

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

POSTGRADO MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**TEMA: EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON
EFECTOS GENERALES**

AUTOR:
PABLO SEBASTIÁN LÓPEZ HIDALGO

DIRECTOR: Dr. John Esteban Espinosa Villacrés

LOJA 2011

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor”.

Nombre de la autor:

Firma

Dr. Pablo Sebastián López Hidalgo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

“Yo Pablo Sebastián López Hidalgo, 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 Técnica Particular de Loja 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”.

Nombre de la autor

Firma

Dr. Pablo Sebastián López Hidalgo.

Dr. John Esteban Espinosa Villacres.

DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

Que el presente trabajo de investigación, realizado por la estudiante Dr. Pablo Sebastián López Hidalgo, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja,

Dr. John Espinosa Villacres.

AGRADECIMIENTO

Agradezco principalmente a profesor lector de esta tesis por su comprensión y aporte a través de sus clases impartidas.

DEDICATORIA

A mi esposa Maricela, a mi hija María Angélica y a mi hijo Juan Sebastián por su infinito amor y paciencia.

ESQUEMA DE CONTENIDOS

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES

CAPÍTULO I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y DE JUSTICIA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

- 1.1. Tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derechos y de justicia
- 1.2. De la supremacía constitucional dentro del paradigma constitucional
- 1.3. Del control de constitucionalidad
 - 1.3.1. Del control concentrado de constitucionalidad.
 - 1.3.2. Del control difuso de constitucionalidad
 - 1.3.3. Límites del ejercicio del control de constitucionalidad.
 - 1.3.3.1. Posición Conservadora.
 - 1.3.3.2. Posición Progresista.
 - 1.3.3.3. Posición innovadora.
- 1.4. Breve referencia acerca del control de legalidad.

CAPÍTULO II

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS ACTOS NORMATIVOS

- 2.1. Concepto de acto administrativo.
- 2.2. Concepto de acto normativo.
- 2.3. Diferencias entre actos administrativos y actos normativos.
 - 2.3.1. Los Actos Administrativos y los Actos normativos.

CAPÍTULO III

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES Y LOS ACTOS NORMATIVOS

- 3.1. La inconstitucionalidad de los actos normativos con efectos generales.
- 3.2. La inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos generales.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

**EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES**

CAPÍTULO I

**EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y DE JUSTICIA Y EL
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

1.1. Tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derechos y de justicia.

La idea del Estado de Derecho surge de una renovación de la relación entre los protagonistas es decir el individuo y el Estado, es por ello que comenzaremos estudiando una noción conceptual del “estado” para pasar a definir luego el tránsito mismo del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y de Justicia.

Manuel María Diez, define al Estado como “la unidad política y jurídica permanente constituida por un conglomerado humano, que forma sobre un territorio común, como un grupo independiente y sometido a una autoridad suprema”.¹

Por su parte, Rodrigo Borja Cevallos concibe al Estado como “...el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre. Es el último eslabón de la larga cadena de las formas organizativas de la

¹ Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Tomo I, p. 9.

sociedad creadas por su instinto gregario y representa la primera forma propiamente política de asociación...”.²

La *horda*, el *clan*, la *tribu*, la *confederación de tribus* y cualesquiera otras formas anteriores de organización social fueron “prepolíticas”. Entre ellas la fuerza y la arbitrariedad fueron los factores preponderantes en la sociedad, no existió el grado superior de organización de la autoridad pública que se ha dado en llamar institucionalización del poder y que es atributo propio y diferencial del Estado.

Sin embargo las diferentes ideas acerca de la configuración histórica y política del Estado han variado a través del tiempo, apareciendo un concepto con carácter general e institucional a finales de la Edad Media.

En Grecia no hubo propiamente una instrumentación comprensiva de la organización jurídica que vinculara a los habitantes con el territorio; sin embargo, puede decirse que la idea de lo que hoy consideramos un Estado se encontraba subyacente dentro de la concepción de la organización de la sociedad griega. En forma similar a lo que ocurría en Grecia, el pueblo Romano también carecía de una conceptualización precisa de lo que es el Estado, fueron ellos quienes designaron con el nombre de *civitas* al llamado Estado-Ciudad.

Así, la teoría del Estado constituye una culminación de un proceso que se inicia en las principales ciudades italianas durante el siglo XV, donde surge la expresión *lo stato* para designar en general a toda organización jurídica-política y a su forma de gobierno, el mismo que pudiera tener el carácter de monárquico o republicano. Sin embargo, luego de las interpretaciones que respondían a particulares circunstancias históricas, la consolidación territorial de los Estados producida a partir del siglo

² Rodrigo Borja Cevallos, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 383.

XVII, junto a la aparición de numerosos sistemas políticos y filosóficos dio lugar a las más variadas concepciones del Estado.

En este sentido, en la actualidad, la concepción de un Estado supone la vigencia de un sistema de legalidad, de un ordenamiento positivo sujeto a una normatividad jurídica superior llamada Constitución.

El Estado de Derecho nació en contraposición al Estado absolutista que no reconocía fronteras para la voluntad del soberano ni para los derechos de los súbditos. Aunque sus antecedentes fueron ingleses, puesto que en Inglaterra se forjaron los elementos del Estado Constitucional, y su primera manifestación escrita pertenece a los Estados Unidos de América en el momento culmine de su independencia (1787), toda la inspiración doctrinaria y filosófica corresponde a Francia.

El Estado Social de Derecho supone la superioridad de una norma jurídica y su plena vigencia mientras esta no sea derogada por los órganos competentes para ello, y con la observancia de los diferentes procedimientos constitucionales; un estado en el cual exista una sumisión a las normas jurídicas y una racionalización del poder político de cara a la estructura lógico-jurídica que regule potestades, competencias y derechos de las personas.

Como hemos observado, la conformación de un Estado de Derecho implica la presencia simultánea y unívoca de tres principios fundamentales: el principio de juridicidad, el de control y el de responsabilidad. El principio de juridicidad comprende el respeto a todo el ordenamiento jurídico en su concepción más amplia, es decir tanto al Derecho Positivo como a los principios generales del Derecho que son la expresión del Derecho Natural. El principio de control establece la necesidad de que los órganos del poder público fiscalicen el respeto a la juridicidad, y el principio de responsabilidad implica que la violación a la juridicidad tenga

consecuencias jurídicas, principios estos que guardan estrecha relación unos con otros.

De esta manera es claro que el Estado de Derecho ha adquirido una categoría universalmente aceptada, que se sustenta en la filosofía humanista y en los sólidos cimientos de la dignidad, la libertad y la igualdad en una dimensión social y democrática y no en el individuo considerado aisladamente en abstracto. El Estado Social de Derecho consagra los derechos y las garantías constitucionales de las personas, invocables y aplicables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública instituidos de competencia para proteger a todos los individuos de la especie humana residentes en un territorio; así, la consagración y vigencia de los derechos y garantías de las personas es un requisito esencial para el desenvolvimiento de un régimen soberano y democrático.

Hernán Jaramillo Ordóñez manifiesta que "...a diferencia de la concepción absolutista y monárquica del Estado, en el cual se atribuía que la "voz del Rey es la voz de Dios", hoy el Estado Social de Derecho tiene un origen, sentido, alcance y fin social.³

La soberanía de un Estado radica en el pueblo cuya voluntad es la base de la autoridad, quien en ejercicio de los derechos políticos confieren mandato y poder a la autoridad pública para que respete y haga respetar la Constitución, las leyes, los convenios, y administre con capacidad, responsabilidad y honradez.

El siglo XIX es el siglo del "Estado de Derecho" a diferencia del Estado absoluto característico del siglo XVII y parte del siglo XVIII. Esta expresión "Estado de Derecho" alude a un solo valor e indica una sola de las direcciones en desarrollo de la organización del Estado. Dicho valor es la eliminación de la arbitrariedad en al

³ Hernán Jaramillo Ordóñez, *El Ejercicio del Amparo Constitucional en el Estado Social de Derecho*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 2001, p. 4.

ámbito de la actividad estatal y la dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía en la esencia misma del Estado Absoluto.

No cabe duda que aunque la elasticidad del concepto “Estado de Derecho” nos puede llevar a afirmar que el Estado Constitucional es una versión particular del Estado de derecho, no cabe duda que este último ha representado históricamente uno de los elementos básicos de las concepciones liberales básicas.

Es necesario manifestar que en su origen la fórmula “Estado de Derecho” fue acuñada para expresar el Estado de la razón acorde con la idea del despotismo ilustrado inclusive el Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final todos los Estados, como entes dotados de un orden jurídico habrían debido llamarse genéricamente de derecho.

El Estado de Derecho en el sentido conforme al Estado liberal se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo que se concreta fundamentalmente: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación de la ley, y sólo a la ley de los derechos de los ciudadanos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley respecto de los casos sometidos a su conocimiento.

El Estado liberal o derecho era entonces un estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. La ley era el acto normativo supremo e irresistible que en principio no le es oponible ningún derecho más fuerte en donde ni la invocación de un derecho anterior (el derecho natural) le era oponible.

El derecho se reducía a la ley y a la exclusión de cualquier otra fuente de derecho. La soberanía de la ley se apoyaba en la doctrina de la soberanía de la nación, representada en la asamblea o parlamento.

En este sentido el principio de legalidad y el estado de derecho como su expresión no era más que la culminación de la tradición absolutista del Estado y de las concepciones de derecho natural.

Quizá los argumentos que pueden resumir el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de derechos y de justicia pueda resumirse en lo que Ferrajoli⁴, ha denominado en tránsito de la democracia plebiscitaria a la democracia constitucional.

Así, el debate se ha concentrado entonces en dos concepciones de la democracia. Una a la que Ferrajoli dice, ha sido compartida por la derecha, y que la ha denominado democracia plebiscitaria; y, otra compartida por un sector de la izquierda denominada democracia constitucional.

Según la primera concepción (democracia de la derecha o democracia plebiscitaria), ella consistiría esencialmente en la omnipotencia de la mayoría o bien de soberanía popular fundada en una idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso o poder, rechazando de esta forma el límites de las actuaciones de los poderes públicos, negando la división de poderes, negando de esta forma una visión constitucional. En conclusión la ideología es una “ideología de la mayoría”.

Esta visión de la democracia como omnipotencia de la mayoría es sin embargo abiertamente inconstitucional ya que la propia Constitución que legitima el orden del poder parlamentario y de las propias mayorías que hablan en post de una democracia

⁴ Luigi Ferrajoli, “La Democracia constitucional” en *Desde Otra Mirada*, Christian Courtis (compilador), Buenos Aires, Eudeba, pp. 255.

parlamentaria o plebiscitaria negarían como fuente de poder a esa misma norma suprema, como una fuente de límites y vínculos de los poderes públicos. Esta concepción de la democracia, con una clara ausencia de límites no solo jurídicos sino políticos, ha desembocado en una realidad de dos absolutismos convergentes: el de los poderes políticos de la mayoría y el de los poderes económicos del mercado.

Por su parte, la democracia que el mismo Ferrajoli ha denominado constitucional, se caracteriza precisamente por un conjunto de límites impuestos por la norma suprema a todo poder, de garantías de los derechos, de equilibrio de poderes y de técnicas de control. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y del mercado también valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de los discrecional condicionado correlativamente por la esfera de lo que está limitado y definido en el texto constitucional por lo que algunos autores han definido “el coto vedado” que ninguna mayoría puede violar y que las autoridades están obligadas a satisfacer.

Dada la posibilidad de poder reducir la concepción misma del Estado de Derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente política, no es de extrañar que inclusive el los regímenes totalitarios de entreguerras se generase una discusión acerca de la posibilidad de poder denominar a estos órdenes jurídico como Estados de Derecho.

Un fuerte sector de la doctrina tenía un fuerte interés de presentarse bajo un aspecto de fachada legal enlazando así con la tradición decimonónica. Así, un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenido producía un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era. Este calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar en cualquier situación en que se excluyese en línea de principio la eventual arbitrariedad pública, pues al final todos los estados por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico habrían de llamarse de derecho.

Las ideas que caracterizaban al Estado liberal estaban dadas por un parlamento omnímodo y representativo en donde se concretara: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley y sólo a la ley; c) presencia de jueces independientes. De tal modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos supeditados a su expresión legal y un sometimiento de la administración al mundo jurídico.

Con estas formulaciones la tradicional concepción de la organización estatal, apoyada sobre el principio de autoridad del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley.

El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba así mismo a través del principio de legalidad. Este principio de legalidad expresada en una idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible no es oponible a ningún derecho.

La primacía de la ley indicaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión de todas las otras fuentes del derecho.

En este sentido, en la soberanía legislativa estaba ínsita la fuerza normativa absoluta pero también el deber de asumir por entero el peso de todas las exigencias de regulación. Así entonces, máximo poder pero máxima responsabilidad.

El Estado legislativo y el principio de legalidad no era más que la culminación de la tradición absolutista del Estado y de las concepciones del derecho natural. El principio de legalidad se expresaba de manera distinta según se tratase de la posición

que los ciudadanos asumían frente al mandato legislativo o de la posición que la Administración asumía frente a dicho mandato.

La sumisión de los poderes públicos se afirmaba con carácter general en donde la ley era la que fijaba a cuentagotas las potestades públicas. Toda la capacidad de actuar del ejecutivo dependía de leyes de autorización que le otorgaba al legislativo; en tanto que el límite de los particulares y el principio de autonomía de la voluntad era la regla en tanto no se traspasase el límite de la ley.

La generalidad de la ley era, en fin, garantía de imparcialidad del Estado respecto de los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. Más aún, en el plano de la organización jurídica el principio de legalidad traducía en términos generales la hegemonía burguesa.

Tal como lo define Gustavo Zagrebelsky, la concepción propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley era el positivismo jurídico como la ciencia de la legislación positiva. El mundo del derecho se reducía a lo dispuesto y contenido en la ley, cuya interpretación era la simple exégesis del derecho.

Frente a este modelo de estado surge entonces el Estado constitucional afectando la posición de la ley. En este modelo no es más la Ley, la expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente.

Como suceden con muchas expresiones en el lenguaje jurídico y político, constitución, estado constitucional y neoconstitucionalismo, representan una multiplicidad de sentidos, unas veces más valorativos y otros más descriptivos, sin embargo, existen unos rasgos generales compartidos que permiten hablar de algo diferente. “El neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera

que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos...en un marco democrático y relativamente igualitario...se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional...La segunda tradición, en cambio, concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado...que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible, el pueblo; pero, como quiera que ese pueblo actúa a través de sus representantes, a la postre será el legislativo quien termine encarnando la voluntad rousseauiana...Por esta y por otras razones que no es del caso comentar pero entre las que se encuentra la propia disolución de la soberanía del pueblo en la soberanía del Estado, tanto en Francia como en el resto de Europa lo largo del siglo XIX y parte del XX, la Constitución tropezó con dificultades prácticamente insalvables para asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, singularmente frente al legislador y frente al gobierno...El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones o de estos dos modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional...”.⁵

Cabe advertir que la constitucionalización del derecho –estado constitucional- es un proceso y no una cualidad de todo o nada, y por es dable haber de diferentes grados o etapas, que se inician en lo que Lowenstein llamó las Constitucionales nominales o semánticas, a las Constituciones meramente formales y finalmente alcanzar a unas Constituciones fuertemente materiales. “...lo decisivo no es la mera existencia de una Constitución, sino sus cualidades materiales o sustanciales, es decir, la tipología de sus normas, que hace de ella un texto casi omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho, pues, como ya se ha dicho, al ofrecer un denso contenido material compuesto de calores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., es difícil concebir un

⁵ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 109.

problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional y, lo que es mas preocupante, en ocasiones distintas orientaciones...”⁶

Las Constituciones surgen como alternativa válida, intentando poner remedio a los efectos limitados de una ley todo poderosa. El objetivo por tanto, es condicionar la producción del derecho y la unidad del ordenamiento jurídico a un derecho superior o derecho más alto.

Surge así la oportunidad descifrar dicha unidad en un conjunto de valores y principios superiores sobre los que existe un consenso social mas amplio. La ley cede paso entonces a la Constitución.

La superación del Estado de derecho legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal...han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocida en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorada mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad.⁷”

1.2. De la supremacía constitucional dentro del paradigma constitucional.

“Con la consolidación de las instituciones inglesas de carácter constitucional y el triunfote las revoluciones norteamericana y francesa, en el siglo XVIII, el sistema jurídico que se ha impuesto, hasta llegar a ser universalmente aceptado, es el sistema jurídico constitucional. En la actualidad, hablar de Estado de Derecho es hablar de Estado Constitucional...Una de las premisas fundamentales en la que se sustenta el sistema jurídico constitucional es la supremacía de la Constitución cuya graficación

⁶ *Ibíd*em, p. 119.

⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, p. 109.

fue realizada por el afamado jurista vienés Hans Kelsen, a través de la figura de una pirámide invertida”.⁸

El principio de supremacía constitucional entre otros hace parte de lo que hoy conocemos como neoconstitucionalismo⁹. Se trata entonces de textos constitucionales que no se limitan a establecer competencias o a decirnos que es lo que los órganos públicos pueden y deben hacer, se trata mas bien, de normas con alto grado de aplicación y vigencia dado su fuerte contenido material que condicionan la actuación del estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Como es bien conocido la idea de Constitución es mucho más antigua que su propio concepto. Éste último no surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII.

La Constitución producto de la Revolución francesa y de la independencia de las colonias americanas gozará de unas características formales y materiales. Desde el punto de vista formal se trata de una norma fundamental, escrita, rígida, una norma superior situada por encima del derecho ordinario. Desde el punto de vista material será una norma que habrá de tener un determinado contenido: la garantía de los derechos y la división de los poderes.

La limitación material del poder, esto es, los derechos fundamentales aparecen así desde el nacimiento del mismo Estado constitucional como el núcleo mismo del concepto de Constitución. Así, la distinción entre poder constituyente y poder

⁸ Iván Castro Patiño, *Inconstitucionalidad por Omisión*, Guayaquil, 2006. p. 15.

⁹ Miguel Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)*, en edición de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 9. Indica que conviene tener presente que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en el plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, se refiere a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en los que se ha llamado el paradigma del Estado Constitucional; y por otro lado, se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que dan cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos.

constituido, la representación política, las limitaciones temporal y funcional del poder son notas características del Estado constitucional.

Las diferentes razones por las que sólo en los Estados Unidos de América y no en Europa este concepto de Constitución tuvo eficacia desde su primer momento, obedece a una verdadera concepción de unos derechos autónomos indisponibles y lo que resulta hoy común es que la Constitución es norma jurídica suprema, directamente aplicable, que garantiza una auténtica limitación del poder en cuanto el mismo deriva del pueblo sobre una condición de ciudadanos libres e iguales.

La Constitución escrita tal como lo afirma Pérez Royo, es un producto típico de la Ilustración pues con ella se pretende extender a la organización política de la sociedad la misma forma de proceder que se había empezado a utilizar en el estado de naturaleza. La Constitución racional normativa, -así denominada por García Pelayo-, y tratado por el mismo profesor Pérez Royo, es el resultado de la combinación de un elemento formal y otro material. Formalmente, tiene que ser un producto de la sociedad, creado pro ella y no una norma impuesta al pueblo sin su consentimiento; en tanto que, materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de manera si se quiere permanente. Así, cuando uno de estos elementos está ausente no nos encontramos verdaderamente frente a un texto constitucional sino ante algo distinto.

Lowenstein ha calificado a las Constituciones en “normativas”, “nominales” y, “semánticas” en función según sea el caso del no abuso, o del mayor o menor abuso del término Constitución.

Dentro de las Constituciones normativas, es decir aquellas fuertemente materializadas en derechos, que gozan de una verdadera aplicación directa e inmediata, así como del resto de Constituciones destaca el principio de supremacía constitucional.

En palabras de Rubén Martínez Dalmau,¹⁰ “la Constitución del Estado constitucional de derechos y justicia no es desde luego cualquier constitución. Debe tratarse de un texto amplio, contundente a la hora de hacer efectivas las decisiones del poder constituyente y capaz de colocar a la constitución en el centro de la vida pública y, en buena medida, en la privada del país. Pero es obvio que esa misma fuerza requiere de un mayor empeño para conseguir su materialización”. Tal como afirma el mismo autor, las constituciones ambiguas y vagas generalmente pueden aplicarse con facilidad; sin embargo, las que diseñan, innovan y pretenden ser inmanentes a la cotidianeidad en una sociedad democrática requieren de un esfuerzo suplementario para ser aplicadas.

Así entonces, las constituciones normativas del Estado constitucional, no se encuentra únicamente en su capacidad material de transformación y por lo tanto en su contenido, sino también en los elementos que garantizan su cumplimiento.

“El constitucionalismo revolucionario no podría haber cumplido sus primeros objetivos sin el carácter plenamente vinculante de sus disposiciones. Solo de esa manera, legitimado políticamente a través del poder constituyente y concretado jurídicamente por medio de la norma –la diferencia rousseauiana pacto y contrato– podía este nuevo movimiento trasladar la soberanía del rey al pueblo. La Constitución de Ecuador de 2008 incorpora un buen número de disposiciones que coinciden con el objetivo de reivindicar esta “fuerza” constitucional como referencia principal que es en estos momentos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”.¹¹

¹⁰ Rubén Martínez Dalmau, “Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional”, en *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 279.

¹¹ *Ibíd.*, p.280.

En este sentido claro está que la consecución del Estado constitucional no se consigue sin más con la sola incorporación formal del término, pero ésta, en su caso, será norma constitucional y de desarrollo jurisprudencial respecto a los alcances de su contenido, incorporando un aporte importante en la teoría constitucional contemporánea.

Que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico no es una afirmación gratuita; porque no siempre ha sido así aunque esta afirmación hoy resulte por demás obvia dado los intentos del positivismo en reducir el concepto mismo de constitución.

La supremacía constitucional se justifica en la necesidad de preservar los derechos fundamentales, el conocido “coto vedado” del que habla Garzón Valdéz, así como también asegurar la formación democrática de las decisiones.¹²

La Constitución ecuatoriana en su artículo 424 de manera textual afirma: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberían mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica...”, esto en relación con el contenido de la norma del artículo 425 y 426 del mismo texto constitucional. Esto sin duda deja puesto de manifiesto la voluntad del constituyente por consagrar un carácter fuerte de aplicación directa y suprema de su creación (la Constitución).

Aun cuando podría pensarse en una excepción respecto del principio de aplicación suprema, directa e inmediata del texto constitucional cuando el artículo 424 indica que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en

¹² Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003, p. 139.

la Constitución, prevalecerían sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público; es absolutamente claro que el problema no es un problema de jerarquía sino de aplicación preferente en tutela de los derechos constitucionales.

1.3. Del control de constitucionalidad.

A pesar de no ser una opinión pacífica, la existencia de una Constitución como la norma suprema dentro de un Estado, reclama como corolario la presencia de una garantía jurisdiccional. La justicia constitucional, en ejercicio del control de constitucionalidad, se muestra como una exigencia ineludible o, como lo indica Prieto Sanchís, como un elemento cualificador de la Constitución misma, si se quiere ya no como norma suprema sino sencillamente como norma, "...ya se ha dicho que el sistema puede carecer de cualquier forma de fiscalización sobre la normativa inferior, de manera que si, por ejemplo, la Constitución estableciese que la ley deberá hacerse de cierta manera o que no podrá contener determinado contenido, las leyes que vulnerasen tales condiciones serían, sin embargo, válidas, obligatorias y aplicables en la medida en que no se hubiese arbitrado ninguna institución o mecanismo para sanar el vicio; o incluso si, habiéndose arbitrado formalmente, fuera costumbre hacer caso omiso de sus exigencias. Los juristas que se encargan de describir cómo funciona efectivamente un sistema jurídico suelen decir que entonces opera una especie de –cláusula alternativa tácita-, hallazgo kelseniano cuyo efecto taumatúrgico consiste en considera permitido lo que estaba prohibido, o que la ley resultante es válida en el sentido de obligatoria e inválida en el sentido de perteneciente. Pero los no juristas y creo que todos, comprendemos mejor el problema diciendo que en ese caso la Constitución carece de fuerza normativa; es simplemente un documento político. Por otra parte, aun existiendo alguna forma de control o revisión de las leyes inconstitucionales, bien puede ocurrir que ésta no sea judicial, sino política. De manera que, efectivamente, la justificación de un control

judicial de constitucionalidad no debe apelar a la lógica, sino a condiciones prácticas”.¹³

Tal como lo expone el profesor Nestor Pedro Sagués, de poco vale el principio de supremacía constitucional, si no existe un aparato guardián de esa supremacía; es decir, una magistratura constitucional que opere como órgano de control mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la Constitución cuando la misma es infringida por normas, actos u omisiones respecto de los poderes constituidos.

El control de constitucionalidad tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es que la Constitución de un país es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de valor inferior, entendiéndose por tales a las leyes dictadas por el parlamento, los decretos y demás resoluciones dados por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas y las sentencias y demás resoluciones de los jueces.

Un sistema completo de control de constitucionalidad requiere algunos componentes:

- 1) Una Constitución rígida, ya que si ella es totalmente flexible y puede ser reformada por leyes ordinarias, no hay protección de la Constitución ante la ley institucional.
- 2) Un órgano de control independiente del órgano controlado, pues difícilmente es posible un autocontrol. (ej. el parlamento respecto de la constitucionalidad de las leyes que el mismo dicta).

¹³ Luis Prieto Sanchís, op. cit. 156.

- 3) Facultades decisorias del órgano de control, puesto que la razón estricta en que si sus pronunciamientos sólo concluyen en recomendaciones o exhortos que carecen de vigor y efectividad.
- 4) Derecho de los perjudicados a impulsar el control, por cuanto de poco serviría un sistema de revisión de constitucionalidad si el agraviado no puede exigir pronunciamiento del órgano de control.
- 5) Sometimiento de todo el mundo jurídico al control, ya que si ciertas áreas del quehacer estatal o de los particulares están exentas del examen de constitucionalidad, esto quiere decir que la supremacía constitucional no impera realmente.

El control de constitucionalidad puede ser clasificado en diferentes aspectos y son adoptados dependiendo del ordenamiento jurídico y de la decisión adoptada por cada estado sin que ello implique que pueda existir una combinación respecto de los diferentes tipos.

a) Por el órgano encargado de ejercer el control: Jurídico y Político.

El control jurídico puede ser a su vez:

- Difuso.
- Concentrado.
- Mixto.

b) Por la oportunidad del control:

- Preventivo.
- Represivo.

c) Por los efectos que produce:

- Inter partes.

-Erga omnes.

d) Por el inicio de la acción:

-A petición de parte.

-De oficio.

e) Por los sujetos autorizados a impulsar el control.

-Restringido.

-Amplio-solo interés legítimo.

-Amplísimo-cualquier persona.

-Automático.

f) Por el radio de acción.

-Completos.

-Incompletos.

“La observancia inexcusable de la Ley Fundamental, su aplicación concreta y diaria es decir su efectividad jurídica, es la utopía propuesta por el Derecho Constitucional y para realizarla se creyó conveniente rodear a la Constitución de una protección jurídica especial. Por esta y otras razones, la doctrina constitucional concibió una forma específica de control diferente a los demás controles organizados con miras a limitar el poder estatal, el de los gobernantes; la misma teoría de la separación de poderes debía –según Montesquieu- hacer que un poder controle a otro poder. Este control que protegería la Ley Fundamental de posibles violaciones se denominó control de constitucionalidad o, en el lenguaje norteamericano, judicial review. Dicho control, que se inició con el constitucionalismo clásico, fue reivindicado por los jueces –modelo difuso- y será reestructurado en el siglo XX, gracias a Kelsen que impulsará un modelo concentrado bajo la denominación de

justicia constitucional...”.¹⁴ La mayoría de los países proclaman en su Constitución de modo explícito, o admiten tácitamente mediante su derecho constitucional, algún régimen de control de la constitucionalidad. Así un sistema será más completo en tanto en cuanto cumpla con todas estas condiciones, o incompleto si solamente satisface alguna de ellas.

A decir de José García Falconí existen en doctrina 3 sistemas de control constitucional:

- a) El Difuso.- En este sistema el control constitucional está encargado a la Función Judicial, o sea que los jueces y magistrados al momento de dictar una sentencia en el caso que juzgan no aplican una ley que se considera es inconstitucional, caso típico de los Estados Unidos.
- b) Concentrado.- Creado por Kelsen en la Constitución de Austria, en el cual el Control Constitucional está a cargo de un Tribunal Especializado.
- c) Mixto.- Que es el caso del Ecuador, en cuyo caso el control constitucional está a cargo de la función judicial, esto es por los jueces y magistrados, así lo señala el Art. 273, 274 de la Constitución Política, de tal modo que cualquier juez tiene la facultad y la obligación de no aplicar una ley que el considera inconstitucional, pero solo en el caso que está conociendo...¹⁵.

La Constitución ecuatoriana confiere a distintos órganos la responsabilidad de velar por la supremacía de la Constitución y por la eficacia de los preceptos constitucionales. A cada uno de estos órganos le reconoce atribuciones susceptibles de aplicarse en circunstancias precisas, diferentes en cada caso, y con distinto alcance y efectos.

¹⁴ Hernán Salgado Pesántes, en *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, 1999, p. 12.

¹⁵ José García Falcón, *Manual de Práctica Procesal Civil*, Referente a la Legislación Ecuatoriana, Tomo Primero, Primera Edición, Quito – Ecuador, 2003, p. 24.

Esbozaremos algunos mecanismos de control de la constitucionalidad en nuestro país.

1) De conformidad con nuestra Constitución toda autoridad pública se convierte en un órgano primario de control de la constitucionalidad de sus propias decisiones; así, de conformidad con el artículo 11, numeral 3 y el artículo 426 de la Constitución del Ecuador establecen que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

En tal virtud, toda autoridad pública del orden que fuere, estará obligada por la primacía de los derechos y principios constitucionales a tomar las decisiones que le corresponden dentro del ejercicio normal de sus atribuciones.

2) La Constitución ecuatoriana luego de consignar la especial obligación de todo juez de aplicar las disposiciones constitucionales aunque no exista petición expresa, nos coloca frente a esa especial atribución en la actuación de los jueces y tribunales de "de inobservar" de oficio o a petición de parte una norma contraria a la Constitución aplicando correlativamente el texto constitucional de forma directa e inmediata, al tiempo que les permite elevar el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva la inconstitucionalidad de una norma que es contraria a la constitución en el caso en el que se juzga la misma, suspendiendo la tramitación de la causa. Esta forma de control de la constitucionalidad algunos la consideran como un mecanismo de control difuso de la constitucionalidad, o la llaman también excepción de inconstitucionalidad; sin embargo hay que tener presente que en sentido estrictamente procesal, no constituye necesariamente una excepción, porque

el juez está obligado a poner en práctica este mecanismo, aunque no haya invocación expresa de parte.

3) Tenemos además la acción directa de inconstitucionalidad, que implica el hecho de que se pueda recurrir de manera directa al órgano respectivo de control (Tribunal Constitucional), pidiéndole que examine si un determinado acto de poder está o no enmarcado dentro de la Constitución.

El artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, en su numeral segundo determina que será de competencia de la Corte Constitucional:

Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

Y el numeral cuarto nos dice:

Conocer y resolver a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

Se contempla así las dos posibilidades de acción directa, el primero respecto de los actos de carácter general, y el segundo, de los actos de carácter particular.

4) Existen además otros mecanismos de protección especial para ciertos derechos con jerarquía constitucional, como son:

-La Acción de Protección.- Acción que permite que un particular, frente a actos u omisiones de autoridad pública, y de los particulares en determinados

supuestos, acudir a los respectivos órganos jurisdiccionales y obtener se proceda a declarar se ha violado un derecho reconocido en la constitución y que a su vez se pueda proceder con la reparación del daño cuando.

El artículo 88 de la Constitución de la República indica:

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

-La Acción de Hábeas Corpus.- Contemplado en el artículo 89 de la Constitución Política, es una acción que tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

-La Acción de Hábeas Data.- Esta acción se encuentra garantizada en el artículo 92 de la Constitución, cuya finalidad es el derecho que toda persona por sus propios derechos o como representante legitimado tiene a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas en soporte material o electrónico, a fin de exigir que si la información es errónea, sea corregida o rectificadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.

-La Acción de Acceso a la Información Pública.- Constituye una acción que ha llegado a constitucionalizarse luego de una regulación solamente legal, y tiene por objeto garantizar el acceso a ella, cuando la información ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Procede cuando se sustente inclusive, que la información tenga el carácter de reservada o confidencia ya que ella solamente podrá ser declarada como tal, con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

-La Acción Extraordinaria de Protección.- En el entendido de que el control de constitucionalidad tiene que ser integral y no fragmentario, esta acción contenida en el artículo 94 de la Constitución procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.

-Finalmente, la Constitución ha creado una institución como es la Defensoría del Pueblo para, entre otras actividades, garantizar la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador, se encuentran protegiendo.

