



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de de Loja
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

“La administración pública y la Constitución: La administración pública ecuatoriana en la Constitución del 2008 y las garantías constitucionales para la protección de los derechos ciudadanos”

**Tesis de grado previa la obtención del título de
Magíster en Derecho Administrativo**

Autor:

Ortiz Ordeñana Adalberto Carlos Fernando, Abg.

Director:

Valdivieso Espinosa Patricio Alberto, Dr.

QUITO - ECUADOR

2012

CERTIFICACIÓN

Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa
DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación realizado por el estudiante Adalberto Carlos Fernando Ortiz Ordeñana, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica Particular de Loja; por lo que autorizo su presentación.

Loja, 06 de Junio de 2012

f)

DIRECTOR

AUTORÍA

Yo, Adalberto Carlos Fernando Ortiz Ordeñana, como autor del presente trabajo de investigación, soy responsable de las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el mismo.

f).....

AUTOR DE LA TESIS

C.I. 090257273-4

CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Adalberto Carlos Fernando Ortiz Ordeñana, declaro ser autor del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

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

Loja, 06 de Junio de 2012

f).....

AUTOR DE LA TESIS

C.I. 090257273-4

AGRADECIMIENTO

Mi eterna gratitud a quienes han apoyado esta etapa de crecimiento en mi formación profesional, en especial a mi esposa, hija y madre; a la comunidad educativa de la Universidad Técnica Particular de Loja, y en particular a mi director de tesis y a mis profesores.

AUTOR DE LA TESIS

DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedico a Dios y a todas las personas que trabajan para construir un país y un mundo mejor.

AUTOR DE LA TESIS

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Certificación del director	II
Autoría	III
Cesión de los derechos	IV
Agradecimiento	V
Dedicatoria	VI
Índice de cuadros	VII
Resumen	VIII
I.- INTRODUCCIÓN	1
II.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008	3
II.1.- Concepto de Administración Pública	3
II.2.- Administración Pública en Ecuador	10
III.- LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	33
III.1.- Los ciudadanos frente a la Administración Pública	33
III.2.- Los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la Administración Pública	49
III.3.- La responsabilidad de la Administración Pública	65
3.1. De la responsabilidad y la obligación de reparación	65
3.2.- Del Derecho de Repetición	71
IV.- LAS GARANTÍAS CIUDADANAS PARA HACER EFECTIVOS SUS DERECHOS	78
IV.1.- Garantías	78
IV.2.- La Acción de Protección	84
IV.3.- La Acción de Acceso a la Información Pública	88
IV.4.- La Acción de Hábeas Data	92
IV.5.- La Acción por Incumplimiento	96
IV.6.- La Acción Extraordinaria de Protección	99
V.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	101
VI.- BIBLIOGRAFIA	104
APÉNDICES	108

RESUMEN

El objeto de la investigación consistió en analizar el rol de la administración pública en el marco de la actual Constitución del Ecuador, la forma como la nueva concepción de un Estado constitucional de derechos y justicia limita su actuación, y las acciones constitucionales que tienen los ciudadanos para la protección de sus derechos frente a las actuaciones de la administración pública.

Bajo la concepción de nuestra nueva democracia constitucional, la demanda social actual se centra en encontrar la medida justa en que debe actuar el Estado y su Administración, para constituir un Estado efectivo, dotado de los medios legales y materiales adecuados para garantizar a los ciudadanos el efectivo goce de sus derechos, en forma activa, participativa e inclusiva. En lo referente a las acciones constitucionales de las que dispone el ciudadano para la protección de sus derechos, herramientas fundamentales para lograr el perfeccionamiento y materialización de una sociedad justa, se analizan los avances de la Constitución del 2008, no sólo en la forma de las acciones, sino en su alcance y pretensión.

I.- INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador¹ aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en el mes de Julio del 2008, en su primer artículo establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. De esta definición, resulta evidente la influencia decisiva de la línea de pensamiento neoconstitucionalista en el proceso de elaboración de nuestra Carta Fundamental.

La corriente jurídica contemporánea conocida como neoconstitucionalismo, pospositivismo, garantismo o iusconstitucionalismo, se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos, así como también en la provisión de los mecanismos para su efectiva protección y tutela. Dentro de este esquema, la justicia constitucional contemporánea somete todos los poderes del Estado al Derecho, apelando primordialmente a la constitucionalidad y no tan solo a la legalidad, con objeto de perfeccionar el “Estado de Derecho”, pasando de un Estado de garantías retóricas y declarativas a un Estado de garantías efectivas y materiales de tutela de los derechos fundamentales.

El Ecuador actual se encuentra atravesando por un proceso de transformación social, rumbo a la conformación de una nueva democracia constitucional. La evolución a este nivel superior de organización social implica la transformación del esquema tradicional o clásico de “Estado Social de Derecho”, cuyos inicios en el Ecuador pueden remontarse a la Constitución Política de 1929² que en su definición contenía algunos de sus elementos característicos, y posteriormente, en la Constitución Política de 1979³ se reconoce que la soberanía radica en el pueblo y se añaden algunos elementos más. Finalmente, la concepción del Ecuador como “Estado Social de Derecho” queda plasmada literalmente en la Constitución Política de 1998⁴. Este proceso de conformación de una nueva sociedad democrática, está basado en la existencia de un “Estado de Derechos Constitucionales y Sociales” de naturaleza garantista. En este contexto, la

¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, D.L. 0, R.O. 449 de 20-oct-2008.

