema.

De manera general sobre procedimientos administrativos y en particular sobre impugnación de los actos en instancia administrativa, como se ha manifestado durante el desarrollo del presente trabajo, la Asamblea Nacional no ha dictado normativa alguna a partir de los derechos, garantías, principios y valores establecidos en la vigente Constitución, y es necesario que sus integrantes cumplan con la función para la que fueron elegidos y con ello evitar la discrecionalidad del servidor público al tiempo de pronunciarse sobre los recursos interpuestos por los administrados.

Se hace esta precisión, en razón de que según el artículo 76, letra m) de la Constitución se establece como garantía del derecho de las personas a la defensa el de “recurrir del fallo o las resolución en todos los procedimientos, **en los que se decida sobre sus derechos**”. Al respecto, se debe tener presente que, en el caso de las resoluciones la autoridad administrativa, no siempre decide sobre derechos del administrado. Para evidenciar lo expuesto, me permito citar el siguiente ejemplo práctico:

De acuerdo a la vigente Constitución de la República, el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, cuya planificación, regulación, control y gestión le corresponde al Estado, a través de la Autoridad Única del Agua, -AUA-, sabiendo que las cuyas competencias, por mandato constitucional, deben constar en la Ley de Recursos Hídricos, que por cierto no ha sido expedida por la Asamblea Nacional, a pesar de haberse vencido en su integridad el plazo concedido; mientras tanto, las atribuciones y responsabilidades de la AUA, en función de un Decreto Ejecutivo, se cumple a través de la Secretaría Nacional del Agua – SENAGUA, mediante actos administrativos que generan derechos y obligaciones para las personas naturales o jurídicas que requieren autorización del Estado para el uso y aprovechamiento de aguas de una fuente y en caudales determinados, ya sea para consumo humano, riego, actividades mineras, industriales.

En este contexto, la Secretaría de Estado citada, debe pronunciarse luego de haberse cumplido con el procedimiento previsto en la Ley de Aguas y su Reglamento General de aplicación, que comprende entre otras actividades, la citación a los usuarios conocidos, a fin de que éstos hagan uso de su derecho, ya sea oponiéndose a la pretensión del solicitante (en caso de contar con la resolución del

Estado), o adhiriéndose a la misma (en el evento de que sea usuario de hecho), finalmente aceptará o negará la petición de uso y aprovechamiento de agua, también debe pronunciarse sobre las pretensiones del opositor, y/o del adherente, según corresponda. La resolución que adopte la Secretaría de Estado no siempre será del agrado de los particulares, quienes facultados constitucionalmente interpondrán recurso de apelación. Al pronunciarse la autoridad administrativa deberá considerar las disposiciones constitucionales en torno al agua, como sector estratégico del Estado y la facultad de planificación, regulación y control de los recursos hídricos que a éste le corresponde. La categoría de derecho humano y fundamental, que la Constitución le asigna al agua. Los principios para el ejercicio de los derechos, contemplados en la norma suprema en vigencia, que imperativamente deben ser observados y aplicados por los servidores administrativos y judiciales. El contenido de los actos administrativos dictados por el correspondiente órgano del Estado, con los que se reconozcan derechos de aprovechamiento de aguas a favor de los particulares y con ello garantizar la seguridad jurídica.

En síntesis, la decisión que adopte la administración, sobre la aplicación del artículo 76, numeral 7, letra m, dentro de un proceso administrativo estará dado en función de derechos y garantías establecidos en la vigente Constitución, en la argumentación jurídica con ponderación de derechos, por un lado, de la persona (s) que requiere (n) de la resolución administrativa, a través de la cual el Estado le brinde seguridad en el aprovechamiento del agua de una determinada fuente para consumo humano; y por otro, el derecho de la persona a impugnar las resoluciones administrativas. Ambos derechos, garantizados en la Constitución.