“Otra de las grandes cuestiones del control abstracto de constitucionalidad se refiere a los órganos encargados de realizarlo. Existen distintos modos de regular esta cuestión. Por un lado y de acuerdo con la original formulación kelseniana, puede existir un control concentrado de constitucionalidad, en el que un único órgano es el encargado de realizar esta labor: el Tribunal o la Corte Constitucional; en principio, este modelo es adecuado, en la medida exista plena uniformidad en los criterios que sirven de base para realizar el control de constitucionalidad. El modelo contrario es el difuso, en el que todos los órganos judiciales se encargan de controlar la constitucionalidad del sistema jurídico; bajo este sistema, todos los jueces,

independientemente de su especialidad, son también jueces constitucionales, por lo que uno de sus deberes más importantes consiste en garantizar la compatibilidad de las normas jurídicas que sirven de base a sus decisiones, con los textos constitucionales; aunque puede existir un órgano de cierre en asuntos constitucionales, la responsabilidad recae sobre todos y cada uno de los jueces. Por su parte existen sistemas mixtos e intermedios, en los que subsisten ambos modelos y/o en los que el control se divide en dos o más órganos, como ocurre en los modelos semi-concentrados de constitucionalidad.

Los países andinos han resultado de modos distintos esta cuestión. La mayor parte de ellos han optado por sistemas intermedios, en los que existe un control semi-concentrado de constitucionalidad, cuya responsabilidad recae en el órgano supremo de control constitucional y la jurisdicción de lo contencioso administrativo...”¹⁶. Aún cuando parece cuestionable esta última parte, en el sentido de que catalogar, a un sistema de semi concentrado, por cuanto el control es compartido tanto por un órgano especializado de la justicia constitucional como lo es una Corte o Tribunal y atribuir además que este control constitucional lo ejercer también la jurisdicción contencioso administrativo, la idea de la autora está orientada al sistema colombiano en donde la Corte Constitucional realiza el control sobre todas las normas que tiene rango constitucional y legal; mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo efectúa sobre las normas con rango infra-legal.

En nuestro sistema, tal como se verá mas adelante existe una clara diferenciación del control de constitucionalidad atribuido a la Corte Constitucional así como el control de legalidad atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa.

¹⁶ Claudia Escobar García, “Del Tribunal a la Corte, ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?, en La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 315.

Volviendo con nuestro tema, clásicamente desde la teoría constitucional el control jurídico de constitucionalidad nos vienen básicamente dos variaciones de control: uno de origen norteamericano de carácter difuso, y otro de estirpe europeo continental o concentrado.

En relación al primero, podemos decir que la contribución del continente americano a la defensa constitucional surgió, a partir de la verdadera garantía jurisdiccional de la Constitución, en contraste con el continente europeo, en donde se ensayó primeramente una defensa política del texto fundamental; lo anotado a decir de Javier Pérez Royo, obedece a que el constitucionalismo norteamericano no tiene que liberarse, de entrada, de las ataduras de una forma política anterior, como ocurría con el antiguo régimen en Europa, por lo tanto, manifiesta la ventaja del constitucionalismo de los primeros, al no tener que superar los obstáculos de la organización política correspondiente a un modo de producción feudal, que tuvo inmenso peso en el origen del sistema europeo, destacando que en el caso americano, el problema político constitucional clave no se circunscribe a la protección abstracta de la sociedad frente al poder estatal, sino en la protección de la minoría frente al de la mayoría.

Ahora bien, se considera el origen del control judicial de constitucionalidad al “*judicial review*” estadounidense o control difuso, que apareció en 1803 con ocasión del juicio Marbury vs Madison, en donde el Juez Marshall afirmó la supremacía de la Constitución y estableció la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, amparándose en el argumento de que: “hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla a cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución

es la ley suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes...”.

La supremacía de la carta fundamental norteamericana, se encuentra plasmada en su artículo VI.2 que establece: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos constituirán la ley suprema de la nación...”, lo que sin embargo, no resuelve de manera definitiva el conocimiento del órgano que realice el control constitucional, debido a que no existe una norma en la Constitución que establezca taxativamente el tema del control de constitucionalidad, a decir de Julio César Trujillo, la asociación de los artículos VI.2 y el III de la Constitución estadounidense, defienden la legitimidad del control de constitucionalidad por parte de los jueces. Por lo tanto, podemos colegir que, el sistema norteamericano da origen al denominado control difuso, sistema que encuentra en las personas de los jueces, los llamados a decidir que una ley es inconstitucional, operando dicho control en los procesos contenciosos sometidos a su conocimiento, lo que se conoce como control concreto.

Por su parte el sistema europeo de control, data de las primeras décadas del siglo XX, cuando en Austria en 1920, y Alemania en 1929 se crearon, bajo los postulados de Hans Kelsen, los tribunales constitucionales, mismos que, desaparecieron lamentablemente con motivo de la segunda gran guerra. Las ideas legadas de la Revolución Francesa, que radicaban la soberanía en la nación, soberanía que, tenía su expresión en el Parlamento hacedor de la ley, contribuyeron a la preeminencia de éste sobre la Función Judicial, así Gustavo Zagrebelsky, citando a Otto Mayer y su concepción del derecho administrativo, observa al Estado de Derecho como la supremacía de la ley sobre la administración, ley que es producto de la deliberación del Parlamento, otorgando a los jueces la competencia exclusiva de aplicar la ley a las controversias que surjan entre los ciudadanos, develándonos así, a un “juez boca de la ley”, sin posibilidad de revisar lo hecho por el órgano legislativo.

Posteriormente en 1945, con el fin de la segunda guerra mundial, existió una suerte de re materialización de los textos constitucionales, y con ello la importancia de los órganos de control, que precautelen como tarea fundamental la coherencia tanto formal, como material de las normas infra constitucionales con la Constitución, es ahí donde cobran fuerza los tribunales constitucionales de inspiración del maestro Kelsen, el cual veía en la conformación de éstos, por fuera de las funciones clásicas del Estado la posibilidad real de realizar un control concentrado que garantice la supremacía de la Constitución. Ahora bien, para proceder con el control se facultaba a los miembros de los tribunales a poder contrastar el texto de una ley impugnada de inconstitucional con en el texto constitucional, y establecer así, la conformidad o inconformidad de aquella con la Constitución, dando origen al control abstracto de constitucionalidad. En el Ecuador por vez primera se contempla el control de constitucionalidad con ocasión de la Carta de 1851, encargando ésta tarea al Consejo de Estado, presentándose igual situación en las cartas políticas de 1869, 1897, y 1929; apareciendo el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1945, de vida corta puesto que desapareció con la Carta de 1946, que encarga ésta tarea a la Corte Suprema de Justicia; por su parte los códigos políticos de 1967 y 1978 mantienen el esquema de Sala Especializada de la Corte Suprema, en esta última, aparece una suerte de control difuso puesto que se autoriza la inaplicación de una ley tenida por inconstitucional en los casos específicos que conoce como tribunal de justicia. En 1983 reaparece el Tribunal de Garantías Constitucionales, vale manifestar que en esos momentos el órgano de control constitucional tenía facultad para suspender los efectos de una norma reputada inconstitucional, siendo potestad del legislativo el declarar su constitucionalidad o no en última instancia; en 1997 se crea el Tribunal Constitucional, con plenas facultades para ejercer las tareas de control constitucional, hasta que finalmente y con la nueva Constitución, contamos con una Corte Constitucional como órgano máximo de control e interpretación del texto constitucional, así como, de los tratados internacionales de derechos humanos.

Podemos distinguir cuatro formas de control constitucional: el difuso, el concreto, el concentrado y el abstracto. Si respondemos al criterio de que persona u órgano lo ejerce, lo podemos clasificar en difuso y concentrado, siendo difuso si lo ejecutan los jueces, en atención al artículo 428 de nuestra Constitución, o concentrado si es llevado a cabo por un tribunal o corte constitucional, en atención al artículo 429 del texto fundamental. Por otro lado, tenemos al control concreto y al abstracto de constitucionalidad, que en el primer caso aparece, si es hecho con motivo del conocimiento de un caso singular, por ejemplo, cuando se interpone una acción de protección contemplada en el artículo 88; pudiendo hablarse por lo tanto, de control abstracto con ocasión de la comparación de una ley presuntamente inconstitucional con la Constitución, situación para la que nuestro orden jurídico establece la acción pública de inconstitucionalidad observada en el artículo 436 número 2.

Entre las formas de control arriba anotadas existen ciertas combinaciones que se conocen en la doctrina como sistemas mixtos, esto es, que combinan el control concentrado con el difuso, lo que implica la existencia por un lado del órgano especializado, llámese Corte, Tribunal Constitucional o Sala Especializada de la Corte de Justicia, que efectúa el control de constitucionalidad abstracto de las normas; y por otro lado la presencia de jueces ordinarios, que ejecutan un control concreto de las normas de acuerdo al caso que están resolviendo, así tenemos como a nuestro país se lo enmarca en los sistemas mixtos, concretamente en el “control judicial difuso con control concentrado especializado y extrajudicial”.

Sin embargo, para algunos abogados el diseño adoptado por el artículo 428 de la Constitución, que reemplaza al artículo 274 del Código Político de 1998, implica supuestamente la eliminación del control difuso, puesto que, el juez en estos momentos ya no inaplica directamente, si no, que más bien suspende el trámite de la causa y somete en consulta la norma o normas que considera inconstitucionales, para

que la Corte Constitucional absuelva con efectos *erga omnes* en un plazo que no supere los 45 días. El diseño de reciente creación a mi criterio aporta a la certeza jurídica, ya que, en adelante los jueces mantendrán la uniformidad en la aplicación de la normatividad; sin embargo, en un caso de aplicación extrema volvería al derecho estático frente al carácter dinámico que dimana de la característica a aplicación directa e inmediata de la que gozan los textos constitucionales hoy en día.

Varios son los teóricos y tratadistas del derecho, especialmente el distinguido profesor Hernán Salgado coinciden en clasificar la historia del control constitucional ecuatoriano en tres etapas constitucionales. La primera que comprende de 1830 hasta la constitución liberal de 1906; la segunda etapa que se inicia con la constitución de 1929; una tercera etapa que inicia con la Constitución de 1998; y nosotros añadiríamos una cuarta etapa que inicia con la nueva Constitución del 2008.

La primera etapa que comprende desde la Constitución de 1830 hasta la liberal de 1906, esta marcada por aquella época en donde nuestras cartas constitucionales recogen, adaptan y desarrollan el denominado constitucionalismo clásico heredado claro está de un paradigma clásico del estado y del derecho que nació con la revolución Francesa 1789 y con la independencia de las 13 colonias inglesas. En esta etapa del constitucionalismo, principios como la consagración de los derechos individuales; la separación de poderes; la soberanía popular; el gobierno representativo basado en el sufragio, el sistema republicano y presidencial dentro de un estado unitario y centralizado encuentran su pilar fundamental en principios como el de legalidad y el de constitucionalidad. Doce constituciones figuran en esta primera etapa culminando en 1906 con la formación del Estado liberal.

La segunda esta esa marcado por el denominado constitucionalismo social de post guerra, y se inicia con la Constitución de 1929, donde por primera vez se reconocen los derechos sociales y económicos –tradicionalmente denominados derechos de segunda generación¹⁷-. En esta etapa del constitucionalismo el logro es haber agregado una nueva dimensión al denominado constitucionalismo clásico que proclamó si, el estado de derecho pero que, al mismo tiempo, prefirió una actitud pasiva o abstencionista del estado. Esta nueva dimensión o comprensión del estado esta dado por la necesidad de que el Estado intervenga activamente, tanto para satisfacer las demandas cada vez mayores de servicios públicos como para hacer posibles los derechos económicos, sociales y culturales, comenzando sin lugar a dudas por el derecho al trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, etc. Sin contar con la Constitución no promulgada de 1939, se cuentan en este período cinco constituciones. La tercera etapa viene marcada por la constitución de 1998, que sin duda no se trata propiamente de un nuevo texto constitucional dado que la Asamblea Nacional denominada Constituyente en esa época lo único que hizo fue reformar la Constitución ya existente a la época que se caracteriza por una consagración amplia de derechos y la implementación de algunas garantías de notable importancia como el amparo constitucional.

Como una breve referencia nada mas, es necesario mencionar que en el Ecuador, a raíz de la Carta política de 1945, hace su aparición el Tribunal de Garantías Constitucionales significando este el primer intento o ensayo del modelo kelseniano de control concentrado en América Latina, sin embargo los antecedente mas se remontan a la Carta Constitucional de 1851 en donde se encargó al Consejo de Estado velar por la observancia velar por la observancia de la Constitución y que

¹⁷ Esta denominación de derechos de primera, segunda y tercera generación es una denominación casi en desuso y se la utiliza únicamente como una referencia histórica respecto del grado y momento de aparición y reconocimiento de dichos derechos, puesto que, en la actualidad, todos son considerados derechos fundamentales sin que existan derechos de primera, segunda o tercera categoría respecto de su reconocimiento.

junto a la Constitución garciana de 1869 inauguró el control preventivo de constitucionalidad de las leyes.

Finalmente debe quedar claro que el control de constitucionalidad además de garantizar que se cumpla con el texto constitucional vigente, hace realidad que la Constitución tiene fuerza normativa superior que le convierte en Ley suprema dentro de un Estado; en términos del Doctor Hernán Salgado, se concreta el principio de jerarquía y gradación de las normas, en donde el nivel normativo superior está dado por la Constitución que, en última instancia confiere validez y unidad al sistema jurídico del Estado.

1.3.1. Del control concentrado de constitucionalidad.

Tal como quedó expuesto líneas atrás, el control concentrado de constitucionalidad proclamado por el jurista vienés Hans Kelsen, es un modelo abstracto de constitucionalidad llamado también austríaco por haberse implantado en la Constitución de tal país en 1920, propone un régimen concentrado de revisión de constitucionalidad, es decir, centralizado en un tribunal que opera como extra poder y parte de los siguientes supuestos:

- a) No hay un control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no está habilitado para fallar con efectos generales (*erga omnes*);
- b) Esto importa un enorme poder político-institucional, que no puede confiarse a la función judicial clásica, sino a un cuerpo intermedio, situado a mitad de camino entre la vieja función judicial y el parlamento;

c) El control constitucional exige un cuerpo especializado.

Este modelo denominado, modelo austríaco o modelo europeo continental que se caracteriza por atribuir a un órgano especializado fuera de la órbita del poder judicial con facultad de decidir todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes es el clásico modelo ideado por Hans Kelsen.

A diferencia del modelo americano o modelo difuso de control de constitucionalidad, estas cuestiones no pueden ser resueltas por los jueces ordinarios y deben plantearse directamente ante el Tribunal o Corte Constitucional que funciona como un órgano especializado en la materia.

Así, los fallos dictados por el Tribunal o la Corte Constitucional tienen efectos generales o erga omnes desembocando en la derogación de la ley respectiva desde el momento en el que se publica la decisión de inconstitucionalidad en el registro oficial¹⁸.

1.3.2. Del control difuso de constitucionalidad.

En este tipo o modelo de control tiene su origen en los principios del constitucionalismo norteamericano en el cual, se le reconoce a la Constitución el carácter de Norma Suprema y se le da a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la ley y por encima de ésta la Constitución. Como se dejó puesto de manifiesto en este estudio el sistema de revisión de la Constitución, *Judicial Review*, inaugurado por el juez Marshall quien aplicó el

¹⁸ En el modelo concebido por el jurista Hans Kelsen, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad son para el futuro; es decir, en principio no tendría efectos retroactivos, sin embargo, hoy en día, la mayoría de los tribunales constitucionales pueden regular los efectos temporales de la sentencia.

método difuso en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803 en USA, todos los jueces y todos los tribunales deben decidir sobre los casos concretos que les son sometidos “de conformidad con la Constitución, desistiendo de la ley inconstitucional”. Lo que constituye “la verdadera esencia del deber judicial”. Sin embargo, en este sistema de control de la constitucionalidad, este papel le corresponde a todos los tribunales y no a uno en particular, y no debe considerarse sólo como un poder, sino como un deber que les está impuesto para decidir sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, inaplicándolas cuando sean contrarias a sus normas. Teniendo en cuenta los antecedentes, podría evaluarse que el método denominado común o difuso faculta a todos los jueces de un país determinado a declarar la inconstitucionalidad de las leyes; pues, si la Constitución es la ley suprema del país y si se reconoce el principio de Supremacía Constitucional, la Constitución se impone a cualquier otra ley que le sea discordante. Lo anterior conduce al aspecto central de la racionalidad del método de control de constitucionalidad, el cual es que el poder para declarar la inconstitucionalidad de la legislación es atribuido a todos los jueces de un país determinado, y no sólo a una Corte o Tribunal en particular. Pero en su origen, la particularidad del sistema norteamericano estuvo en que dicho poder en todos los tribunales no estaba expresamente previsto en la Constitución. En el mismo sentido se desarrolló el sistema en Argentina, como creación pretoriana de la Suprema Corte de la Nación. Sin embargo, en contraste con los sistemas norteamericano y argentino los demás países latinoamericanos, el poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de todos los jueces se ha establecido expresamente de forma general, como una norma de derecho positivo.

Cuadro comparativo, acerca de las características del control de constitucionalidad difuso y control de constitucionalidad concentrado.