² Constitución Política de la República del Ecuador, 1929, Ley 0, R.O. 138 de 26-mar-1929: “Art. 4.- *El Estado Ecuatoriano es democrático y representativo, y su Gobierno, republicano, electivo, alternativo y responsable.*”.

³ Constitución Política, 1979, D.S. 0, R.O. 800 de 27-mar-1979: “Art. 1.- *El Ecuador es un Estado soberano*” independiente, democrático y unitario. *Su gobierno es republicano, electivo, responsable y alternativo. La soberanía radica en el pueblo que la ejerce por los órganos del poder público.*”.

⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, D.L. 0, R.O. 1 de 11-ago-1998: “Art. 1.- *El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.*”.

Constitución de la República del 2008, establece diferencias sustanciales con relación a lo que establecía la Constitución Política de 1998, en materia gestión pública, derechos y garantías.

Por una parte, la Carta Fundamental establece un nuevo modelo de gobernar, donde los actores públicos y privados, deben cooperar y participar en la formulación y aplicación de los planes y políticas públicas. En este nuevo modelo de gobierno, el poder público, es decir, la suprema potestad rectora y coactiva del Estado que encuentra su materialización en la gestión pública, deberá enmarcar su actuación dentro del respeto y protección de los derechos fundamentales. Así, la Administración Pública, en el marco de esta nueva democracia constitucional, deberá privilegiar el respeto y protección de los derechos fundamentales, por sobre la estricta observancia de la legalidad de sus actos.

Por otra parte, en materia de derechos, se observa un avance importante, incluyéndose a más de los derechos considerados de “Primera Generación o Derechos Civiles y Políticos” y a los de “Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, aquellos llamados de “Tercera Generación”, también conocidos como “Derechos de Solidaridad o Derechos de los Pueblos”, considerados como derechos de carácter supranacional, como son el derecho a la paz y a la coexistencia pacífica, a la identidad nacional y cultural, a la autodeterminación, al patrimonio común de la humanidad, al desarrollo que permita una vida digna y al buen vivir (sumak kawsay), a un medio ambiente sano y a su protección, e incluyendo algunos conceptos novedosos e innovadores como aquel de considerar a la naturaleza (Pacha Mama) como sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Por lo expuesto, se ha considerado de importancia realizar un estudio del papel de la Administración Pública en el marco de la actual Constitución de la República del Ecuador, la forma como la nueva concepción de un Estado constitucional de derechos y justicia limita su actuación, y las acciones constitucionales que tienen los ciudadanos para garantizar y hacer prevalecer sus derechos frente a las actuaciones de la administración pública, como un componente básico para la conformación de una nueva sociedad democrática y constitucional, organizada bajo un régimen administrativo público justo y eficiente, que es objeto de este trabajo.

II.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

II.1.- CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El profesor Miguel S. Marienhoff⁵ observa que en el terreno doctrinario abundan las más variadas definiciones o nociones conceptuales de Administración Pública y cada autor propone la suya, de acuerdo con su concepción sobre la materia. Por su parte, Francisco Enrique Rodríguez Rivera⁶ hace referencia a la falta de unanimidad de criterios que obedece al hecho que se trata de definir un término de límites imprecisos, justamente porque la función de administrar es abstracta y las actividades de la Administración Pública son algo contingente e históricamente variable, que depende sobre todo de la demanda social, la cual resulta distinta para cada órbita cultural y se producen dentro de un determinado contexto socio-económico. Finalmente, sobre este aspecto coincide el profesor José J. Sánchez González, quien observa lo siguiente:

“No existe una sola definición con validez universal, pero sí de aceptación generalizada, lo que nos permite identificar el significado de administración pública, así como su objeto de estudio (materia) y su estudio de objeto (disciplina); [...] la riqueza y variedad de definiciones muestran los diferentes momentos históricos y teóricos en que fueron construídas, así como la pluralidad de contenidos y enfoques (escuelas que cada una de ellas representa).”⁷

En base a lo anotado y sin una pretensión ambiciosa de construir una definición completa de Administración Pública, resulta aceptable y necesario para efectos de este trabajo, identificar lo que debemos entender por Administración Pública, para lo cual partiremos citando algunos conceptos.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (22ª edición, 2001) define el término *administrar* como: “*Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan*”; y define el término *Administración*

⁵ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 46.

⁶ Francisco Enrique Rodríguez Rivera et al., *La Administración Pública. Principios constitucionales y tipos de administraciones públicas, en Empresa Pública Gestión Sanitaria de Mallorca. Grupos A, B Y C. Temario General* (Sevilla: Ed. MAD, Agosto 2006), 123-124.

⁷ José Juan Sánchez González, *La administración pública como ciencia. Su objeto y estudio* (México: Plaza y Valdés, 2001), 120-123.

Pública, en su acepción principal, como: “*Organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial*”, y en su segunda acepción como: “*Conjunto de organismos encargados de cumplir esta función.*”. Estas definiciones nos ofrecen los primeros elementos característicos de la Administración Pública que son la posición de supremacía desde la cual actúa el Estado sobre sus administrados como una organización orientada a la gestión de servicios.