4.5 La impugnación en sede judicial

Al hablar de los derechos fundamentales, se revisaron algunos principios de la Revolución Francesa, entre éstos, el de legalidad de la acción de los poderes públicos, y el de libertad, contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, que a su vez, dieron origen a varios derechos que a través de los textos Constitucionales se mantienen hasta la presente fecha; entre éstos la declaración de que “todo acto ejercido contra un hombre fuera del caso y sin las formas que la Ley determina es arbitrario y tirano...”, y es partir de entonces, que se

puede examinar la arbitrariedad y la ilegalidad del acto de toda autoridad administrativa. Si bien esta potestad inicialmente se encontraba a cargo del propio Estado, pero paulatinamente y gracias al principio de la separación de los poderes, instaurada por la misma Revolución fue independizándose con el fin de conseguir objetividad de las resoluciones, sobre todo un verdadero control de legalidad de los actos.

En la actualidad este control en instancia judicial se cumple con intervención de la autoridad jurisdiccional, cuya competencia está dada en función de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso y Administrativa, ratificada además en el Código Orgánico de la Función Judicial; órgano que conoce de la demanda que puede ser interpuesta por quien se crea perjudicado con determinado acto administrativo, a través de dos clases de recursos: de plena jurisdicción o subjetivo; y el de anulación u objetivo.

4.6 Los recursos de plena jurisdicción o subjetivo y anulación u objetivo.

Como se conoce, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se reconoce de manera expresa los recursos contenciosos administrativos de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.

El primero que ampara, y garantiza el derecho subjetivo del recurrente negado, en todo o en parte por la administración, a través de un pronunciamiento del sujeto que lo representa y se concreta en el acto administrativo del que se trate, en consecuencia no solo que se concede al agraviado el derecho, abstracto para alcanzar el restablecimiento de la legalidad, sino, además, el de obtener de la administración la reparación del daño concreto que le hubiese infringido en su derecho subjetivo, así lo reconoce Roberto Dromi (2004), es decir que el pronunciamiento de la autoridad que representa al órgano jurisdiccional competente no solo dispondrá la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien en su caso atendiendo una demanda de indemnización, en consecuencia como expresa el autor, “no basta invocar un interés, sino que es necesario tener como base la lesión de un derecho subjetivo.” (p. 1255)

Para Jaramillo (2003), por medio del recurso de plena jurisdicción o subjetivo, al que considera como uno de los mecanismos de control en un régimen democrático, que nos ofrece el Estado social de derecho, le permite a toda persona que ha sufrido agravio por el accionar de quien representa a la administración, obtener el restablecimiento de sus derechos vulnerados, al tiempo que el órgano competente declare la nulidad del acto violatorio de derechos.

El mismo autor, en su análisis cita a Rafael Bielsa, para quien el recurso de plena jurisdicción protege el derecho subjetivo que se encuentra reconocidos en la Ley, reglamento, ordenanza, decreto o del contrato administrativo, por tanto debe existir la lesión de un interés legítimo.

Para el ejercicio de la acción contenciosa, de plena jurisdicción o subjetivo está facultada la persona que tiene capacidad de obrar, pero sobre todo, que tenga relación directa con el acto o decisión administrativa con la que se presume lesionó el interés del recurrente. Estos presupuestos deben constar en la demanda y ser demostrados durante el proceso, lo que permitirá al órgano jurisdiccional entrar al análisis y decisión de los aspectos de fondo, cuya resolución tiene efecto **inter partes**, por tanto existirá vinculación únicamente entre la administración que originó el acto y el administrado que lo impugnó.

Otra de las características que se debe considerar en los recursos subjetivos es la **caducidad**, que opera en corto tiempo, lo que significa que el accionante debe estar legitimado, esto es vinculado directamente con el acto que lesiona sus derechos e intereses, pero esa vinculación debe ser actual como señala la doctrina, y que nuestra legislación la reconoce al establecer un término específico para el ejercicio de esta acción, a fin de conseguir el pronunciamiento de la autoridad competente que ordene el restablecimiento del derecho vulnerado, es decir que la caducidad opera automáticamente, es decir “**ipso jure**”, y es declarable de oficio, a diferencia de la prescripción, que requiere alegación de la parte interesada; por tanto, la caducidad es una figura distinta de la prescripción, pues la primera extingue, o restringe el derecho de acción, en tanto que la prescripción supone que el titular no ha ejercitado ese derecho en un cierto tiempo por causas que le son imputables.