CONTROL DIFUSO

- Concreto.
- Todos los jueces.
- Vía Excepción. (Incidental.)
- Efectos inter partes.

CONTROL COCENTRADO

- Abstracto.
- Órgano Especializado.
- Vía Acción.
- Efectos erga omnes.

A criterio de muchos constitucionalistas ecuatorianos, el control mixto sigue estando presente en nuestro texto constitucional y es que afirman, la posibilidad de que las juezas y jueces de oficio o a petición de parte pueden elevar en consulta a la Corte Constitucional cuando consideren, en el caso en que se juzga, existe una norma jurídica contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, comporta un control difuso y también un control concentrado en sus diferentes momentos; consideran en consecuencia el control mixto sigue estando presente. Otros en cambio, hablan de un control concentrado exclusivamente, fundados en el argumento de que el nuevo texto constitucional eliminó en estricto sentido un control difuso dejando en manos de la Corte Constitucional el poder resolver con el carácter de general la inconstitucionalidad de una norma para el caso concreto en que se juzga. Finalmente, a nuestro criterio, lo que existe en la actualidad es un control semi concentrado por cuanto aun cuando existe un elemento de jurisdicción contrata si se quiere, (la posibilidad de la consulta que la realizan las juezas y jueces en el caso en que se juzga), solo a partir de la presentación de la consulta o la cuestión de constitucionalidad, tal como se ha definido en otros países como España, se entre en un verdadero proceso de control de constitucionalidad abstracto, y se lo tramita tal como una acción de inconstitucionalidad.

Una vez presentada, la cuestión la actividad de la Corte se centra en la defensa objetiva de la Constitución más que el interés de las partes¹⁹. Así, el control difuso en estricto sentido no existe más allá de la posibilidad misma de la consulta.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional lo ha denominado control concreto (arts. 141 y 142) cuando dice:

Art. 141.- El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

Art. 142.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidores y servidoras de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos mas favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

¹⁹ Asunción García Martínez, *El control de constitucionalidad de las leyes*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 208, indica “También se ha querido resaltar la idoneidad de la cuestión de inconstitucionalidad como mecanismo de garantía de los derechos subjetivos de las parte del proceso ordinario. Sin negar que tales derechos se verán evidentemente afectado pro la sentencia que emita el Tribunal Constitucional en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad lo cierto es que, una vez presentada la cuestión por el juez ordinario, la actividad del Tribunal Constitucional se centra en la defensa objetiva de la Constitución y del ordenamiento constitucional y no en la protección de los derechos particulares específicos...lo cierto es que no son infrecuentes los autos que el Tribunal Constitucional inadmite cuestiones planteadas, reprochando al órgano jurisdiccional ordinario el no haber realizado una labor interpretativa de la ley que le hubiere llevado a resolver el proceso sin necesidad de interponer la cuestión . Por la misma razón el Tribunal Constitucional exige el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión la denuncia de una duda efectiva sobre la constitucionalidad de la norma legal y no una simple consulta sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión; en este sentido, la Sentenciadle Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras, argumenta la inadmisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad en la que el órgano judicial ordinario consultase al Tribunal Constitucional no ya sobre ka constitucionalidad de un precepto legal sino sobre cual debería ser, de entre las varias posibles, su interpretación más acomodada a la Constitución”.

Si transcurrido el plazo la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

1.3.3. Límites del ejercicio del control de constitucionalidad²⁰.

1.3.3.1. Posición Conservadora.

Tradicionalmente, las cortes constitucionales han sido concebidas como instituciones poco activas, reverentes al principio mayoritario expresado en el parlamento y paradójicamente a pesar de tener un evidente peso dentro del sistema democrático, han sido escasamente garantes de los derechos salvo casos destacados, es por ello que esta posición conservadora, obedece a un período histórico de un modelo de estado, el estado liberal, en donde las normas constitucionales más allá de ser supremas, eran documentos políticos o pactos programáticos carentes de fuerza normativa, poco aplicados e invocados y blanco de cualquier ambición política de las mayorías parlamentarias del momento que hacían y deshacían según su conveniencia lo que quisieren con los mandatos constitucionales ya que se trataban más bien, de simples enunciados líricos, acuerdos políticos programáticos, flexibles, adaptables a cualquier antojo de las mayorías parlamentarias del momento.

Esta posición simboliza aquella escasa actividad constitucional que concebía a los principios y derechos constitucionales como verdaderas amenazas dentro de un sistema “coherente”, “total” y “absoluto” que representaba el positivismo jurídico,

²⁰ Todo lo concerniente a este punto, hace parte de un artículo inédito de mi autoría cuyo título es “*El control de constitucionalidad como garantía frente al legislativo: una visión crítica y necesaria que se funda en la argumentación*”, y fue enviado al Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para su publicación.

frente a un sistema abierto, incompleto y controvertible no susceptible de valoración so pena de incurrir en una usurpación de funciones, que representa la corriente constitucional. Por esta razón, el intérprete de la Constitución en el estado legislativo es el legislador omnímodo, contrario al criterio constitucional en donde el máximo intérprete debe ser un tribunal o corte constitucional y digo máximo pues no es el único.²¹

Por estas circunstancias particulares, esta posición conservadora propugna fundamentalmente que el ejercicio de la justicia constitucional restrinja su tarea solamente a la vigilancia del correcto funcionamiento del procedimiento de deliberación democrática en la esfera legislativa, lo cual no solo que es una actitud pasiva e insostenible en los actuales momentos sino además porque es indolente y perversa en el ánimo de garantizar los derechos fundamentales y derechos humanos de todo un grupo social que reclama respeto y dignidad.

A pesar de que todavía existen fuertes rezagos del ejercicio de control que esta concepción representa, dado que en América Latina especialmente, mantenemos una incongruencia entre la adopción formal de ciertos modelos jurídicos propios de los países centrales que representan un progreso y avanzada en el tema del ejercicio de los derechos con relación a la existencia de prácticas jurídicas que le son contrarias o incompatibles²², no escapará que un control formal de los límites parlamentarios es plenamente rebatible puesto que aún cuando el ejercicio de control este referido única y exclusivamente al procedimiento de deliberación democrática, ella terminará en no pocos casos resolviendo primariamente sobre derechos fundamentales. Pensemos en que por ejemplo, es necesario declarar inconstitucional una ley porque en su trámite se ha vulnerado el derecho a la igualdad de participación de los interesados, o a la libertad de expresión, de opinión o consulta. Es indudable que en

²¹ Véase Agustín Grijalva, "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional" en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (eds), Quito, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 272.

²² Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez (eds), op. cit., p. 37.

estos casos, aún cuando se pretenda mantener inalterable una posición conservadora, -insostenible por cierto, por tratarse de un control del procedimiento parlamentario únicamente-, la jueza o el juez constitucional se enfrenta a un problema de derechos fundamentales y no solamente de principios de deliberación democrática dentro del proceso, con lo cual se hace necesaria una visión material del asunto que supere una invocación formalista y procedimental del control.²³

A efectos de dejar claro los fundamentos de esta teoría Bernal Pulido indica “La Corte Constitucional debe velar por el mantenimiento de las condiciones que hacen posible, tanto en el Parlamento como en la opinión pública, una política deliberativa en condiciones de libertad, en la que los poderes sociales no hagan primar sus intereses particulares sobre el interés de la generalidad. La función de la Corte no es enjuiciar los resultados de estos procedimientos de deliberación y comunicación. Acaso sea cierto que la especial formación profesional de los jueces constitucionales dote a sus juicios de una racionalidad mas alta que aquélla que cabe esperar de los procedimientos legislativos...El control de constitucionalidad no debe suplantar el debate político...”²⁴.

Autores como J. H. Ely y Habermas propugnan esta teoría, inclusive indica este último, que el control sobre las leyes debe ser ejercido por una propia institución perteneciente al mismo parlamento, lo cual nos parece por demás ingenuo ya que el ejercitar un control de sus propias decisiones mas allá de representar un buen espacio de legitimidad no garantiza un verdadero control y sería mas bien como ser juez y parte de sus propias decisiones.

²³ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 36.

²⁴ *Ibíd*em, pp. 37-38.

1.3.3.2. Posición Progresista.

Esta posición representa una posición mas a tono con los nuevos ideales de la justicia constitucional; sin embargo, y a pesar de que las principales críticas a esta posición se fundan en una arbitrariedad o discrecionalidad peligrosa en base de la cual las juezas y jueces toman sus decisiones y justifican las mismas fundadas en el criterio de la fuerza normativa de los textos constitucionales como norma suprema, fuertemente materializada reflejando como contrapartida, un debilitamiento del Parlamento y de la ley misma como la máxima expresión de la soberanía popular; esta posición progresista de delimitación o control material del contenido de la ley contrario a la posición conservadora, aunque necesaria, no puede permanecer estática.

El control material ejercido por parte de la justicia constitucional se ha visto fuertemente robustecida con argumentos válidos que responden a algunas interrogantes y es que: ¿cómo dirigir las cortes constitucionales o tribunales constitucionales su atención únicamente al control de los procedimientos democráticos, ya que generalmente los participantes en las deliberaciones democráticas como el parlamento actúan movidos por intereses privados?²⁵ ¿No es claro acaso que dentro del parlamento la lógica que prima es una lógica de mayorías y minorías, en tanto que la lógica que prima en los tribunales o cortes constitucionales es una lógica de los derechos? En principio diríamos que sí, pues evidentemente la lógica de las cortes constitucionales es una lógica de derechos, ¿pero que sucede si esas cortes o tribunales constitucionales en lugar de ser órganos especializados de defensa de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución son órganos de representación eminentemente políticos?²⁶

²⁵ *Ibíd.*, p. 40.

²⁶ El argumento de sostener que las cortes constitucionales o tribunales constitucionales son órganos eminentemente políticos es un argumento usado por quienes deslegitiman la necesidad de un órgano supremo de control constitucional, atacándolo frecuentemente de su composición es política y en consecuencia sus decisiones también.

El problema de un fuerte control material parece estar ubicado mas bien en la discrecionalidad que representa este tipo de control y en el debilitamiento de la actividad legislativa en perjuicio de de la necesaria libertad democrática que representa el parlamento como órgano depositario de la voluntad popular.

Ahora bien, ¿Cómo evitar una discrecionalidad judicial que no caiga en la arbitrariedad y socave el principio democrático? ¿No será que ese activismo constitucional puede desembocar en arbitrariedad? El mismo Carlos Bernal Pulido afirma que la disonante arbitrariedad que se imputa a este ejercicio del control, el material, se evitaría con una correcta aplicación de los métodos de interpretación de la Constitución y de esta forma entonces, si el juez emplea correctamente los métodos de interpretación²⁷, siempre se mantendrá en el lugar que le corresponde; no obstante, este problema deviene en otra interrogante y es que, ¿cuándo se considera que el juez emplea correctamente los métodos de interpretación de la Constitución? Esta controversia a lo largo de la historia, se remonta a la controversia entre los argumentos de los denominados “originalistas” y “no originalistas”.

Los originalistas afirman que el asunto de interpretación de la Constitución no obedece a un problema mayor, pues basta con adentrarse en el texto de la Constitución y sin ir mas allá de lo que la misma Constitución establece, se debe desentrañar el sentido que originalmente le otorgó o le fue dado por el constituyente²⁸ sin contaminarla con valores o criterios subjetivos por parte de quienes las aplican. Por su parte, los no originalistas, son consientes que la interpretación literal, de la cual acusan a los originalistas, es un suerte de anquilosamiento y anclaje al pasado y que simplemente no permite la solución de los

²⁷ Los métodos de interpretación no son normas jurídicas sobre interpretación, ni indican como hay que interpretar en cada caso. Son tan sólo la expresión de modos de argumentar que se han decantado doctrinal y jurisprudencialmente. Véase Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 194.

²⁸ Roberto Gargarella, op. cit., p. 60

conflictos en base a otros criterios necesarios para la solución de de los casos difíciles, tales como los valores, los principios, la jurisprudencia, etc, etc.

Ronald Dworkin, uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona parte de una crítica al positivismo y a los jueces mecanicistas cuando de resolver los casos difíciles se trata y construye su teoría general del derecho, no solo en un sistema de normas, de y para un paradigma positivista, sino que incluye también, un razonamiento moral y filosófico²⁹ necesario para la solución de conflictos en donde los principios constitucionales entran en acción. Este autor reconoce o parte mas bien de un talante cognoscitivo del cual gozan las juezas y los jueces, una especie de juezas y jueces Hércules, que en todo momento y en todo caso deben encontrar un solución concreta, única y correcta al caso puesto a su conocimiento, lo cual no implica minar el debate parlamentario sino todo lo contrario, posibilita una verdadera democracia en donde el control sea realmente efectivo.³⁰

Las críticas a este modelo tampoco se han hecho esperar y hay quienes critican un excesivo cognoscitismo de las juezas y jueces, pues sostienen que ello solo es posible siempre que estos cuente con algunos ideales como: información ilimitada, tiempo ilimitado³¹, formación suficiente, etc. Quienes son contrarios a esta posición indican además, que una solución material del control de constitucionalidad implica un fuerte debilitamiento del espacio parlamentario anegando los principios clásicos del estado democrático, como la división de poderes, llegando a manifestar inclusive, su inconformidad con esta corriente dada una posible fuente directa de legislación, lo cual rebasa ese papel de meros legisladores negativos con el cual fueron originariamente concebidos estos tribunales.

²⁹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 5ta edición, 2002, p. 61.

³⁰ Bernal Pulido op. cit., p. 41.

³¹ *Ibíd*em, p. 41.

Aun cuando esta visión de control de constitucionalidad es mas integral, activa y progresista acorde a la importancia que tienen hoy en día los textos constitucionales dentro del sistema de fuentes del derecho, introduciendo criterios como el de las sentencias de constitucionalidad condicionada, interpretativas, manipulativas, sustitutivas, integradoras, o la posibilidad efectiva de crear sub reglas de aplicación a un caso en concreto que se construye a raíz de un conflicto de principios constitucionales, así como la consagración importantes mecanismos de garantías de los derechos y nuevos conceptos que forman parte de la nueva visión constitucional respecto de la tarea del control de constitucionalidad; este ejercicio de control, -el material-, no es suficiente por si mismo, pues solo se complementa y se justifica con una carga argumentativa; es decir, razones válidas y suficientes, que constituye el tercer estado de nuestra clasificación del control que será descrito enseguida.

1.3.3.3. Posición innovadora.

La posición a la que hemos denominado innovadora, es un posición desde la argumentación jurídica, y es que aunque muchos digan ¿Qué de innovador tiene la argumentación en el derecho y mas concretamente en el constitucional?, la realidad constitucional nos demuestra, -concretamente en el caso ecuatoriano-, que a pesar de tener una Constitución que podríamos denominarla importante en el ámbito de los derechos, como fue la Constitución Política de 1998, y la reciente Constitución de la Republica de 2008 como una constitución garantista, progresista; paradójicamente, la tarea constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad ha sido muy precario y limitado en lo que tiene que ver con la argumentación en el derecho. Conceptos como el de legislador omnímodo; así como del principio mayoritario depositado en manos del legislador democráticamente elegido; el carácter de “legisladores negativos” asumido por mucho tiempo por parte de las cortes constitucionales; la ley como acto normativo supremo e irresistible, contribuyeron

para que la jurisprudencia y práctica constitucional en este sentido sea inexistente o cuando menos deficiente.

La comprensión de la práctica constitucional en el Ecuador no deber ser entendida exclusivamente en términos normativos, sino que debe tener en cuenta todos los elementos y factores que inciden en el funcionamiento del Derecho. Desde esta perspectiva, las falencias en el control constitucional en el país no deben ser atribuidas únicamente a la regulación que sobre la materia establece la Constitución Política. Por esta misma razón, el cambio constitucional no constituye una condición suficiente para implementar una justicia constitucional acorde con los estándares del Estado constitucional de Derecho; en este sentido, ni la Constitución Política ni ninguna otra Constitución Política por sí solas pueden generar una justicia constitucional adecuada.³²

Parece existir un consenso en que la justificación de una decisión que entraña una valoración normativa exige el desarrollo de un razonamiento válido y suficiente que legitime tal decisión. Así, la Teoría de la Argumentación Jurídica se ha ocupado del contexto de justificación; es decir, del conjunto de enunciados del discurso judicial por medio del cual se aportan las razones.³³

A pesar de que la argumentación jurídica no es un ejercicio exclusivo de la justicia constitucional, sino más bien, de todos los jueces, y es más, de todos quienes de una u otra forma toman decisiones en la medida en la que adquieren un rango, responsabilidad o autoridad; en el nuevo paradigma de estado constitucional; el tema de la argumentación jurídica es un elemento del que no puede prescindir una decisión que se estime justa.

³² Claudia Escobar García, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ramiro Ávila (ed), Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 352.