En la definición que nos ofrece Guillermo Cabanellas de Torres de igual manera hace referencia a la posición de supremacía desde la que actúa la Administración Pública para *cumplir y hacer cumplir*, y a un cierto ordenamiento u organización de índole territorial:

“Gestión, gobierno de los intereses o bienes, en especial de los públicos. La ciencia de la administración es el conjunto de las reglas para gestionar bien los negocios; y, más particularmente, para aplicar los medios a la consecución de los fines del Estado.

*Es el Poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. La administración puede ser nacional, provincial o municipal, de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones.”*⁸

El Doctor Herman Jaramillo Ordóñez por su parte resalta el carácter científico y técnico de la actividad de la administración pública de la siguiente manera:

*“La Administración es un proceso sistemático y metodológico de carácter científico, técnico y jurídico que consiste en dirigir las acciones del Estado y de las entidades del sector público para llegar a obtener resultados previstos y planteados.”*⁹

El Dr. Aníbal Guzmán Lara, nos presenta una definición de Administración Pública en la cual conjuga tanto su carácter técnico como su finalidad última

⁸ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Edit. Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Buenos Aires: Heliasta, 2003).

⁹ Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo* (Loja: Ed. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1.999), 63.

orientada al bien común, así como la sumisión de sus actuaciones al principio de legalidad:

"[...] la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren." ¹⁰

El Doctor en Administración Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México, José Juan Sánchez González, nos ofrece un concepto de administración pública que destaca su orientación al servicio para la satisfacción de las necesidades colectivas:

"El sentido etimológico de la palabra administración pública significa prestar el servicio al pueblo, es decir, al público. La idea se encuentra asociada con la satisfacción de necesidades de carácter público, por lo que tiene un sentido colectivo. La administración pública es la actividad organizada del Estado." ¹¹

El profesor Miguel S. Marienhoff presenta una definición que resalta de igual manera su característica servicial pero con un alcance más amplio, orientada tanto a la satisfacción de las necesidades colectivas como a la satisfacción de las necesidades individuales, pues considera que a más de las necesidades colectivas, debe atender y resolver situaciones de índole particular de los individuos:

"[...] puede definirse la Administración como la actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.

En la definición de Administración no basta con hacer referencia a las 'necesidades del grupo social' (o necesidades colectivas, como generalmente dicen los autores); es indispensable agregar que esa

¹⁰ Aníbal Guzmán Lara, citado por Jaramillo Ordóñez, Ob. Cit., 67.

¹¹ Juan José Sánchez González, *La administración pública como ciencia: su objeto y su estudio* (Madrid: Marcial Pons, 2003),104.

actividad estatal puede tender, también, a satisfacer necesidades de los 'individuos' que integran dicho grupo, pues, en efecto, la actividad de la Administración no siempre tiende a satisfacer necesidades 'generales', sino a resolver situaciones 'particulares de los individuos; verbigracia, cuando otorga una concesión de uso sobre el dominio público.

En el terreno doctrinario abundan las más variadas definiciones o nociones conceptuales de Administración Pública. Cada autor propone la suya, de acuerdo con su concepción sobre la materia. La definición que he dado responde a los puntos de vista que dejo expuestos.”¹²

El Doctor Patricio Adolfo Secaira Durango nos ofrece una definición en la que incluye varios de sus elementos, tales como el de ser una obligación irrenunciable del Estado, una actividad que debe ser ejercida en forma permanente, organizada, sometida a un marco jurídico, para brindar servicios públicos y alcanzar los objetivos del Estado:

“La administración pública no es otra cosa que la actividad permanente, irrenunciable y concreta del Estado para lograr sus objetivos por medio de un aparato orgánico, sometido al ordenamiento jurídico.

La administración pública es ejercida por el Estado, sea a través de sus órganos e instituciones, dentro de un marco jurídico previamente estructurado, teniendo a su disposición el dominio de sus bienes, brindando servicios públicos. Desde luego la norma objetiva fija los límites de su actividad y las prerrogativas jurídicas de los gobernados, posibilitando su efectivo reconocimiento.”¹³

Secaira Durango añade otros elementos con los que destaca su carácter servicial orientado a satisfacer las necesidades individuales y colectivas, y su finalidad última orientada a lograr el bien común:

¹² Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 46.

¹³ Patricio Adolfo Secaira Durango, *Derecho Administrativo, Texto-Guía* (Loja: UTPL, 2009), 41.

“Desde esta óptica, la administración pública no es otra cosa que una planificada actividad jurídica del Estado que tiene como objeto brindar de modo eficaz, oportuno y técnico los servicios públicos a la nación en acatamiento al orden legal. Tiene por objeto la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, en un marco de seguridad y cuya meta es el bien común.”¹⁴

De los conceptos expuestos, podemos identificar ciertos elementos característicos de la Administración Pública, que analizaremos brevemente a continuación:

1.- Relación jurídico-administrativa.- Este elemento característico de la Administración Pública surge del vínculo que se establece entre las partes integrantes, esto es la relación entre la Administración y los particulares. En primera instancia, es posible identificar al menos tres enfoques que responden a diferentes concepciones teóricas de la Administración Pública (analizados con mayor detenimiento en la Sección III.1).