El recurso de anulación u objetivo, procede contra actos creadores de situaciones generales e impersonales, cuyo objetivo es la conservación del orden jurídico

general, preservar la norma jurídica vulnerada por el acto administrativo que siendo de jerarquía inferior tiene un alcance “**erga omnes**”; es decir lo que mueve al accionante es lograr la derogatoria de una situación violatoria de una norma jurídica que, aunque afecte a su interés, pero no defiende su derecho subjetivo.

Como se aprecia la nulidad del acto, no es elemento determinante, para el establecimiento de la clase de recurso, pues ésta puede ser pretendida, tanto en recurso subjetivo como un recurso objetivo, pues en ambos casos se parte de la presunción de la existencia de un acto dictado por la administración pública.

García de Enterría y Fernández, sostiene que ese interés susceptible de legitimar la impugnación de actos y disposiciones administrativas por parte de las personas, entidades y aún grupos deben ser en todo caso un interés actual, lo contrario implica la actuación extemporánea del sujeto y trae como consecuencia la nulidad de los actos administrativos, conforme el literal a) del artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y si la incompetencia en el derecho público equivale a la incapacidad absoluta del derecho privado, obviamente que acarrea la nulidad absoluta del acto, en los términos del artículo 1725 del Código Civil, nulidad que puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, concediéndole a las partes involucradas a que las cosas sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo.

4.7 Impugnación de los actos administrativos y normativos, en uso de las garantías jurisdiccionales

En el desarrollo del presente trabajo, se hace referencia al nuevo modelo de Estado, con una Constitución que contiene no solo derechos, sino **garantías**, entre éstas **normativas** y de políticas públicas.

En cuanto a las garantías normativas obligan al legislativo y a todo órgano con potestad normativa, adecuar las leyes y demás normas jurídicas, a los derechos consagrados en la norma suprema. Pero, en la práctica puede ocurrir lo contrario, es decir que los órganos expidan y aprueben normativa que afecten derechos constitucionales y para estos casos, la propia Constitución concede acción pública para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad que se la puede ejercer en forma individual o colectiva, correspondiéndole a la Corte Constitucional en ejercicio

de sus competencias pronunciarse, sabiendo que la declaratoria de inconstitucionalidad tiene como efecto la invalidez del acto normativo impugnado y en consecuencia este sale del ordenamiento jurídico. Esta es una de las formas de ejercer **el control abstracto de constitucionalidad**, cuyo único objetivo es analizar el precepto o la norma cuestionada en base a las disposiciones de la propia Constitución.

La norma suprema vigente en el país, contempla las **garantías jurisdiccionales**, entre éstas la **acción de protección**, a través de la cual se busca el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la vigente Constitución, vulnerados por acción u omisión de la autoridad pública no judicial, estableciendo para ello amplitud de la legitimación, de tal manera que no quede limitada esta garantía por condiciones de legitimidad. Para conocer esta acción, son competentes todos los jueces ordinarios, con la condición de que le corresponde al Juez del lugar en que se origina el acto o la omisión, o donde se produce sus efectos, y en segunda instancia, la competencia la tiene la Sala de la Corte Provincial de la correspondiente jurisdicción. La Corte Constitucional no conoce de estas acciones, más bien se ocupa de la formulación de la jurisprudencia en base a la remisión de las sentencias por parte de las autoridades encargadas de evacuar estos procesos.

Pero es importante analizar, cuál es el objetivo de esta garantía y para ello, se debe estar a la disposición del artículo 88 de la Constitución de la República, que obliga a los jueces constitucionales no solo resolver la acción propuesta por el accionante, sino asegurar que lo ordenado se cumpla para lo cual debe hacer uso de los mecanismos previstos tanto en la norma suprema, como en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solo de esta manera se entiende el amparo directo y sobre todo eficaz de los derechos.