³³ <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/4-7.pdf>

Advierto que no se trata de despreciar las posiciones anteriormente descritas acerca de los límites del control constitucional (conservadora y progresista), se trata de una suerte de superación formal y material de estas dos visiones acerca de cómo ejercer el control y acceder a una posición que construya desde otra mirada los derechos y principios constitucionales.

Si la posición conservadora peca de ser meramente formal, cercada a un control procedimental, lo cual fue superado por la posición progresista, -activista de unos derechos aplicables con una fuerza normativa directa-, ¿como se justifica un incremento de este activismo judicial en defensa de los derechos? La respuesta es la argumentación de sus decisiones en las cuales se funda el principio de constitucionalidad.

La teoría de la argumentación jurídica, “es un discurso sobre el discurso de los juristas”³⁴ que buscan una racionalidad deseada en las sentencias o decisiones judiciales a través de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica y la argumentación³⁵. De acuerdo con Bernal Pulido cuando cita a Atienza, una decisión jurídica es racional cuando respeta las reglas de la lógica deductiva así como los principios de la racionalidad práctica como son: la consistencia, la eficacia, la coherencia, y se respeta además, las fuentes de derecho de carácter vinculante y no se adoptan decisiones en base a criterios no previstos en el ordenamiento jurídico.³⁶

La diferencia entonces, de los juicios de verdad que sostienen los científicos, con los juicios de valor sostenidos por los juristas y las juristas a través de sus fallos, es que los primeros, son aceptados sólo si se los prueba o demuestra su verdad cuando están sujetos a determinada comprobación científica; en tanto que, los

³⁴ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 53.

³⁵ Bernal Pulido, op. cit., 50.

³⁶ *Ibíd.*, p. 50.

segundos, para que sean aceptadas, debe ser razonables, justificadas y conseguir de esta manera su adhesión³⁷. Como lo indica Prieto Sanchís en un de sus citas: “solo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador...”³⁸.

Es claro que no se puede pretender despojar de sus concepciones ideológicas o morales a los jueces, pues el derecho, al ser una ciencia social, no puede abstraerse de la realidad social en la que se desenvuelve y que pone en juego valores, principios y hasta concepciones ideológicas; sin embargo, esto no quiere decir, que sus decisiones sean completamente subjetivas o arbitrarias, mas por el contrario, a mayor discrecionalidad judicial y distanciamiento de la norma, mayor es la exigencia de la argumentación.

Sin duda el derecho esta interesado en el contexto de la justificación de las decisiones para demostrar efectivamente que las razones invocadas por los jueces son correctas y válidas³⁹ a diferencia de lo que sucede con el legislador en donde sus decisiones son arto insuficientes, “justificadas” en muchos de los casos por el marco de deliberación que caracteriza al parlamento. Las decisiones judiciales tienen que optar por una argumentación importante e indispensable que las legitime y las justifique suficientemente.

Como se verá, no es que esta aproximación del control de constitucionalidad, -me refiero a la posición innovadora y necesaria de la argumentación-, sea un gran descubrimiento, pero si hará posible, que cuestiones aparentemente obvias como la argumentación en el derecho, sean olvidadas o relegadas con frecuencia en perjuicio del desarrollo del derecho mismo, al tiempo que permitan superar: primero, aquellas

³⁷ Manuel Calvo, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Editorial Tecnos S.A., 1994, p. 222.

³⁸ Luis Prieto Sanchís, op. cit., p. 92.

³⁹ Josep Aguiló Regla, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica” en *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Germán Burgos Silva (ed), Colombia, Publicaciones ILSA, 2003, p. 66.

posiciones meramente legalistas, formalistas, propias de un silogismo jurídico que obedecen a un modelo de estado que estuvo bien para un determinado momento; y segundo, aquellas posiciones que siendo indispensables y de suma importancia como es la posición progresista de consideración y aplicación de los derechos, nos permita ubicarnos en un complemento forzoso como es la argumentación, capaz de ir mas allá de aquella “jurisprudencia astronómica”⁴⁰ para consagrar de una vez por todas un verdadero estado constitucional de derechos y de justicia.

Solo en la argumentación encontraremos ese justificativo o complemento a ese déficit en la fuente de legitimidad democrática de la cual ha sido atacada fuertemente las cortes constitucionales y tribunales constitucionales a lo largo de la historia como usurpadores del principio mayoritario. Es de esperar que los momentos históricos que atraviesa nuestro país y varios mas en América Latina, -con textos constitucionales importantes en unos casos y con una importante jurisprudencia y trabajo constitucional en otros-, se conviertan en los escenarios que fortalezcan y cultiven un justicia constitucional verdadera, necesaria, independiente que garanticen unos derechos indisponibles, límites y vínculos de los poderes públicos sin que queden en letra muerta los principios y valores de los cuales se compone los textos Constitución, haciendo gala los ordenamientos jurídicos de paradojas intolerables como el de tener brillantes o extraordinarios textos constitucionales dignos de imitación acompañados de modelos y practicas retrógradas respecto de los papeles que deben jugar hoy en día las cortes constitucionales.

1.4. Breve referencia acerca del control de legalidad

⁴⁰ Josep Aguiló, op, cit., p. 67, se refiere a la jurisprudencia gastronómica como aquella ridiculización teórica que poden de manifiesto que una determinada decisión jurídica podría llegar a estar motivada por la buena o mala digestión del juez.

El profesor Hernán Salgado, advirtió ya, bajo la vigencia del texto constitucional de 1998, en donde se otorgaba facultad al Tribunal Constitucional para conocer las demandas de inconstitucionalidad en contra de actos administrativos con efecto individuales que, es una atribución conflictiva, en cuanto dicho control no se inscribía en la naturaleza del control de constitucionalidad propiamente, sino que correspondía mas bien al ámbito de lo contencioso administrativo.

Aun cuando esta facultad se encuentra excluida ya del texto constitucional como una potestad que, reiteramos no existe ya en cabeza de la Corte Constitucional, el problema no está acabado y mas bien existe una serie de conflictos en donde se puede constatar a diario el evidente choque y yuxtaposición de competencias en torno a lo que se ha denominado el control de legalidad y el control de constitucionalidad.

Alberto Arce, citado por Juan Carlos Benalcazar indicó en su momento: “la jurisdicción constitucional, en cuanto control de actos administrativos, es una jurisdicción contencioso-administrativa especial, que se distingue de la general por el solo hecho de que lo que controla no es la mera legalidad de aquellos, sino propiamente su constitucionalidad, de modo que, encerrando toda ilegalidad una inconstitucionalidad mediata, el confín entre ambas jurisdicciones radica en la diferencia entre la constitucionalidad directa, enjuiciable por la jurisdicción constitucional, y la inconstitucionalita indirecta, verificable por la jurisdicción contencioso administrativa”.⁴¹

Como vemos entonces la acción de inconstitucionalidad del acto administrativo tal como lo preveía la anterior constitución, es asimilable más bien a un contencioso administrativo de anulación, objetivo o por exceso de poder, con la

⁴¹ Juan Carlos Benalcazar Guerrón, “La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos”, en *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Quito, 2005, p. 78.

particularidad especial diferente de la legalidad ordinaria sobre la cual se ejerce su control habitual.

Nuestra realidad nos ha demostrado que el separar en compartimiento estancos este tipo de controles no es del todo provechoso en el sentido de que los problemas de constitucionalidad deben ser conocidos por el Tribunal o Corte Constitucional y los de legalidad por la jurisdicción ordinaria.

No pretendemos manifestar que las altas cortes constitucionales o tribunales constitucionales tengan que conocer problemas inherente a asuntos estrictamente legales, sino ampliar más bien la posibilidad para que los jueces contenciosos administrativos pueda conocer asuntos de legalidad en el marco de la constitucionalidad dadas las múltiples complejidades y realidades de los problemas humanos ya que un mismo acto puede tener vicios de legalidad y de inconstitucionalidad mediata. Al fracturar el conocimiento del marco constitucional y limitar el control a la apreciación de un solo asunto, el de legalidad, cuando el problema puede vulnerar la constitución de forma mediata e imponer a los administrados en una suerte de peregrinaje jurisdiccional inconveniente.

Reiteramos para que no quede duda al respecto, no es que las Cortes o Tribunales constitucionales deban conocer asuntos de legalidad sino más bien habilitar para que los vicios de inconstitucionalidad mediata de los actos administrativos, que se presentan como problemas de mera legalidad, deban ser conocidos y juzgados por la jurisdicción contenciosa administrativa según el procedimiento de la ley correspondiente. “En ello no existe ningún problema de principio, ni objeción técnica alguna. La jurisdicción contenciosa administrativa tiene capacidad para apreciar la juridicidad de la actuación de la Administración Pública, y por ende de la inconstitucionalidad de sus actos administrativos, junto a los demás vicios de los que pueda padecer. De constatar la transgresión, lo anularía y expulsaría del mundo jurídico mediante sentencia. Permitir esta apreciación de carácter integral

y no parcial, significa contar con sentencias congruentes y coherentes que corrijan el problema en su totalidad, para beneficio de los administrados y del orden jurídico”.⁴²

“En la práctica forense ecuatoriana, los procesos constitucionales, en especial el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de acto administrativo, merece especial atención al momento de determinar la materia del proceso contencioso administrativo. En la práctica forense ecuatoriana, los procesos constitucionales han llegado han llegado a concebirse e interpretarse erróneamente como una suerte de contenciosos administrativos especiales por la indebida comprensión del ámbito material y de la legislación aplicable a cada institución. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en la doctrina no se equiparan la vía constitucional de amparo e inconstitucionalidad de acto administrativo con los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción y anulación, sino que se ha dado la práctica viciosa de confundir las instituciones, fruto de una inadecuada comprensión de cada institución procesal”.⁴³

Los procesos contenciosos administrativo son procesos través del cual se conocen asuntos de legalidad, y así se indica expresamente en el literal a) del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

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

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

“La diferencia entre un asunto de legalidad y asuntos de constitucionalidad puede resultar muy simple de definir: resulta de la apreciación jurídica de la fuente

⁴² *Ibíd*em, p. 79.

⁴³ Juan Carlos Benalcazar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, 2007, p. 98.

de Derecho que directa e inmediatamente es aplicable al caso y que debe regularlo, además de la jerarquía normativa que tiene el precepto dentro del ordenamiento jurídico. En los procesos contencioso administrativos se juzga el asunto principalmente según las disposiciones de normas infra-constitucionales –legales o reglamentarias- que fueren aplicables al caso, mientras que en los procesos constitucionales la pauta principal de juzgamiento son las normas constitucionales. Sin embargo este criterio de distinción merece precisiones. Al hablar de asuntos de legalidad y de asuntos de constitucionalidad, se alude a la aplicación de un determinado tipo de normas encajadas en un específico lugar dentro del orden jerárquico-normativo, se implica, mucho más aun, a todo un régimen jurídico. Además, el concepto de asuntos de legalidad no significa que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo dejen de apreciar el asunto sometido a su conocimiento según las disposiciones de la Constitución...Lo propio de asunto de legalidad es el que, como dijimos, por la norma jurídica que directa e inmediatamente está llamada a regular el asunto de que se trate, lo que no obsta que dicho asunto pueda ser apreciado también según disposiciones de la Constitución, pues el ordenamiento jurídico es un todo”.

CAPÍTULO II

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS ACTOS NORMATIVOS

Previo al análisis mismo de lo que implican los actos administrativo y los actos normativos, es necesario introducir un breve comentario que lo que implica la administración pública, sus potestades administrativas.

La palabra Administración proviene del latín *ad* y *ministrare*, que significa servir, o según otros, por la contracción de *ad manus trahere*, que da la idea de un manejo o gestión; sin embargo la mayor dificultad en la determinación del concepto jurídico de la administración pública proviene de la circunstancia de que toda la actividad del Estado se realiza por medio de órganos administrativos, legislativos y judiciales, y que cada uno de estos órganos tiene a su cargo funciones de distinta naturaleza. Desde este punto de vista se considera a la administración, como la actividad de los órganos del Estado que realicen función administrativa.

En el Glosario del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, define a la Administración Pública como:

La organización, con personalidad jurídica, que desarrolla su actividad para satisfacer el interés general

La Administración Pública según el Dr. Hernán Jaramillo Ordóñez es “...una actividad científica, técnica y jurídica, y uno de los medios de que se vale el Estado para lograr obtener que los servicios públicos sean atendidos de la mejor manera, con el mayor grado de eficiencia, eficacia y calidad. Se define a la administración pública

como el proceso de planear, organizar y dirigir, controlar y evaluar algo para servir correctamente y alcanzar los objetivos programados.⁴⁴

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández indican que administración pública se entenderá a efectos como Administración Pública:

- a) La Administración del Estado en sus diversos grados;
- b) Las Entidades que integran la Administración Local, y
- c) Las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna entidad local.⁴⁵

En tanto que, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su Art. 4 dice

Para los efectos de esta Ley, se entenderá:

1. Por Administración Pública:

- a) La administración del Estado en sus diversos grados;
- b) Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional; y,
- c) Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales.

Para Manuel María Díez se puede estudiar a la administración desde un punto de vista material, vale decir objetivo, desde el que se la entiende como una actividad o una de las actividades del Estado; y desde un punto de vista orgánico, es decir subjetivo, desde el que la administración pública es un conjunto de órganos.

⁴⁴ Hernán Jaramillo Ordóñez, *El Ejercicio del Amparo Constitucional en el Estado Social de Derecho*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, 2001, p. 25.

⁴⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas, Madrid. Octava Edición, 1997, p. 36.

Si consideramos el aspecto objetivo, la administración pública sería la actividad administrativa realizada por los órganos del Estado; y si predomina el aspecto subjetivo, la administración como sujeto está integrada por el conjunto de órganos que realizan una actividad que se estima como administrativa.

Ahora bien, la administración pública para organizar, dirigir y ejecutar las tareas a su cargo, goza de ciertas prerrogativas que se derivan del propio poder del Estado Social de Derecho como es la potestad jurisdiccional, la ejecutiva, la reglamentaria y la sancionadora. Todas y cada una de estas potestades inherentes a la propia administración son inalienables, intransferibles, imprescriptibles e irrenunciables, potestades por medio de las cuales la administración despliega y ejerce sus distintas actividades.

Como hemos mencionado anteriormente, la actividad administrativa se desarrolla subordinada al ordenamiento jurídico en el sentido que la actividad administrativa encuentra un límite insuperable en la constitución y la ley.

En primer lugar la actividad administrativa encontrará su límite en la Constitución, pues no podríamos concebir una actividad administrativa capaz de desconocer los derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución. La actividad administrativa encontrará además un límite en la ley en sentido formal, pues como hemos dicho, toda actividad administrativa es sub-legal; y por último, la actividad administrativa encontrará limitaciones dentro de la propia administración, y así un acto administrativo que es concreto y particular, no podrá violar un reglamento, o un acto de la propia administración con el carácter de general.

La doctrina moderna del derecho administrativo entiende que la discrecionalidad, es cierta libertad de apreciación de los hechos, para decidir u orientar su actuación.

Así, si el ejercicio de la actividad administrativa, necesariamente debe encontrar su apoyo en la Constitución y las leyes. **La discrecionalidad, no es la ausencia de derecho, ni la arbitrariedad, es una atribución o alternativa que ofrece el derecho al gobernante para valorar las circunstancias sociales, políticas o económicas en el momento de su decisión.**

La facultad discrecional de la administración se convierte en la condición indispensable de toda buena y eficiente administración; sin embargo su limitación se constituye también en elemento indispensable para evitar un Estado y un gobierno arbitrario respecto de sus administrados.

No hay una actividad absolutamente reglada ni absolutamente discrecional. En la actividad reglada se determina una conducta a seguir, y en la actividad discrecional la ley otorga libertad de apreciación razonada, para que el órgano administrador decida oportuna, conveniente y legalmente, hechos concretos que no atenten al ordenamiento jurídico.

La actuación y participación de la administración en la vida de relación se traduce en actos, bien en hechos o a través de los denominados contratos administrativos. Para nuestro estudio nos referiremos en primer lugar a los actos administrativos y luego estableceremos las diferencias en relación con los actos normativos.

2.1. Concepto de acto administrativo.

La historia del acto administrativo es la misma del derecho administrativo. Cualquier estudio científico sobre la materia debe partir, indiscutiblemente, de la Revolución Francesa, así la investigación histórica se inclina por reconocer que la

expresión "ACTO ADMINISTRATIVO" era desconocida antes de la Revolución Francesa, y comienza a manifestarse tácitamente por estar la administración subordinada a la ley.

Manuel María Diez indica: “Desde el punto de vista formal serían actos administrativos todos aquellos que emanaren de un órgano administrativo. Desde un punto de vista material, serían actos administrativos todos aquellos actos que tuvieran un contenido administrativo independientemente de la naturaleza del órgano del que emanaran”.⁴⁶

Por su parte, Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, definen al Acto administrativo como “...la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento, o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.”⁴⁷

Gustavo Penagos, nos dice que acto administrativo es “la manifestación unilateral de la voluntad administrativa a través de cualquier rama del poder público, o de los particulares, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica”.