Administración-administrado.- Este es un enfoque clásico o tradicional en la que el particular reviste la condición de administrado y es considerado el “sujeto pasivo” de la relación, mientras que la Administración es el “sujeto activo”. Este es el caso cuando el administrado se encuentra en situación de subordinación a la autoridad, como por ejemplo, cuando está regulado por una entidad de control de una determinada actividad, cuando requiere de permisos, autorizaciones o certificados, cuando debe cumplir con las disposiciones emanadas de la administración mediante actos administrativos, o cuando debe cumplir con determinadas prestaciones, obligaciones formales o materiales.

Administración-cliente.- Este es un enfoque de tipo gerencialista, en la cual el particular es considerado como cliente y goza de un alto grado de independencia para decidir sobre el consumo o utilización de un bien o servicio público, pero una vez realizado el consumo se le impone la obligación de contraprestación. Este es el caso cuando el usuario demanda ciertos servicios públicos, tales como los de transporte o energía eléctrica.

¹⁴ Secaira, *Derecho Administrativo, Texto-Guía*, 42.

Administración-ciudadano.- Esta es la concepción contemporánea, de corte garantista, en la que se procura un equilibrio en la relación entre ciudadano y administración. El primero está dotado de derechos reconocidos constitucionalmente, que puede ejercer activa y participativamente, y el segundo está obligado a garantizar el ejercicio de tales derechos, a proveer los medios para ello, realizando todas las actividades que la Constitución y la Ley le impone con objeto de satisfacer las necesidades de la colectividad.

2.- Legalidad.- La Administración Pública debe enmarcar su actuación dentro de los límites constitucionales y legales. Esta limitación es de especial importancia cuando el particular reviste la condición de administrado, pues la aplicación del principio de legalidad al ejercicio de la autoridad o mando, establece un contrapeso a la situación de subordinación del administrado y se lo protege de posibles abusos o desvío del poder del Estado.

Así, este principio habilita el control jurídico del poder y la seguridad jurídica, que busca proporcionar un marco de garantías que proporcione al ciudadano certeza jurídica, predictibilidad en la aplicación de la Ley en forma igualitaria para toda la población y el acceso de todos los ciudadanos a un sistema de justicia eficaz. Este es un principio fundamental del derecho público por el cual, dentro de la nueva concepción de “Estado constitucional de derechos y justicia”, todo ejercicio del poder público debe estar sometido al espíritu de la ley, y sobre todo al respeto y protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y no a la voluntad de los servidores públicos en sus actuaciones.

3.- Obligatoriedad.- Este es el elemento que impone a la Administración Pública la obligación irrenunciable de realizar en forma permanente todas las actividades tendientes a satisfacer necesidades individuales y colectivas, en aras del bien común. Esta obligación del Estado de organizar su actividad con el objeto de satisfacer las necesidades y lograr el bienestar común, se deriva del deber supremo del Estado de garantizar a los ciudadanos el efectivo goce de los derechos que la Constitución les reconoce. Esto ha llevado a que la Administración Pública extienda progresivamente su actividad en la medida en que la noción derechos fundamentales ha ido evolucionado y su reconocimiento se ha ido plasmando progresivamente en las constituciones y tratados internacionales. Sobre este particular, María Amparo de la Encarnación Gabín anota:

“El ciudadano es para el Estado un titular de derechos garantizados por los poderes públicos; es un sujeto que demanda prestaciones y servicios públicos. Como consecuencia, la Administración Pública ha visto multiplicada y extendida su actividad a límites jamás alcanzados anteriormente.”¹⁵

4.- Servicio.- Se destaca como elemento común a todas las definiciones su carácter servicial. Tal como lo expresa el autor M. Marienhoff:¹⁶ *“La existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social (individuos) que lo integra.”* La Administración Pública tiene el propósito o finalidad de servir con objetividad a los intereses generales de la comunidad, mediante la prestación de servicios públicos orientados a satisfacer las necesidades generales de la población, fundamentales para el bienestar común y el progreso social.

5.- Ciencia y técnica administrativa.- La administración pública se ejerce en forma científica, organizada, reglada y técnica, para el cumplimiento y ejecución de sus objetivos y políticas. Su actividad se realiza a través de los órganos que la integran, que se organizan en forma jerarquizada, desconcentrada, descentralizada, coordinada y planificada. La actividad está a cargo del personal que presta sus servicios en las entidades organismos y organismos que conforman el sector público del Estado, que se denominan servidores públicos.

6.- Dinámica y evolución.- Es una actividad dinámica, en permanente evolución, que responde a una determinada realidad socio cultural y dentro de un contexto histórico. La actual concepción de la actividad administrativa es el resultado del proceso de evolución de propia humanidad y ha adquirido sus propios perfiles a través de diferentes épocas y etapas.

De los conceptos expuestos podemos establecer que la Administración Pública comprende toda actividad funcional y organizada del Estado, que debe realizar obligatoriamente en forma reglada, ordenada y técnica, mediante la cual se establece un vínculo entre la Administración y los particulares, una relación jurídico-administrativa que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de los fines del

¹⁵ María Amparo de la Encarnación Gabín, *Administración Pública* (Madrid: Paraninfo S.A., 2009), 10.