De igual manera se debe precisar que el efecto propio de una sentencia dictada en una acción de protección debe ser en primer lugar la declaratoria de vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, a través del acto u omisión de autoridad pública no judicial, o por el particular. Luego, la reparación integral material e inmaterial, según sea el caso, de los derechos constitucionalmente vulnerados, previo el análisis de los aspectos de fondo, que es la característica fundamental de esta acción, y en ningún momento se debe propender a la suspensión o la

inaplicabilidad de los efectos del acto administrativo, que es lo que ocurría con la acción prevista en la Constitución Política de la República, y esto significa un avance en el Estado constitucional de derechos, pues el Juez que conoce de la acción, está facultado para dejar sin efecto el acto lesivo a los derechos protegidos por el ordenamiento constitucional.

Otro de los aspectos que se debe aclarar es lo referente a la invalidez del acto, que no aplica en este proceso de garantías jurisdiccionales, como la acción de protección, cuyo objetivo como se explica, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, cuando exista vulneración de éstos, como consecuencia de un acto administrativo de autoridad pública no judicial, que tiene efecto inter partes; pues la invalidez, es consecuencia de la expulsión del acto normativo del ordenamiento jurídico, propia del control de constitucional, competencia exclusiva de la Corte Constitucional, lo que se deduce del contenido del artículo 88 de la Constitución, y numeral 3 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En todo caso, el objetivo de este análisis es diferenciar el control abstracto de constitucionalidad, aplicable cuando un acto administrativo con efectos generales contravenga disposiciones constitucionales, con el fin de conseguir la expulsión de dicho acto del ordenamiento jurídico, a través de la acción correspondiente ante la Corte Constitucional; y la acción de protección, que procede contra acción u omisión de autoridad pública no judicial, siempre que vulnere derechos constitucionales.

En consideración a lo expuesto, en nuestra Constitución existe el control concentrado que lo ejerce la Corte Constitucional, y puede ser abstracto que se inicia vía acción, que conlleva a la implementación de un proceso en el que se definirá la validez constitucional de determinado precepto normativo; pero además este control concentrado, puede ser concreto y opera por vía de excepción, en razón de que para invocar la inconstitucionalidad de una norma es necesario que esté siendo aplicada en un caso concreto y por iniciativa del Juez, que considera como inconstitucional, llega a conocimiento de la Corte Constitucional, encargada de pronunciarse en un plazo determinado; y el control difuso que lo ejercen los Jueces ordinarios, respecto de los actos administrativos, con el limitante de que a través de éstos se vulneren derechos fundamentales, en los supuestos establecidos en el

artículo 88 de la vigente Constitución de la República, puesto que los demás actos, serán motivo de impugnación, por razones de ilegalidad antes el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Desarrollado en su integridad el trabajo investigativo en los cuatro capítulos propuestos se llega a las siguientes conclusiones:

- ❖ Que la transformación del Estado liberal de derecho al constitucional de derechos en el marco de la Constitución vigente, trae como consecuencia la modificación de la estructura del Estado ecuatoriano, abandona la clásica división de las tres funciones e implementa la Función Electoral al igual que la Participación Ciudadana como muestra del interés que tiene el Estado hacia una democracia participativa, no solo para el ejercicio del sufragio, sino en la formación de las leyes, sin embargo se mantiene el sistema representativo. Para conseguir la participación ciudadana, como parte de su estructura orgánica se crean instituciones que en la práctica no cumplen con la misión establecida en la Constitución.
- ❖ Que la actual Constitución no hace distinción alguna de derechos, pues todos tienen la categoría de fundamentales, asignado a los organismos e instituciones que integran la estructura del Estado, la obligación de coordinar acciones a fin de conseguir el ejercicio de los derechos individuales y con ello el bienestar común. De igual manera, con el fin de asegurar la vigencia de los derechos y evitar su transgresión se han implementado garantías constitucionales, entre éstas, las normativas cuyo objetivo es asegurar el respeto a la supremacía de la Constitución para lo cual, todos los órganos con facultad legislativa deben sujetarse a los principios constitucionales, respetar los derechos fundamentales, al tiempo de ejercer sus competencias; y en cuanto al ejercicio de las garantías jurisdiccionales, especialmente sobre la acción de protección se establecen procedimientos sencillos y eficaces, con la innovación de la institución de la acción extraordinaria de protección, cuyo objetivo es asegurar y garantizar la aplicación de los derechos fundamentales en un proceso jurisdiccional, a pesar de que exista de por medio sentencia ejecutoriada. De esta manera, los derechos fundamentales son justiciables y existen mecanismos e instituciones reconocidas expresamente en la Constitución, pero es necesario independencia de la Función Judicial y la especialización de Jueces para conocer y resolver acciones constitucionales.