De lo anotado anteriormente podemos colegir que un acto administrativo es un acto jurídico y uno de los medios de que se vale la administración pública para expresar su voluntad, pues todo acto que emana de un órgano del sector público central, institucional o seccional, produce efectos jurídicos.

Para que un acto tenga validez y eficacia jurídica debe reunir requisitos de fondo y de forma. Todo acto administrativo es una declaración de la voluntad

⁴⁶ Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Tomo II, p. 203.

⁴⁷ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, p. 536.

soberana destinada a producir consecuencias jurídicas generales o individuales, directas o indirectas, definitivas o provisionales, lícitas o ilícitas.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 65, dice que acto administrativo

Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

De la definición que nos proporciona el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva se observa que:

- 1) El acto administrativo es una manifestación unilateral, porque el Estado no necesita el consentimiento de los administrados para expedir sus decisiones.
- 2) De cualquier rama del poder público, pues el derecho administrativo moderno acepta la colaboración armónica de las ramas del poder público para lograr los fines del Estado. Se tiene en cuenta el contenido de la función y no del órgano que la ejerza. Se abandona el antiguo criterio que limitaba la producción de actos administrativos solamente a la rama ejecutiva del poder público, teoría esta inaplicable al Estado moderno que necesita redistribución de sus funciones.
- 3) El acto administrativo tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica, observación esta que no es absoluta, pues como conocemos existen actos como los *actos de simple administración* como por ejemplo una certificación, que no necesariamente crean, modifican o extinguen derechos subjetivos; sin embargo en uno y otro caso para que la decisión produzca efectos se requiere que sea publicada, comunicada o notificada, según los

casos. Es lo que la doctrina ha denominado la *oponibilidad* del acto administrativo.

Hemos de hacer una breve referencia a lo que debemos entender por acto administrativo válido, perfecto, legítimo, ilegítimo, lo que implica la omisión del acto administrativo, la revocatoria y su impugnación.

El Acto Administrativo Válido, es un acto jurídico expresado con voluntad dentro de la esfera de la respectiva competencia, que recae sobre un objeto y fin lícito y que no atenta contra la moral, las buenas costumbres y el orden público, sin vicio alguno que lo invalide. Es aquel que ha nacido de conformidad con el ordenamiento jurídico y que ha cumplido con todos los requisitos que la ley exige para su existencia y validez.

El Acto Administrativo Legítimo se da cuando es emitido por un órgano autoridad competente, cuando ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos tanto de fondo como de forma, cuando ha sido respetuoso de un ordenamiento jurídico previamente establecido, y cuando ha sido suficientemente razonado y motivado. Por regla general se presume que un acto administrativo es legítimo y por excepción es ilegítimo; se desprende esta presunción además del hecho de que todas las autoridades revestidas de poder legal del Estado tienen el inexcusable deber legal y moral de obrar bajo el estricto cumplimiento de los requisitos internos y externos que requieren los actos jurídicos para su validez y perfección.

El Acto Administrativo es Ilegítimo cuando un órgano de la administración representado por una autoridad pública con poderes de decisión dicta un acto administrativo en disconformidad con la voluntad, competencia, el objeto, la causa y el fin lícito, cuando es violatorio del ordenamiento jurídico, o cuando se lo ha expedido sin fundamento o suficiente motivación.

La Omisión del Acto Administrativo es la aptitud de inercia, de abstención, dejadez, y de que me importismo que asume voluntaria o involuntariamente la autoridad pública en ejercicio de sus funciones y que por esta causa el administrado se ve impedido de obtener la expedición de un pronunciamiento expreso y concreto que requiere sobre una situación determinada. Frente a esta omisión e imposibilidad material de que la administración resuelva positiva o negativamente, los diferentes reclamos, solicitudes, pedidos, quejas, recursos, y ante la necesidad de garantizar una seguridad jurídica, la doctrina y algunas legislaciones han establecido la figura del silencio administrativo.

La Revocatoria del Acto Administrativo es un acto jurídico en virtud del cual se deja sin efecto una resolución adoptada por autoridad competente por ser incompatible al ordenamiento jurídico vigente. La revocatoria puede producirse por ser el acto inconstitucional, ilegal, o por razones de conveniencia o interés público. Excepcionalmente es un acto "anormal" frente al principio de estabilidad, irrevocabilidad, y seriedad de que deben gozar los actos administrativos.

Adicionalmente, los diferentes tratadistas y estudiosos del derecho administrativo no han sido uniformes en señalar los elementos que componen los actos administrativos; sin embargo varios de ellos coinciden en algunos puntos importantes, así:

Enrique Sayaués Laso, en su obra, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, distingue como elementos esenciales del acto administrativo: el órgano competente, la voluntad administrativa, el contenido, los motivos, la finalidad, la forma y el procedimiento.

Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández distinguen los elementos subjetivos (administración, órganos, competencia, investidura legítima del

titular del órgano), los elementos objetivos (presupuesto de hecho, objeto, causa, fin) y los formales (procedimiento, forma de la declaración), en tanto que, Manuel María Díez, distingue dos elementos: el uno referente al mérito y el otro relativo a la legitimidad. En cuanto al mérito se puede decir que se refiere tanto a la oportunidad como a la conveniencia, aquí interviene la voluntad directa de la administración sobre las resoluciones que resulten más adecuadas al interés público. La legitimidad hace referencia a la observancia de la ley que vincula la declaración de voluntad de la administración, estableciendo un nexo de causalidad entre el acto y la norma de derecho.

Es conveniente observar que no existe uniformidad de criterios para enumerar los elementos del acto administrativo, pues muchos de los autores difieren en su enumeración, pues lo que es para unos elemento sustancial, para otros es mero requisito para la existencia de otro elemento.

Gustavo Penagos determina que los elementos del Acto Administrativo son los siguientes:

- a) El Órgano Competente.
- b) La Voluntad Administrativa.
- c) Contenido.
- d) La Motivación.
- e) La Forma.
- f) El Fin del Acto⁴⁸.

a) Respecto del Órgano Competente, debemos entender a aquel órgano que tenga la capacidad jurídica para proferir actos administrativos, es decir que dicho acto administrativo debe emanar de un órgano con capacidad jurídica para ejercer una función administrativa, debe actuar dentro de los límites de su competencia, la

⁴⁸ Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo*, Quinta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Tomo I, 1992. p. 373.

misma que se determina en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo. La Competencia en razón del grado se refiere a las posiciones jerárquicas del órgano dentro de la administración y las funciones asignadas a los diferentes órganos, mismas que se encuentran establecidas en la Constitución y las leyes. La competencia en razón de la materia hace relación a la función que legítimamente puede ejercer el órgano conforme a la Constitución y las leyes. La Competencia en razón del territorio, se refiere al ámbito geográfico dentro del cual el órgano ejerce su función administrativa. La competencia en razón del tiempo, hace relación directa a un período dentro del cual el órgano administrativo puede proferir sus decisiones.

b) La Voluntad Administrativa es la forma de cómo se estructura el querer de la administración desde un punto de vista subjetivo u objetivo, muchos autores consideran que la voluntad administrativa es el elemento más importante, pues recae necesariamente sobre un objeto, la cual según Gustavo Penagos, es la causa entendida como el motivo psicológico que induce a proferir el acto.

La Voluntad Administrativa puede ser manifestada de manera expresa o de una manera tácita. De una manera expresa se da cuando la administración da a conocer en forma clara su voluntad en el acto que profiere, y de una manera tácita cuando la voluntad administrativa puede ser expresada en el mismo acto, por ejemplo cuando en una resolución se declara insubsistente el nombramiento de un empleado respecto del cargo que venía desempeñando; sin embargo la administración puede prescindir de dicha declaratoria y nombrar a un nuevo empleado para desempeñar el mismo cargo.

c) El Contenido como elemento del acto administrativo hace referencia a aquello que el acto decide; debe ser preciso, claro, determinado, y debe ajustarse a las normas jurídicas vigentes, pues este elemento resulta ser esencial para la validez del acto administrativo.

Penagos cuando se refiere al contenido del acto administrativo y manifiesta que “El contenido mismo del acto a de ser preciso, pues se trata de una decisión que debe cumplirse, lo que se tornaría en imposible si el objeto es incierto, es decir el contenido mismo del acto deberá ser preciso y claro en cuanto a la persona que se refiere, a las cosas que afecta, el lugar, el tiempo, y modo en el que habrá de cumplir sus efectos”.⁴⁹

d) La Motivación surge como una respuesta necesaria dentro de un Estado de Derecho, pues la administración de ninguna manera podría actuar caprichosamente, sino todo lo contrario, su actuar deberá sujetarse a las diversas circunstancias de hecho y de derecho que correspondan a cada caso en concreto.

En las actividades fundamentalmente regladas, los actos administrativos están casi totalmente determinados de antemano; en cambio en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir. Lo referente a la motivación en los actos administrativos será abordado más adelante.

e) La Forma del acto tiene que ver con la manera de cómo se estructura la voluntad de la administración; sin embargo resulta necesario destacar que la forma guarda una sutil diferencia con las formalidades o procedimientos, pues las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores, en tanto que la forma es el modo de cómo se estructura y exterioriza la voluntad administrativa.

f) El Fin es el buen servicio público partiendo del principio general **de que el interés público prevalece por sobre los intereses particulares**, pues el sentido contrario implicaría una desviación de poder a más de constituirse en un vicio que afecte la validez de la decisión administrativa.

⁴⁹ Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo*, Quinta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Tomo I, 1992, p. 381.

En definitiva, podemos concluir manifestando que si en un acto administrativo se encuentran todos los elementos necesarios para que sean posibles las consecuencias jurídicas correspondientes, puede considerarse que el acto es legítimo en relación con la ley y válido en relación a las consecuencias que deba producir.

2.2. Concepto de acto normativo.

A la luz de los conceptos anteriormente anotados, en los actuales momentos no es discutible ya, que todos los órganos del poder público tienen la facultad de dictar o emitir actos administrativos, aunque la mayoría de los mismos provengan sin duda de la propia función ejecutiva así como de las entidades seccionales y en menor medida, de la función legislativa y jurisdiccional.

Así, existen categorías de actos como el reglamento o la ordenanza que inuevan, regulan y hacen parte del ordenamiento jurídico; otros que versan sobre un asunto particular como una característica propia del ejercicio de la función administrativa y otros que se traducen en un acuerdo de voluntades mediante contratos administrativos.

Tanto los reglamentos como las ordenanzas son sin lugar a dudas auténticas normas jurídicas que si bien no se equiparan a la ley como acto normativo indiscutible, se integran el ordenamiento jurídico y forman parte del sistema de fuentes del mismo. “El carácter general y abstracto de la norma reglamentaria se opone a otros actos de los órganos administrativos que se circunscriben al ámbito de los asuntos concretos, como es el caso de una determinación tributaria o de la imposición de una multa. De esta primera delimitación, se pueden destacar los actos que se refieren a un asunto particular, noción que da una primera aproximación al

concepto de acto administrativo”⁵⁰, no obstante, el carácter de particular se dice de un asunto no se refiere necesariamente al aspecto cuantitativo y al alcance determinado de una disposición; “Así son tan actos administrativos los que imponen una multa a la persona de un ciudadano, como el que ordena que toda la población del país se cense en una fecha determinada. Al hablar de asunto particular se quiere expresar lo singular y determinado del asunto y de las consecuencias jurídicas que se buscan, pero no alude necesariamente al número de destinatarios. Como bien indica García de Enterría y Fernández, la diferencia entre el reglamento y el acto administrativo es de grado...”.⁵¹

2.3. Diferencias entre actos administrativos y actos normativos.

Las diferencias entre los actos administrativos y actos normativos generalmente y aunque existen múltiples características de diferenciación según autores existan, las mismas se pueden condensar en las siguientes:

2.3.1. Los Actos Administrativos y los Actos normativos.

Algunos autores consideran que los actos administrativos constituyen la generalidad y en consecuencia, los actos normativos dicen, no son más que una especie de actos administrativos con contenido general. Así, el doctor Rafael Oyarte cuando se refiere a los decretos ejecutivos como normas válidas dentro del ordenamiento jurídico dice “Respecto a los decretos ejecutivos se debe tener presente que bajo esta categoría se expiden tanto actos normativos (reglamentos, por ejemplo) como actos administrativos (nombramientos, destituciones, remociones, ascensos,

⁵⁰ Juan Carlos Benalcazar Guerrón, “La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos”, en *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Quito, 2005, p. 55.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 55.

bajas, etcétera)...se deben considerar las características de los actos normativos que los distinguen de los actos administrativos, tendiendo presente, en primer lugar, que el acto normativo es la declaración de voluntad de órgano del poder público competente, que se manifiesta en la forma prevista por la Constitución, que contiene disposiciones que mandan, prohíben o permiten, cuyos preceptos tienen carácter de obligatoriedad general, mientras que en el acto administrativo es la declaración de voluntad unilateral de la administración la que ocasiona efectos jurídicos particulares y en forma directa (crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales).⁵²

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en sus artículos 65 y 80 ha definido lo que hemos de entender por actos administrativos y actos normativos cuando dicen: “Art. 65.- Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”, en tanto que, el “Art. 80.- Acto normativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria”.⁵³

Vale mencionar al respecto, que la actual Constitución al igual que la de 1998 reconocen que la potestad reglamentaria no corresponde solamente al Presidente de la República (artículo 147 numeral 13), sino a todo órgano del poder público al cual se le haya conferido esta atribución mediante ley, siempre que no se altere o innove las disposiciones legales a las cuales se reglamenta (artículo 132 numeral 6 de la Constitución).

⁵² Rafael Oyarte Martínez, “La acción de inconstitucionalidad de actos normativos” en *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Serie Número 9, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, p. 19.

⁵³ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Tanto los actos administrativos como los actos normativos son actos de autoridad pero que se diferencian en algunas circunstancias particulares que las resumimos de la siguiente manera:⁵⁴

a) El acto normativo goza de una característica de generalidad, es decir, se imputa a todos los sujetos cuya conducta se acopla al supuesto de hecho previsto en la norma, en tanto que el acto administrativo se aplica de manera exclusiva a unos destinatarios en particular sin afectar a la generalidad;

b) El acto normativo goza además de una característica de abstracción, al contrario de los actos administrativos cuya concreción es su característica fundamental;

c) El acto normativo es “permanente”, estable en el tiempo, es decir no se agota con su cumplimiento ni pierde su vigencia por su incumplimiento, en tanto que los actos administrativos conllevan una declaración precisa que se agota en sí misma cuando se aplica a una situación en particular.

d) El acto normativo carece de una condición de ejecutoriedad propia de los actos administrativos, es decir, sólo si se cumplen los presupuestos previstos en la norma, las consecuencias jurídicas serán eficaces para los actos normativos, mientras que la ejecutoriedad es directa para los actos de contenido administrativo.

Los actos normativos, son normas generales y abstractas creadoras de normas jurídicas, pues no se refieren a una situación jurídica en especial o concreta. Así, las normas jurídicas se estructuran de acuerdo con la siguiente fórmula: Si “A” entonces deber ser “B” para “C”, donde: “A” es el supuesto de imputación, que a su vez

⁵⁴ Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina...* p. 150.

obliga a la producción de “B” y “C” es el fin que la administración debe perseguir en su actuación.

Si el acto se refiere a una categoría de sujetos X, sin determinar de manera específica a qué tipo de sujetos se refiere en concreto, nos encontramos entonces frente a una norma general (un acto normativo), mas por el contrario, si el acto determina de manera específica el sujeto al cual esta dirigido el acto, estamos frente a uno de carácter particular o individual (acto administrativo),⁵⁵ puesto que si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente, sustituirían a los actos de la administración y a las sentencias de los jueces; de ahí la característica de la generalidad y la abstracción como garantía de imparcialidad.⁵⁶

Tal como lo expone Juan Carlos Benalcázar, es de tener presente que el acto normativo (general y abstracto) se opone a la consideración de actos administrativos concretos cuyas consecuencias deben surgir directa e inmediatamente del acto mismo. Así, cuando hablamos de un asunto particular, nos referimos a lo singular y determinado del asunto y sus consecuencias jurídicas, sin que se refiera necesariamente al número de destinatarios.

“La administración puede anular de oficio en cualquier tiempo los actos normativos, sin embargo, la administración no puede anular de oficio los actos administrativos declarativos de derechos, pues éstos deben de someterse al recurso de lesividad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Los actos normativos ilegales son por regla general nulos de pleno derecho, y por otro lado, los actos administrativos ilegales son por regla general anulables.

⁵⁵ Rubén Flores Dapkevicius, *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, Montevideo, Euros Editores S.R.L, 2004, p. 169.