¹⁶ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 37.

Estado, alcanzar la satisfacción de necesidades colectivas e individuales, y lograr el bien general.

La Administración Pública, como actividad dinámica, responde a la demanda social que está en permanente evolución; consecuentemente, el papel del Estado y de su Administración se encuentra en un constante proceso de rediseño.

Como fue observado en el introducción de este trabajo, nuestra moderna Constitución incluye algunos conceptos novedosos que responden a esta dinámica de cambio social, así principios como los de participación, inclusión y sobre todo del respeto de los derechos constitucionales y la garantía a los ciudadanos de su efectivo ejercicio son elementos que deberán ser considerados para futuras conceptualizaciones de una Administración Pública moderna y acorde a la corriente jurídica contemporánea.

II.2.- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR

El numeral 1ro del Art. 3 de la Constitución establece como un deber primordial del Estado lo siguiente:

“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

La Constitución de la República, en su Art. 227, define la administración pública en forma muy concreta de la siguiente manera:

“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”

De lo antecedente, podemos decir que la Administración Pública en el Ecuador tiene el deber primordial de servir a la colectividad para garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta primera parte de

esta definición, destaca la característica esencial de la Administración Pública, esto es su carácter servicial para atender los intereses generales.

En concordancia con el Art. 227, el inciso segundo del Art. 314 de la Constitución establece lo siguiente:

“El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”

La Constitución impone a la Administración Pública la función de servicio a la colectividad que debe ser realizada en estricta observancia de ciertas normas o ideas fundamentales que tienen por objeto garantizar a los ciudadanos el acceso a bienes y servicios públicos y privados para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas. La consecución de este supremo objetivo se encuentra entonces en relación directa al apego de la actuación de la Administración a estos los principios constitucionales y otros que se establece en las leyes particulares a la actividad administrativa pública.

Por su parte, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE¹⁷, en su Art. 4, dispone que los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deben servir al interés general de la sociedad y deben someter sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa.

En este contexto, se impone a la Administración Pública en el Ecuador el deber de orientar su actuación privilegiando el respeto y protección de los derechos fundamentales por sobre la estricta observancia de la legalidad de sus actos, para lo cual debe actuar con estricto apego y observancia de los principios constitucionales establecidos.

¹⁷ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, D.E. 2428, R.O. 536 de 18-mar-2002.

A continuación se analizan brevemente los principios que moldean la Administración Pública en el Ecuador en el marco de la concepción garantista de nuestra Carta Fundamental:

1.- De participación.- Resulta necesario citar en primer lugar este principio que rige la Administración Pública en el Ecuador, pues reviste especial importancia por ser un principio fundamental para garantizar al ciudadano el efectivo el efectivo ejercicio y goce de sus derechos.

Por este principio, nuestro moderno orden constitucional pretende que la Administración genere los medios o mecanismos necesarios para ampliar la participación ciudadana en decisiones trascendentes y establece los procedimientos generales para poderla hacer efectiva. Así, en lo referente a las políticas públicas, los servicios públicos y la participación ciudadana el Art. 85 de la Constitución establece lo siguiente:

“En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.”

En términos generales, el principio de participación reviste especial importancia en el contexto del nuevo paradigma garantista en el cual nuestra Constitución pretende inscribirse. Al respecto el abogado Juan Pablo Morales Viteri anota:

“El actual proceso constituyente que vive el Ecuador, es resultado innegable de este resurgir de la conciencia democrática y participativa de la ciudadanía. El proyecto de constitución propone veedurías sociales para la designación de los cargos políticos más importantes, fortalecimiento de los mecanismos de democracia directa y la inclusión de una nueva función estatal de Transparencia y Control Social. Estos son ejemplos reales de cómo la participación de las personas ha influido en la incorporación de un aparataje a nivel del estado que le garantice tomar parte en las decisiones de los poderes públicos, así como también de la respuesta del poder ante la fuerza de la participación de la ciudadanía. En términos teóricos, todo lo anterior

se puede traducir en la búsqueda de los pueblos por reemplazar una democracia representativa por una participativa.”¹⁸

Con relación con este principio fundamental para lograr el buen vivir, la Doctora Carmen R. Apaza establece lo siguiente:

“Ecuador cuenta con una visión de país denominada “El Buen Vivir”. El concepto del Buen Vivir se traduce al sumak kawsay (la vida plena), en quichua, que para los pueblos indígenas significa que el ser humano tenga equilibrio con su comunidad y la naturaleza y que alcance una mejor calidad de vida. [...]

Para la nueva Constitución, el sumak kawsay implica mejorar la calidad de vida de la población, desarrollar sus capacidades y potencialidades; contar con un sistema económico que promueva la igualdad a través de la (re)distribución social y territorial de los beneficios del desarrollo; impulsar la participación efectiva de la ciudadanía en todos los ámbitos de interés público, establecer una convivencia armónica con la naturaleza; garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana; y proteger y promover la diversidad cultural. [...]

La participación de la población en la construcción y desarrollo de la nueva visión del Buen Vivir se realizó a través de tres mecanismos, Consulta Popular, el Referéndum, y la Planificación Participativa. [...]