- ❖ Que existe desconocimiento de los servidores públicos sobre el contenido de los derechos, garantías, en especial de aquellos principios contemplados en la Constitución vigente, necesarios para el ejercicio de los derechos de los particulares, lo que perjudica a los usuarios de los servicios de organismos e instituciones del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados.
- ❖ La confusión entre el principio de legalidad y el de constitucionalidad por parte de los administrados en general, pero de manera particular de los profesionales del derecho que asumen el patrocinio de estas causas, se evidencia en el número de demandas que por acciones de protección, con el argumento de que se han vulnerado derechos, ingresan para conocimiento de los jueces constitucionales, pero que en realidad son de competencia de la justicia ordinaria.

En el orden administrativo, específicamente en el tema que motiva este trabajo, se concluye que en el modelo del Estado Constitucional de derechos se mantiene el control de legalidad de los actos administrativos en instancia administrativa, mediante los recursos de reposición, de apelación y el extraordinario de revisión ante la misma autoridad o ante el superior. En instancia judicial, el control de legalidad de los actos la sigue ejerciendo el órgano jurisdiccional competente, sujetándose para ello a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En lo que corresponde a los actos administrativos que vulneran derechos constitucionales, procede la aplicación de la garantía jurisdiccional de acción de protección, que reemplaza a la acción de amparo, con procedimiento mucho más ágil que facilita el ejercicio de esta garantía, a tal punto que el recurso puede ser presentado por la persona, por el pueblo, por la comunidad sin el patrocinio de abogado e incluso le esta permitido al juez suplir las omisiones en las que puede incurrir el accionante en la demanda, lo que se analizó a la luz de la doctrina, fundamentalmente con el principio “iuranovit curia”, esto es, que el juez conoce el derecho, que en la práctica no se aplica

en razón del sistema todavía imperante en la administración de justicia en el país. Se debe precisar que la característica especial de esta acción de protección es que el juez constitucional no llega únicamente a la sentencia sino que facultado constitucionalmente aplica los mecanismos que le están permitidos hasta conseguir el resarcimiento de los daños, el restablecimiento del derecho vulnerado, a pesar de que en algunos casos no es integral, si se considera que los titulares son personas, cuyo estado emocional fue afectado con la decisión de la autoridad administrativa y el proceso instaurado.

En las mismas garantías constitucionales se analizó lo referente a las garantías normativas que permiten ejercer el control abstracto de constitucionalidad, a partir de la facultad que le asiste a todo ciudadano para ejercer la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. Sobre el particular se llega a la conclusión de que en nuestro país existe un control mixto, pues el control difuso lo ejercen los jueces ordinarios al conocer la demanda de inconstitucionalidad de actos administrativos que vulneran derechos fundamentales; y el control abstracto que se lo ejerce a través de la Corte Constitucional que conoce de las acciones de inconstitucionalidad ya sea a petición de un juez, o de un particular en uso de la facultad de acción pública establecida en la vigente Constitución.

Recomendaciones:

- ❖ Es necesario que el Estado se preocupe de socializar las competencias o la misión que debe cumplir la Función de Transparencia y Control Social con lo cual se conseguirá sin duda alguna, mayor involucramiento del pueblo y con ello la auténtica democracia participativa.
- ❖ Se debe propender a la búsqueda de una verdadera independencia de la Función Judicial, cuyo objetivo sea una justicia imparcial, ajena a los intereses políticos, de determinados grupos de poder y de las otras funciones del Estado.