⁵⁶ Gustavo Zagrebelsky, op. cit., p. 29.

La potestad normativa sólo le corresponde a aquellos órganos a quienes la ley ha previsto específicamente, el poder de dictar actos es una cualidad general de toda la administración, es su modo normal de expresarse.

Mientras el acto normativo crea derecho y se incorpora al ordenamiento, el acto administrativo es el resultado de la ejecución del derecho, es concreto, se consume o finaliza. Si se desea un nuevo cumplimiento, hay que dictar un nuevo acto.”⁵⁷

Más allá de lo manifestado, tanto los actos administrativos como los actos normativos son obligatorios y su cumplimiento no depende de la voluntad de los administrados como destinatarios del acto.⁵⁸

**ACTO
ADMINISTRATIVO**

-Efectos particulares

-Concreto

ACTO NORMATIVO

-Efectos generales

-Abstracto

⁵⁷Véase un artículo de Diego Martínez González en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5308&Itemid=134

⁵⁸ Rafael Oyarte Martínez, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, p. 151.

-Se agotan con su cumplimiento -Es permanente

-Gozan de ejecutoriedad. -Carecen de una condición de ejecutoriedad.

*Tanto los actos administrativos como los actos normativos son obligatorios.

Figura 1.

En la doctrina mucho se ha discutido sobre la procedencia o no de la acción de amparo constitucional o acción de protección en torno a los actos normativos; no obstante, en nuestra legislación el criterio se ha orientado a distinguir que para la impugnación de actos normativos tales como leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos y resoluciones de carácter general o *erga omnes*, lo procedente e idóneo es la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución actual.

CAPÍTULO III

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES Y LOS ACTOS NORMATIVOS

Previo a referirnos a la inconstitucionalidad misma de los actos administrativo con efecto generales y de los actos normativos en general, es preciso que hagamos una breve referencia a lo que hemos de entender por el principio *indubio pro legislatore*, toda vez que es detrás de este principio en donde descansa la presunción de constitucionalidad de la ley, la cual tiene que ser derribada si se quiere en aras de que pueda proceder efectivamente una declaratoria de inconstitucionalidad de un acto normativo.

Según Ferreres Comella⁵⁹, la presunción de inconstitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa. Este autor considera que para “mostrar que se da esta incompatibilidad, el impugnante habrá de mostrar que la interpretación correcta del primer texto (el de la ley) contradice la interpretación correcta del segundo (de la Constitución). Cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto se resolverá a favor de la ley: *in dubio pro legislatore*”.

Dado que las dudas pueden generarse tanto del texto de la ley como del texto de la constitución, hay que distinguir estos dos casos. En los casos en donde no está claro cuál es la norma que expresa el texto de la ley, lo prudente es sostener que el juez debe presumir el legislador no ha querido aprobar una norma inconstitucional,

⁵⁹ Victor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, 1997, p. 141.

por lo tanto deberá proceder con una interpretación conforme el texto constitucional. En los casos en cambio en donde no este claro cual es la norma que expresa el texto constitucional debido a que existen varias propuestas interpretativas que son razonables, el juez no deberá proceder a elegir aquella propuesta interpretativa bajo la cual la ley es inconstitucional, teniendo claro está otras propuestas bajo las cuales la ley es considerada constitucional.

Así, en ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad alegada no es evidente. Sencillamente el juez no debe invalidar todas las leyes que considera inconstitucionales, sino solo aquellas que lo sena de un modo manifiesto mas allá de toda duda razonable. Dicho de otra manera, el juez solo puede decidir a favor de la inconstitucionalidad de una norma si esta no resulta dudosa y si ante la base de argumentos de los que dispone el juez, éste tiene dudas acerca de cuál es la interpretación correcta del texto constitucional.

Entre quienes sostienen que el ordenamiento jurídico debe estar libre de todo vicio de inconstitucionalidad, el principio de constitucionalidad de la norma se muestra como una solución razonable que hace uso inclusive cuando es del caso, de las denominadas sentencias manipulativas o modulativas pretendiendo mantener en el ordenamiento jurídico una norma frente al vacío casi traumático y desestabilizador que representa una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma.

3.1. La inconstitucionalidad de los actos normativos con efectos generales.

Mediante la reforma constitucional de 1996, se instituye en el Ecuador el modelo de control concentrado de constitucionalidad, abstracto y a posteriori ejercido por el entonces Tribunal Constitucional hoy Corte Constitucional.

Como se dejó sentado en este trabajo, el modelo es concentrado toda vez que la guarda y tutela de la Constitución lo ejerce un órgano especializado, autónomo en la materia y es abstracto en relación al caso que se juzga.

Como bien anota Rafael Oyarte, “El principio de supremacía constitucional se hace efectivo a través de los mecanismo de control constitucional, por medio de los cuales se fiscaliza la regularidad del ordenamiento jurídico positivo: las normas secundarias, al subordinarse a la Constitución, deben dictarse de conformidad con las prescripciones constitucionales y respetar el contenido del Código Político, toda vez que el texto fundamental es superior a otra manifestación de autoridad, pues de éste nace y se determina el poder del Estado (lo que incluye el ejercicio de la potestad normativa). En definitiva la Constitución es condición de validez y de unidad del ordenamiento jurídico positivo. La acción de inconstitucionalidad se puede fundamentar entonces, en vicios de fondo o en irregularidades de forma”.⁶⁰

Los vicios de fondo hacen referencia a una contradicción material con el texto constitucional, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica. “La parte orgánica de la Constitución contiene la organización y funcionamiento del poder del Estado a través de sus instituciones políticas...En la parte dogmática se consagran los principios básicos de la institucionalidad del Estado, el reconocimiento de derechos fundamentales y el establecimiento de garantías constitucionales (amparo, habeas corpus y habeas data). Si la norma inferior se debe fundamentar en la superior, los actos normativos secundarios deben desarrollar los postulados constitucionales tornándose nulos los preceptos inferiores que contradicen el Código Político...En el caso de los vicios de fondo la revisión constitucional se hará conforme al Texto Fundamental vigente a la hora de analizar el contenido de la norma impugnada...”⁶¹, lo que quiere decir entonces, que existe la posibilidad de una

⁶⁰ Rafael Oyarte Martínez, “La acción de inconstitucionalidad de actos normativos”, en *Procesos constitucionales en el Ecuador*, Quito, 2005, p. 32.

⁶¹ *Ibíd*em, p. 34.

inconstitucionalidad superviniente; es decir, bien pudo una norma haber sido conforme a un texto constitucional al momento de su expedición, no obstante, una reforma en el texto fundamental puede tornar en inconstitucional la norma inferior cuando esta última contradice el texto fundamental reformado.

Los vicios de forma en cambio, “se producen si el acto normativo no se creó, modificó o derogó conforme al procedimiento de formación previsto en la Constitución... Si una norma se crea, violando el procedimiento de formación, no tiene validez jurídica pues el órgano del poder público habrá quebrado la Constitución al no ejercer sus facultades en la forma prevista por el Código Político...”.⁶²

En el texto constitucional de 1998, el Tribunal Constitucional tenía la capacidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes orgánicas, ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos y resoluciones emitidos por los órganos del Estado, cuya consecuencia, -afortunadamente superada en el actual texto constitucional- establecía que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad son la suspensión de los efectos del acto “...el acto administrativo puede adolecer de irregularidades provenientes de violaciones a las normas secundarias como leyes, reglamentos, acuerdos, etc., o de violaciones a la normativa constitucional, En el primer supuesto, la impugnación se llevará a cabo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante el respectivo recurso contencioso administrativo; en tanto que en el segundo supuesto cabría la demanda de inconstitucionalidad de dicho acto ante el Órgano de Control Constitucional. En otras palabras, los actos administrativos creadores de normas particulares y que afectan derechos subjetivos son susceptibles de la acción directa de inconstitucionalidad cuando se configuran dos supuestos ineludibles: que el acto que se pretende impugnar sea de naturaleza administrativa y que dicho acto quebrante a normativa constitucional. En la práctica, dada la

⁶² *Ibidem*, p. 34.

complejidad de ciertos actos administrativos, los afectados, de manera errada han planteado acciones equivocadas ante el Tribunal Constitucional, procediéndose a desechar las mismas por tratarse de actos administrativos en los que se discute su legalidad y no la constitucionalidad que es el elemento característico para este tipo de acciones. **Efectos jurídicos.**- Los efectos jurídicos de la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo son diferentes a la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto normativo, pues, mientras la declaratoria del acto normativo lo deja sin efecto, esto es, lo expulsa del ordenamiento jurídico positivo según el artículo 278 de la Constitución, la declaratoria de inconstitucionalidad del acto administrativo conlleva su revocatoria, tal como lo determina el numeral 2 del artículo 276 de la Carta Magna. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 276 número 2 de la Constitución y 26 de la Ley del Control Constitucional, la resolución de inconstitucionalidad del acto administrativo conlleva su revocatoria, lo que implica necesariamente su expulsión del ordenamiento jurídico desde el momento que se publica en el Registro Oficial y, dado que el acto anulado por causas de inconstitucionalidad jamás debió producir efectos jurídicos la resolución tiene efecto retroactivo, a diferencia de lo que ocurre con la declaratoria de inconstitucionalidad prevista en el numeral 1 del referido artículo 276 del texto constitucional, caracterizada por su irretroactividad.”⁶³

Nótese entonces, que la declaratoria de inconstitucionalidad en tratándose de normas estaba entendida dentro de las categorías de actos normativos allí expresados; es decir, leyes orgánicas, ordinarias, estatutos, reglamentos, resoluciones, etc. sin embargo, el actual texto constitucional se hace una referencia más genérica cuando dice en su artículo 436 numeral 2 lo siguiente:

La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

⁶³ Véase en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2653&Itemid=426

Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

En la Constitución de 1998 se preveía que “Si el Tribunal Constitucional estima que un precepto normativo ha violado la Constitución, sea por su contenido o en su trámite de formación, declara la inconstitucionalidad del acto. Las consecuencias jurídicas de la declaratoria de inconstitucionalidad se señalan en la Constitución: deja sin efecto el acto o disposición declarado inconstitucional, resolución que entra en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y que no tiene efecto retroactivo. En virtud de que la declaratoria de inconstitucionalidad invalida el acto, y, por tanto, lo expulsa del ordenamiento jurídico positivo, se ha señalado que el Tribunal Constitucional obra como un legislador negativo y que la declaratoria de inconstitucionalidad opera como una derogatoria. La declaratoria de inconstitucionalidad se asimila a la derogatoria desde que, ambas, entran en vigencia desde que se publican en el Registro Oficial, expulsan a la norma del ordenamiento jurídico y ninguna tiene efecto retroactivo. Pero no son asimilables ni formal ni materialmente. Formalmente. La declaratoria de inconstitucionalidad se diferencia de la derogatoria desde que la primera se decide mediante resolución de un órgano jurisdiccional (el Tribunal Constitucional), mientras que la derogatoria es aprobada por el Congreso Nacional y que se adopta mediante ley. Materialmente se diferencian desde que la ley derogatoria puede fundamentarse en motivos de conveniencia o, jurídicamente, en razones de sistematización del ordenamiento jurídico, para evitar contradicciones, o en la inconstitucionalidad de la ley derogada, mientras que la declaratoria de inconstitucionalidad sólo se puede basar en la inconstitucionalidad de los preceptos anulados, mas no en su inconveniencia o en su contradicción con normas inferiores a la Constitución. Respecto de la irretroactividad, cuando se deroga una ley, mediante ley, el precepto anterior no entra nuevamente en vigencia, pues para ello debe seguirse, nuevamente, el trámite constitucional para su aprobación, salvo que la ley derogatoria señale, expresamente, lo contrario, con lo que la ley

derogatoria, a pesar de denominarse así, en estricto Derecho, no lo sería...El Tribunal Constitucional ha seguido esa misma línea, al señalar que con la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley no entra en vigencia nuevamente, la anterior que fue derogada o reformada por la declarada inconstitucional...Es evidente que el Tribunal Constitucional, a diferencia del legislador, no puede señalar en su resolución de inconstitucionalidad que entra en vigencia nuevamente la anterior, pues, en primer lugar, es una atribución privativa del Congreso Nacional que la ejerce mediante ley y, por otra parte, porque el Tribunal Constitucional sólo está facultado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, mas no para legislar.”⁶⁴

Es decir, de alguna manera, la actual Constitución condensa el criterio vertido en la Constitución de 1998, pero ¿qué sucede cuando hablamos de inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales como una competencia establecida en el numeral 4 del artículo 436 de la Constitución? ¿No será que la competencia constitucional se encuentra duplicada al hablar de efectos generales en cuanto a actos administrativos se trata? Este problema será abordado en siguiente aparte.

3.2. La inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos generales.

A criterio de algunos autores⁶⁵, el Ecuador, **dentro del control abstracto**, ha pasado de tener un sistema concentrado de constitucionalidad, a uno semi-concentrado por la siguiente razón:

⁶⁴Véase en

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2756&Itemid=426

⁶⁵ Véase Claudia Escobar García, op. cit. p. 316.

En efecto, la Constitución de 1998 radicó un control abstracto en un órgano judicial único, el Tribunal Constitucional (arts. 276.1 y 276.2), y que en ejercicio de sus atribuciones habría resultado problemático en el Ecuador por dos razones: primero, habría hecho que el Tribunal Constitucional se convirtiera en un sustituto de la justicia administrativa, al conocer y resolver sobre la constitucionalidad de todo tipo de actos administrativos de nivel nacional y local; y segundo, genera un constante conflicto entre justicia constitucional y la justicia administrativa, al deslindarse orgánicamente el control normativo entre ambas jurisdicciones cuando se cuestionan los mismos actos administrativos, por razones de ilegalidad y por razones de inconstitucionalidad. “Esta dificultad, al parecer, fue superada por la Constitución actual al disponer que la Corte Constitucional le corresponde decidir la constitucionalidad de actos normativos y administrativos de carácter general, y al guardar silencio sobre todas las normas jurídicas con carácter particular y concreto (arts. 436.2 y 436.3).”⁶⁶

Esta regulación, de conformidad con el nuevo texto constitucional puede ser interpretada de dos maneras distintas:

Una en donde podría entenderse que no existe ya un control abstracto de constitucionalidad de normas particulares y concretas y que, por consiguiente, solo pueden ser acatadas mediante acción de protección cuando los actos de autoridad pública de contenido particular violen un derecho de rango constitucional (habría que acotar en ese sentido que, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución de 1998, la actual Constitución nada dispone respecto al control de actos administrativos con efectos individuales); y, otra en donde podría entenderse que el efecto jurídico de la omisión de la Constitución no implica una eliminación del control constitucional sobre estas normas jurídicas, sino simplemente un cambio orgánico, así bajo este nuevo modelo, el control abstracto de constitucionalidad para ser semi concentrado

⁶⁶ *Ibíd.* p. 317.

pues atribuye a dos jurisdicciones distintas: el control de las normas con fuerza de ley, de los actos normativos será ejercido por la Corte Constitucional en tanto que, el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto será ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. A favor de esta última interpretación podrían argumentarse a su vez dos situaciones: Primero, que un estado constitucional de derechos debe existir todas las herramientas para cuestionar la constitucionalidad y la legalidad de las normas jurídicas, por lo que sería un contrasentido eliminar este importante instrumento de control; y, segundo, porque un componente del núcleo esencial del derecho del acceso a la justicia es la posibilidad de controvertir judicialmente los actos de la administración, por lo que la eliminación de este recurso implicaría también una lesión del principio de acceso a la justicia, y finalmente, si el ordenamiento jurídico prevé la expulsión de los actos administrativos de carácter particular y concreto por razones de ilegalidad, con mayor razón debe prever su expulsión por razones de inconstitucionalidad dada la superioridad jerárquica.⁶⁷

Así entonces, tal como se indicó en este mismo trabajo, algunos autores consideran que los actos administrativos constituyen la generalidad y en consecuencia, los actos normativos dicen, no son más que una especie de actos administrativos con contenido general. Si esto es así, ¿cuál es la finalidad contenida en el numeral 4 del artículo 436 de la Constitución como una competencia autónoma de la Corte Constitucional? ¿Qué nos quiere decir el texto constitucional cuando nos habla de que es atribución de la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos generales pretendiendo diferenciarlos de los actos normativos?

El constituyente ecuatoriano cuando dictó el texto constitucional vigente, instituyó como una competencia autónoma de la Corte Constitucional, en ejercicio

⁶⁷ *Ibidem*, p. 318.

del control concentrado, abstracto y posterior; la facultad de poder declarar inconstitucional por el fondo o por la forma los actos normativos de carácter general tal como ha sido expuesto anteriormente. Esta previsión constitucional resulta obvia teniendo presentes que, así como existía en la Constitución de 1998 la inconstitucionalidad de los ahora considerados “actos normativos con efectos generales” se predicaba en ese momento de las leyes orgánicas, ordinarias, decretos-leyes, estatutos, ordenanzas, resoluciones.