A fin de fortalecer la participación ciudadana, la Nueva Constitución Política del Estado creó el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) como una entidad autónoma encargada de facilitar la participación ciudadana y promover la construcción de una cultura de transparencia. El CPCCS está dirigida por un cuerpo colegiado de siete miembros electos a través de un proceso de selección meritocrático abierto al escrutinio de los ciudadanos. [...]

Este nuevo estilo de gestión considera importante la participación de los distintos estamentos de la sociedad consistentes con la visión de

¹⁸ Juan Pablo Morales Viteri, *Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica*, en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, edit. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: MJDH, 2008), 86.

*crear un sistema de gobierno unitario, plurinacional e intercultural. Anteriores esfuerzos en previas administraciones incluyen el Plan Integral de Transformación y Desarrollo 1973-1977.”*¹⁹

2.- De transparencia y rendición de cuentas.- Con el mismo espíritu del principio de participación, estos principios se enmarcan dentro del modelo garantista de nuestra Carta Fundamental.

A través de la transparencia y la rendición de cuentas, se buscan garantizar al ciudadano el efectivo ejercicio y goce de sus derechos de participación²⁰ y de fiscalización del poder público²¹, condiciones indispensables para contar con una gestión pública moderna y responsable.

Para ello, en primera instancia, la transparencia procura garantizar el ejercicio del derecho constitucional de libre acceso a la información de entidades públicas y privadas que manejen recursos públicos o realicen funciones públicas.²² En concordancia, la Constitución prohíbe expresamente la existencia de información reservada, en especial en los casos de violación de los derechos humanos.

El catedrático José Manuel Canales opina que para lograr una gestión pública de calidad, es necesario que exista la rendición de cuentas por parte de los poderes públicos y la fiscalización de la gestión pública, para lo cual es necesaria la transparencia y libre acceso a la información:

*“Una gestión pública de calidad es aquella en la que existe responsabilización, esto es, en la que hay rendición de cuentas por el desempeño de las autoridades, directivos y funcionarios públicos frente a los ciudadanos, y control social sobre la gestión pública.”*²³

Con relación a la efectiva aplicación de estos principios en el transparencia y rendición de cuentas, en el marco de la actual línea de gestión pública en el Ecuador, la Doctora Carmen R. Apaza establece lo siguiente:

¹⁹ Carmen R. Apaza, *Estudio Comparativo sobre Procesos de Reforma de Estructuras Públicas en Países Seleccionados* (OEA, 2011), 29-36. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sap/docs/dgpe/EstudioComparativo2011.pdf>

²⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art.85, Art.95, Art. 204.

²¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art.61.5, Art.204.

²² Constitución de la República del Ecuador 2008, Art.18.2.

²³ José Manuel Canales Aliende, *Documentos básicos para la modernización y el fortalecimiento de las Administraciones Públicas en Iberoamérica* (Alicante: Ed. Club Universitario, 2009), 118.

“La transparencia, la rendición de cuentas y el control social, se consideran como importantes pilares para impulsar el proceso de cambio en el largo plazo plasmado en Plan Nacional Para El Buen Vivir 2009-2013.⁹⁷ Estos objetivos concuerdan con los principios de acceso a la información establecidos en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAI) No. 24, publicado en el Registro Oficial Suplemento 337 del 18 de Mayo de 2004.[...]

La República del Ecuador cuenta con dos instituciones relacionadas a las políticas públicas de transparencia institucional. Estas son la Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.[...]

El reconocimiento de la transparencia, la rendición de cuentas y el control social, como pilares importantes para el proceso de cambio estructural en el largo plazo plasmado en Plan Nacional Para El Buen Vivir 2009-2013 se dio dentro del marco de la reforma constituyente de 2008 que finalmente se plasmó en la nueva Constitución de la República del Ecuador.”²⁴

3.- De evaluación y control.- Estos principios se conjugan simultáneamente con principios de participación y transparencia, conforme se establece en el inciso final del Art. 85 de la Constitución se establece que:

“En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.”

La evaluación y el control permanente guardan estrecha relación con la calidad de la gestión pública, pues promueve un proceso de mejora continua. Al respecto, el catedrático José Manuel Canales opina:

“Una gestión pública de calidad es aquella que contempla la evaluación permanente, interna y externa, orientada a la identificación

²⁴ Apaza, *Estudio Comparativo sobre Procesos...*, 61-62.

de oportunidades para la mejora continua de los procesos, servicios y prestaciones públicas.”²⁵

Para la efectiva aplicación de este principio, el Presidente decretó la implementación del proyecto de Gobierno Por Resultados (GPR)²⁶ en todas las instituciones de la administración pública central, institucional y dependiente de la función Ejecutivo. Con relación a los mecanismos de evaluación de la gestión pública establecidos en Ecuador, y su relación efectiva con la participación y transparencia de la colectividad, Carmen R. Apaza establece lo siguiente:

“Ecuador cuenta con un sistema de evaluación de políticas públicas usando metas e indicadores que son elementos de referencia para el seguimiento de la acción pública y la comparación objetiva entre resultados esperados y los obtenidos. Las metas nacionales se encuentran detalladas en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. Las metas están acompañadas de indicadores de carácter cuantitativo, contruidos a partir de informaciones confiables, estadísticamente representativas. Se usan como instrumentos de verificación del cumplimiento de las políticas públicas u objetivos nacionales de desarrollo y cuentan con la validación de los ministerios ejecutores y ministerios de coordinación.[...]