- ❖ Las instituciones del Estado a través de sus personeros y sobre todo las Unidades de Talento Humano deben implementar como política institucional la capacitación permanente del servidor público con especial atención al contenido constitucional sobre ejercicios de derechos y garantías, lo que posibilitará que las instituciones que conocen de los procesos administrativos a través de los cuales se generen, modifiquen o se extingan derechos, expidan resoluciones motivadas, se evite la discrecionalidad y sobre todo la arbitrariedad en la prestación del servicio público.
- ❖ Es indudable que en el control de constitucionalidad de los actos normativos es competencia de la Corte Constitucional, por tanto es necesario la independencia total del máximo organismo de la justicia en el Ecuador, a fin de conseguir un verdadero control, lo que implica que las resoluciones que se adopten no debe obedecer a presiones de orden político, tampoco de los grupos de poder que aún imperan en nuestro país.
- ❖ Los procedimientos para el ejercicio de la acción de protección son absolutamente claros tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin embargo en la práctica no existe una adecuada aplicación y sobre todo persiste el abuso del derecho, por tanto es necesario que los colegios profesionales del derecho, e incluso el Consejo de la Judicatura y otros órganos vinculados con la administración de justicia promuevan eventos de capacitación destinado a los profesionales del derecho y para los operadores de justicia, lo que permitirá a futuro obtener una adecuada aplicación de las garantías jurisdiccionales contempladas en la norma suprema.

BIBLIOGRAFÍA:

- Andrade, S., Grijalva, A. y Storini, C. (2009) *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Avila, R. (2008) *Estado Constitucional de Derechos y Justicia en Constitución del 2008*. Quito.
- Arias, G. (2010) A vueltas con la Discrecionalidad Administrativa. *Revista de Derecho 2010*.
- Ballén, R. (1998) *Derecho Administrativo Disciplinario*. Colombia: Temis.
- Bernal, C. (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid.
- Borja, R. (1998) *La enciclopedia de la política*. Quito.
- Cabrera, H. (1996) *Teoría general del proceso y de la prueba*. Bogota: Ibañez.
- Casagne, J. (1998) *El Acto Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires.
- Couture, Eduardo (1988) *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Desalma, Buenos Aires.
- Constitución Política del Estado (2009). Bolivia.
- Constitución de la Nación Argentina (1995).
- Constitución Política del Estado (1998). Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Constitución de la República de Colombia (2008).
- Constitución de la República de Chile ((2005).
- Corte Constitucional (2010) *Sentencia N°213-10-EP*.
- Diez, M. (2002) *Derecho Administrativo*, Tomo II.
- Dromi, R. (2004) *Derecho Administrativo* (10 ed.). Argentina.
- Echandía, D. (1997) *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad.
- Espinoza, I. (2001) *Derecho de Procedimientos Administrativos*. Perú: IDEMSA.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (2002).
- Ferrajoli, L. (2004) *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*. Madrid.
- García, E. y Fernández, T. (2004) *Curso de Derecho Administrativo I y II*. Madrid: Civitas.
- García, E. y Fernández, T. (2006) *La Administración Pública y la Ley*. Madrid: Civitas.
- Granja, N. (2006) *Fundamentos del derecho administrativo*. (5ta. ed.). Quito.

- Gordillo, A. (2003) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 4. El procedimiento administrativo, Buenos Aires.
- Jellineck (1943), *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, Traducción y prólogo, Segunda Edición Alemana por Fernando de los Ríos Urruti.
- Jaramillo, H. (2003) *La Justicia Administrativa*. Loja: Grafimundo.
- Kelsen, H. (1949) *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* Madrid.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, R.O. 338, 18 de marzo de 1968.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. R.O. 349 de fecha 31 de diciembre de 1993.
- Ley Orgánica de Servicio Público (2010).
- Linares, J. (1986) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.
- Marienhoff, M. (1988) *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- Montesquie, Ch. (1976) *Del Espíritu de las leyes*. La Habana.
- Nino, C. (2005) *Introducción” en Ética y Derechos Humanos*. (2da ed.). Argentina: Astrea.
- Pérez Tremps, P. (2004) *Los Derechos Fundamentales*. Quito: Nacional.
- Sayagués, E. (2002) *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo.
- Velásquez,R. Bobadilla,H. (2006) *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho Latinoamericana*. Chile: Grijley.
- Zavala Egas, J. (2005) *Derecho Administrativo*. Tomo I y II. Guayaquil: Edino.