Cuando la actual Constitución en su artículo 436 numeral 4 de la Constitución establece como facultad de la Corte Constitucional conocer y resolver a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los *actos administrativos con efectos generales* emitidos por toda autoridad pública, intenta diferenciar, al parecer, de alguna manera que: una, es la declaratoria de inconstitucionalidad en contra de actos normativos de carácter general tales como normas generales, entiéndase leyes orgánicas, ordinarias, etc; y otra, que es la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos emitidos por autoridad pública tales como resoluciones, acuerdos, etc. en donde existe al menos unos sujetos individualmente considerados, con unas consecuencias jurídicas directas a unos destinatarios en concreto, no obstante, cuando el mismo constituyente incluyó en este numeral 4, del artículo 436 la frase, “...con efectos generales...”, confunde totalmente las cosas, puesto que una lectura integral, sistemática y armónica del texto constitucional denota que los actos administrativos con efectos generales, al tener justamente ese carácter de efectos generales, abstractos e indeterminados, se refiere sin duda a un acto normativo en estricto sentido en donde los sujetos destinatarios de una norma son indeterminados.⁶⁸

⁶⁸ Existen criterios contrapuestos al respecto como el que se encuentra publicado en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5308&Itemid=134 y que ha continuación, por representar una posición contraria que nos parece interesante, nos permitimos transcribir su parte pertinente: “Cada vez que la administración pública manifiesta su voluntad, lo hace a través de actos administrativos, por ello decimos que el acto administrativo es la expresión de voluntad por excelencia de la administración. Por otro lado, el acto normativo es una manifestación de voluntad excepcional de la administración que nace del ejercicio de una potestad

legislativa material atribuida a un órgano del Estado específicamente determinado. En términos generales, la doctrina y la legislación distinguen al acto administrativo y al acto normativo por los efectos que producen los mismos. Por un lado, el acto administrativo produce efectos singulares, particulares o individuales y por otro, el acto normativo produce efectos generales. Lo anterior, es ratificado por los artículos 65 y 80 del ERJAFE...Teniendo en claro la diferencia entre los actos administrativos y los actos normativos, me sorprendió leer el artículo 436 numeral 4 de la nueva constitución de la República que señala entre las atribuciones de la Corte Constitucional una que le permite “*Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los **actos administrativos con efectos generales** emitidos por toda autoridad pública...*”. De la lectura del artículo en referencia, me surgió la interrogante siguiente: ¿Si los actos administrativos tiene efectos individuales, singulares y particulares y los actos normativos tienen efectos generales? ¿Qué son los actos administrativos de efectos generales? De más está decir que la respuesta no es nada sencilla. Mi primer intento fue creer que los Asambleístas de Montecristi, al hablar de actos administrativos de efectos generales, estaban refiriéndose a los actos normativos. No tardé nada en comprender que me equivocaba. A continuación paso a analizar la historia y la definición de los actos administrativos de efectos generales y a establecer sus diferencias con los actos normativos...A continuación, hago un breve esbozo de los criterios de diferenciación entre los actos administrativos, tanto singulares como generales, y los actos normativos. **III.- Criterio clásico de la generalidad.**-Según este criterio, un acto es normativo si es general. La característica principal de la norma jurídica es la generalidad, por ello se destina a un grupo más o menos indeterminado de personas. De esta manera, este criterio no deja abierta la posibilidad a que existan normas jurídicas destinadas a personas individuales ni tampoco actos administrativos de naturaleza no normativa destinados a la generalidad de personas. En esa línea, toda disposición de carácter general será integrante del ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico es general porque generales son los preceptos que lo componen. Así todo acto de la administración que contenga preceptos generales será un acto normativo o un reglamento, es decir que, acto normativo y acto administrativo de efectos generales, para este criterio, son la misma cosa. Tómese en cuenta que este fue el criterio que utilizaba el Tribunal Supremo Español que originó profundas confusiones y originó que dicho tribunal no resuelva sobre determinadas causas por supuesta falta de legitimación activa. Además, es el criterio de Roberto Dromi que expusimos en líneas anteriores. **IV.- Criterio de la abstracción - concreción.**- Este criterio, a diferencia del anterior se centra en el supuesto de hecho sobre el que versa el acto normativo o administrativo en cuestión. Por ejemplo, una actuación será concreta si el supuesto de hecho que se contempla es determinado y una actuación será abstracta si el supuesto de hecho es indeterminado. Para los autores de esta teoría, el acto normativo debe entenderse como la “regulación objetiva e impersonal de una determinada materia”...De esta manera y según este criterio, el acto normativo regula una diversidad de situaciones abstractas que conllevarían a una pluralidad de casos posibles e indeterminados, mientras que el acto administrativo toma en consideración un solo caso concreto. **V.- Críticas a los criterios anteriores.**- Los criterios anteriormente expuestos han sido severamente criticados por la doctrina, pues los ordenamientos jurídicos están integrados por numerosas normas jurídicas particulares y concretas. Por ello, generalidad y abstracción son criterios deontológicos de la norma, es decir lo que deberían ser y no necesariamente lo que son... Como se ha demostrado los criterios antes expuestos han sido insuficientes para diferenciar a los actos normativos de los actos administrativos, pues la diferencia no está en los elementos intrínsecos a dicho tipo de actos, sino en elementos extrínsecos o formales. **VI.- Criterio Formal.**- Según el criterio formal, son actos normativos aquellos a los que el propio ordenamiento ha atribuido fuerza normativa por la forma en que han sido exteriorizados. Se entiende que este criterio va relacionado a la competencia de la autoridad para expedir tal o cual acto y al procedimiento de exteriorización del mismo. En referencia a ello, existen autoridades a quienes el ordenamiento jurídico ha atribuido la competencia de crear actos normativos bajo determinado procedimiento y existen otras autoridades a quienes no se les ha atribuido dicha potestad. Aunque el criterio formal en muchos de los casos resuelve el problema de la diferencia entre actos administrativos y actos normativos, es un criterio que no puede aplicarse en todos los casos, pues todas las autoridades que tienen competencia para expedir actos normativos, pueden también expedir

actos administrativos y por otro lado, el procedimiento por el cual dichas autoridades exteriorizan uno u otro acto puede ser idéntica. Tal caso puede darse, por citar un ejemplo, en los actos expedidos por el Presidente de la República, quien al dictar actos normativos y actos administrativos utiliza una idéntica forma de exteriorización. **VII.- Criterio Teleológico o Criterio del Fin.-** Este criterio se centra en observar el fin para el cual el legislador ha atribuido un poder determinado a un órgano administrativo y así establecer, la naturaleza normativa o no del acto general expedido. Si en efecto la finalidad perseguida por el legislador consiste en que el órgano administrativo coopere con la integración del ordenamiento jurídico a través de sus actuaciones, entonces estaremos ante un acto normativo; si por el contrario, la finalidad del legislador al atribuir una potestad determinada a un órgano administrativo tiene por objeto su ejercicio a través de criterios de oportunidad y por lo tanto cambiantes y no permanentes, entonces estaremos ante un acto administrativo. **VIII.- Criterio Ordinamentalista.-** El criterio ordinamentalista es compartido por diversos autores modernos, entre los que se encuentran Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Agustín Bodillo. Sostienen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández que *“el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general. En cambio, la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos; sigue la vida social desde su superioridad”* Por su parte, Agustín Gordillo citando a Eduardo Ortiz, señala que *“el acto general tiene de común con el reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquel que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero a diferencia del reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irreplicable y no meramente regular la conducta.”* Como bien señalan los autores antes citados, el criterio ordinamentalista se basa en que el acto normativo integra el ordenamiento y por ende es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos. A contrario sensu, el acto administrativo general se aplica a un hecho concreto y se consume con su cumplimiento singular. Esta nueva diferenciación rompe esquemas con la que se concebía hasta hace poco, misma que tenía fundamento en la generalidad o particularidad de los destinatarios de los actos. En referencia a ello, García de Enterría señala que *“es menester romper esa ecuación entre generalidad y normatividad”*, pues aunque *“los tópicos suelen resistir denodadamente a abandonar el campo, éste es, evidentemente, uno de esos que a los juristas no nos sirve”*. Por su parte, ha señalado García de Enterría que *“la correlación singular-general como expresión de la distinción actos-reglamentos parece haberse roto”*. **IX.- El concepto de acto administrativo de efectos generales.-** Aunque no hubo oportunidad de definir el acto administrativo de efectos generales, su definición es fácil de deducir después de todo lo tratado. Vale tomar en cuenta el criterio de ZAVALA EGAS para quién el acto administrativo de efectos generales es aquél que está direccionado a una pluralidad de personas que son indeterminadas. ZAVALA pone como ejemplo el acto de convocatoria de los aspirantes a llenar una vacante de juez. Por otro lado, un acto administrativo es “singular” cuando sus efectos son hacia una sola persona o un grupo determinado de personas. Además, ZAVALA ratifica lo afirmado anteriormente en el sentido de que a diferencia del acto normativo, el acto administrativo de efectos generales se agota al momento de consumarse su fin; pero no se convierte en derecho objetivo o fuente de derecho ni se convierte en parte integrante del ordenamiento jurídico...**XI.- Conclusiones.-** En efecto existen actos administrativos de efectos generales que deben de ser concebidos como simples actos administrativos. Este tipo de actos son aquellos que se encuentran destinados a una pluralidad indeterminada de personas, pero no se incorporan al ordenamiento jurídico. Por su parte, los actos administrativos de efectos generales, al igual que los actos administrativos se ejecutan en un caso concreto. A diferencia de lo anterior, existen también actos normativos que se caracterizan por ejecutarse una y otra vez, en cada ocasión en que la conducta de las personas se inmiscuye en su presupuesto jurídico. No puede utilizarse como criterio de diferenciación entre los actos administrativos y los actos normativos, la vieja idea de que los primeros tienen efectos particulares y los segundos tienen efectos generales, pues como se ha

Es decir, a nuestro criterio la competencia constitucional atribuida en cabeza de la Corte Constitucional estaría duplicada puesto que los actos normativos a los que se refiere el numeral 2 del artículo 436, son también actos administrativos con efectos generales, a los que se refiere el numeral 4 del mismo artículo 436 constitucional.

El constituyente si bien apporto de alguna forma a la coherencia del ordenamiento jurídico eliminando la posibilidad de la inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos individuales, complico las cosas por otro lado al establecer esta competencia (numeral 4 del artículo 436) cuando son en realidad

demostrado, existen normas destinadas a particulares y actos destinados a la generalidad. Los actos administrativos de efectos generales, siendo un tipo de actos administrativos, tienen sus mismos mecanismos de impugnación. El artículo 436 numeral 4 de la Constitución de la República cuando se refiere a actos administrativos de efectos con efectos generales no se está refiriendo a actos normativos, sino a simples actos administrativos destinados a una pluralidad indeterminada de personas”.

estos actos administrativos con efectos generales, actos normativos a los que hace relación el artículo 436 numeral 2 del texto.

Es adecuado el momento, como para no dejar pasar por alto que, tal como se encuentra redactado el artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resulta otra imprecisión esta vez del legislador cuando la ley dice:

Art. 75.- Competencias.- Para ejercerle control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:
 - a) Enmiendas y reformas constitucionales.
 - b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales.
 - c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.
 - d) Actos normativos y administrativos con carácter general.

Como decíamos entonces, ¿por qué o con qué finalidad diferenciar la competencia del literal c) de la norma transcrita con la del literal d) de la misma norma? ¿es que acaso las leyes, los decretos leyes de urgencia económica y las demás normas con fuerza de ley, no son actos normativos, o según nuestro criterio anotado en este trabajo, actos administrativos con efectos generales en el entendido de que estos no son más que una especie de aquellos?

De alguna manera la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, pretende aclarar este problema, pero a nuestro parecer con poco éxito.

Dentro de la Sección IV, Capítulo VI, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se contempla el control constitucional de las disposiciones legales de origen parlamentario, arts. 113 al 118 de la ley; y en los arts. 135 al 140 de la misma ley, se regula acerca del control constitucional de los

actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general; sin embargo, ¿será que un acto normativo no parlamentario no es un acto administrativo de carácter general?

Paradójicamente, el pretender regular la ley de manera adecuada una previsión constitucional (art. 436 de la Constitución), que desde el inicio aparece también confusa, creemos que la regulación legal es también redundante y poco clara.

CONCLUSIONES

-El tránsito del estado legal de derecho al estado constitucional no solo es una ilusión del constitucionalismo moderno, es una realidad que hace parte del estilo de vida de todos los estados democráticos hoy en día.

- El establecimiento de cortes constitucionales o tribunales constitucionales a lo interno de los estados democráticos hoy en día es un problema que no se discute más. La discusión en los actuales momentos se orienta a determinar cuáles son los límites constitucionales del control sobre las decisiones legislativas y como deben operar las mismas.

- A pesar de que un control procedimental y un control material de las decisiones parlamentarias por parte de la justicia constitucional son necesarias, - especialmente esta última-; sin embargo, por sí solas son insuficientes. Los actuales momentos exigen más que un control formal y material en estricto sentido, nos referimos entonces a un criterio de argumentación capaz de producir decisiones razonadas, justificadas, válidas y suficientes superando aquellos fallos cargados de criterios subjetivos, arbitrarios, inmotivados y hasta viscerales, los cuales desdican de lo que la justicia constitucional representa hoy en día.

-El control de constitucionalidad es un mecanismo que asegura la supremacía constitucional y la aplicación efectiva del texto fundamental.

-Los controles clásicos de constitucionalidad son el control difuso atribuido como una facultad de todos los jueces y juezas en los casos en que son de su conocimiento y el control concentrado atribuido a un órgano especializado como es una Corte o Tribunal.

-Los actos administrativos en estricto sentido se diferencian en algunas particularidades de los actos normativos, sin embargo hay quienes con cierto según nuestro entender consideran que los actos normativos no son más que una especie de actos administrativos con efectos generales.

-Aun cuando parece acertado que la nueva constitución haya eliminado la posibilidad de activar la inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos individuales pues los mismos cuando violan un derecho fundamental pueden ser atacados mediante la acción de protección, incluyo imprecisamente que es posible activar el control de constitucionalidad abstracto, como una competencia de la actual corte Constitucional, el poder declarar la inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos generales cuando en realidad estos no son más que unos verdaderos actos normativos.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica” en *Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Germán Burgos Silva (ed), Colombia, Publicaciones ILSA, 2003.

Benalcazar Guerrón Juan Carlos, “La acción de inconstitucionalidad de actos administrativos”, en *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Quito, 2005.

Benalcazar Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, 2007.

Bernal Pulido Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Borja Cevallos Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

Calvo Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Editorial Tecnos S.A., 1994.

Carbonell Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)*, en edición de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Castro Patiño Ivan, *Inconstitucionalidad por Omisión*, Guayaquil, 2006.

Dapkevicius Rubén Flores, *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, Montevideo, Euros Editores S.R.L, 2004.

Diez Manuel María, *Derecho Administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Tomo I.

Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 5ta edición, 2002.

Escobar García Claudia, “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ramiro Ávila (ed), Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Escobar García Claudia, “Del Tribunal a la Corte, ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ferrajoli Luigi, “La Democracia constitucional” en *Desde Otra Mirada*, Christian Courtis (compilador), Buenos Aires, Eudeba.

Ferreres Comella Victor, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, 1997.

García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas, Madrid. Octava Edición, 1997.

García Falcón José, *Manual de Práctica Procesal Civil*, Referente a la Legislación Ecuatoriana, Tomo Primero, Primera Edición, Quito – Ecuador, 2003.

García Martínez Asunción, *El control de constitucionalidad de las leyes*, Lima, Jurista Editores, 2005.

Gascón Abellán Marina y García Figueroa Alfonso, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005.

Grijalva Agustín, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional” en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (eds), Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.

Jaramillo Ordóñez Hernan, *El Ejercicio del Amparo Constitucional en el Estado Social de Derecho*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 2001.

Martínez Dalmau Ruben, “Supremacía de la Constitución, control de constitucionalidad y reforma constitucional”, en *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Oyarte Martínez Rafael, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*,

Oyarte Martínez Rafael, “La acción de inconstitucionalidad de actos normativos” en *Procesos Constitucionales en el Ecuador*, Serie Número 9, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.

Penagos Gustavo, *El Acto Administrativo*, Quinta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Tomo I, 1992.

Pesántes Hernán Salgado, en *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, 1999.

Prieto Sanchís Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2003.

Zagrebelsky Gustavo, *El Derecho ductil*, Madrid, Trotta, 1998.

Fuente internet.

<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/4-7.pdf>

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5308&Itemid=134

Fuente Normativa

Constitución Política de 1998.

Constitución de la Republica 2008.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.