En la evaluación de resultados se incluye también a los mecanismos de diálogo con la ciudadanía para identificar los resultados de programas públicos, así como el seguimiento físico a la ejecución de la inversión pública. El cumplimiento de las metas establecidas en el Plan es de responsabilidad conjunta de todas las Funciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados, y adicionalmente requiere el compromiso de todos los actores de la sociedad civil. [...]

El nuevo sistema de evaluación del cumplimiento de metas y objetivos nacionales plasmados en el Plan Nacional Para El Buen Vivir 2009-2013 se ha desarrollado en el marco de la reforma de la gestión pública emprendida por la administración del Presidente Correa, cuya

²⁵ Canales Aliende, *Documentos básicos para la modernización...*, 118.

²⁶ Decreto Ejecutivo 555 del 19 de Noviembre de 2010, R.O. II No. 331 del 30 de Noviembre de 2010.

estrategia se basa en lineamientos de planificación de mediano y largo plazo.”²⁷

4.- De obligatoriedad y responsabilidad.- Estos principios de corte garantista, tiene relación directa con el deber primordial del Estado de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular los de educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.²⁸

De igual manera tienen relación directa con la finalidad de la Administración Pública de servir a la ciudadanía²⁹ y con el deber del Estado de garantizar el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.³⁰

El incumplimiento o la deficiente prestación de servicios públicos, genera la responsabilidad de la Administración Pública y la obligación de indemnizar a los perjudicados. El Art. 54 de la Constitución lo establece de la siguiente manera:

“Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.”

La Constitución establece que el Estado es responsable por la negligencia y descuido en la prestación de los servicios públicos que estén a su cargo, debiendo responder civil y penalmente por los daños y perjuicios causados a las personas, que tienen por objeto satisfacer las necesidades individuales y colectivas, para lograr el bienestar común. De igual manera, la Constitución establece el derecho de repetición del Estado en contra de las personas responsables del daño producido, el cual deberá ejercer de forma inmediata y sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas a que haya lugar.

²⁷ Apaza, *Estudio Comparativo sobre Procesos de Reforma...*, 81-83.

²⁸ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 3.1.

²⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 227.

³⁰ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 52.

Con este mismo espíritu, el Art. 233 de la Constitución de la República establece que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente.

5.- De generalidad, universalidad y accesibilidad.- Estos principios se conjugan simultáneamente con el principio de obligatoriedad y tienen por objeto garantizar el derecho de personas a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación³¹ y el previamente referido deber primordial del Estado de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución.

La generalidad y universalidad de los servicios públicos hacen referencia a su accesibilidad, por la cual la prestación del bien o servicio debe realizarse bajo igualdad de condiciones, de tal forma que las oportunidades de acceso sean las mismas para todas las personas que se constituyen en usuarias, en condiciones relativamente similares de calidad, cantidad y costos.

La accesibilidad se traduce en la facultad del ciudadano usuario para recibir o acceder al bien o servicio, una vez cumplidas las formalidades y requisitos legales que se fijen para el acceso por parte de la entidad pública reguladora del bien o servicio; formalidades y requisitos que no pueden ser discriminatorias ni establecer condiciones que no sea igualitarias ni de cumplimiento generalizado. Al respecto, Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Raúl Canosa Userra dicen:

“Consecuentemente, la característica de generalidad se encuentra fuertemente vinculada a la idea de los derechos humanos porque, en principio, por el simple hecho de serlo, todo ser humano, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra condición, mediante la satisfacción de los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a usar el servicio público, sin más límite que el impuesto por la capacidad de prestación del propio servicio. Como dijera el profesor argentino Manuel María Díez ‘el servicio público es para todos no para determinadas personas’⁴.

³¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 66.4.

Sin embargo, no es suficiente el establecimiento formal de un servicio público para proteger los derechos humanos individuales y colectivos a cuya tutela coadyuva, ni para satisfacer la respectiva necesidad de índole general a que se destina, porque hace falta imprimirle efectivamente el carácter esencial de generalidad o universalidad que permita su empleo a todo habitante que lo requiera, siempre y cuando satisfaga los requisitos legales reglamentarios, si es que los tiene (recuérdese que no en todos los servicios existen requisitos para su uso o aprovechamiento), porque, como dice VILLEGAS BASAVILBASO: ‘Todos los habitantes tienen derecho al servicio con arreglo a la ley del mismo y a sus reglamentos’.”³²

6.- De eficacia y eficiencia.- Estos principios, conjuntamente con la economía integran las conocidas tres “e” –eficacia, eficiencia y economía- que son característicos del enfoque de la Nueva Gestión Pública (NGP), *management* público o gerencialismo que surgió como respuesta a la necesidad de transformar la administración pública de enfoque burocrático en un modelo organizativo más flexible y eficiente.

Estos principios implican no solo la utilización idónea y razonable de los recursos humanos y materiales, sino también en la eficacia y eficiencia de las políticas públicas, es decir, una gestión pública de corte gerencial, inteligente y previsiva, capaz de controlar y evitar las deficiencias, incumplimientos, subutilización y pérdidas de recursos.

Implican una planificación y programación, organización, tecnificación y actualización permanente, simplificación y celeridad de procedimientos, con el objeto de lograr los mejores resultados con la mayor economía. El resultado de la aplicación efectiva de estos principios se mide por la aplicación del principio de evaluación, previamente referido.

De acuerdo a Ramón Tamames Gómez, la eficiencia tiene un enfoque que es estrictamente económico o financiero, mientras que la eficacia es de orden

³² Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Raúl Canosa Userra, Edit., *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral* (La Coruña: Gesbiblo, 2008), 217-218.

organizativa o administrativa.³³ De cualquier manera, los principios de eficacia y eficiencia deben conjugarse simultáneamente, pues ambos están vinculados ineludiblemente a una idea de resultado óptimo.

Por una parte, el principio de eficacia hace referencia a la capacidad administrativa o de acción para perseguir y alcanzar el cumplimiento de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión. Este principio exige que la acción de la Administración Pública sea efectiva, es decir que el nivel de objetivos alcanzado sea óptimo. Para ello la normativa jurídica que regula la conformación, organización y acción de la Administración debe permitir el funcionamiento eficiente de los órganos de la Administración Pública, ajustados a políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes y compromisos de gestión.

Por otra parte, el principio de eficiencia básicamente hace referencia a la óptima o mejor relación costo-beneficio posible, que se deriva de la asignación y utilización del capital humano y recursos materiales que son puestos a disposición de la Administración Pública para el cumplimiento de las finalidades, objetivos y metas propuestas. Es decir, la utilización satisfactoria de los recursos disponibles, que se traduce en el uso eficaz de los recursos económicos disponibles.

7.- De descentralización y desconcentración.- Estos principios, también de enfoque neo-gerencial, de acuerdo con Prats (2005) surgen producto de una ruptura con el enfoque burocrático de administración pública, que se tradujo en una forma meticulosa y convencional de descentralización³⁴. Por la aplicación de estos principios de descentralización y desconcentración se procura objeto organizar las competencias entre los distintos niveles de administración pública y, al igual que los anteriores de eficacia y eficiencia, deben ser conjugados en forma simultánea.

La Constitución de la República establece en su la parte final del inciso primero de su Art. 1 que el Ecuador se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada, y en su Art. 3, numeral 6, impone al Estado el deber primordial de promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. Estos

³³ Ramón Tamames Gómez, citado por Luciano Parejo Alfonso en: *Eficacia y Administración. Tres estudios* (Madrid: INAP, 1995) 117.

³⁴ Joan Prats Catalá, *De la burocracia al management, del management a la gobernanza* (Madrid: INAP, 2005), 167.

principios se encuentran en armonía con lo que establece el Título V de la Carta Fundamental que trata sobre la Organización Territorial del Estado.

La descentralización y la desconcentración tienen por objeto promover el desarrollo equitativo, solidario y sustentable del territorio, la integración y participación ciudadana; promover el desarrollo social y económico de la población; promover el fortalecimiento del rol del Estado mediante la consolidación de cada uno de sus niveles de gobierno, impulsando el desarrollo nacional y garantizando el pleno ejercicio de los derechos sin discriminación alguna; garantizar la prestación adecuada de los servicios públicos; promover una organización territorial equitativa y solidaria; afirmar el carácter intercultural y plurinacional del Estado; e impulsar la participación ciudadana.

Concretamente, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización regula y desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva que define de la siguiente manera:

“Art. 105.- Descentralización.- La descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados.”³⁵

De esta definición que claro que la descentralización supone la atribución, con carácter permanente, de las competencias de un órgano administrativo a otro órgano administrativo autónomo que goza de autonomía política, administrativa y financiera sobre determinada circunscripción territorial.

La Ley de Modernización del Estado tiene por objeto establecer los principios y normas generales para regular la descentralización y la desconcentración. Su Reglamento General nos presenta las siguientes definiciones:

“Art. 31.- La descentralización administrativa es el proceso mediante el cual una entidad u organismo del Gobierno Central transfiere atribuciones, facultades u obligaciones de que gozaba a favor de otra entidad que es descentralizada ya sea territorialmente o

³⁵ Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía Descentralización, Ley 0, R.O.S. 303 de 19-oct-2010.

funcionalmente. La descentralización comprende también la creación de nuevas entidades para que ejerzan en el ámbito regional o provincial o de manera especializada funciones originalmente atribuidas al Gobierno Central.

Art. 34.- La desconcentración administrativa es el proceso mediante el cual las instancias superiores de un ente u organismo público transfieren el ejercicio de una o más de sus facultades a otras instancias que forman parte del mismo ente u organismo, para lo cual deberán solicitar al Ministro de Finanzas y Crédito Público, determine y apruebe los mecanismos y procedimientos necesarios para la desconcentración económica conforme con los principios contenidos en la Ley de Presupuesto del Sector Público.³⁶

Estas definiciones permiten diferenciar claramente el principio de desconcentración del principio de descentralización, por cuanto este último rige las relaciones de atribución de competencias entre distintas Administraciones Públicas, mientras que el primero rige las relaciones de competencias dentro de una misma Administración Pública, entre una instancia jerárquicamente superior con instancias inferiores del mismo órgano administrativo.

8.- De jerarquía.- Este principio que se refiere a la ordenación del aparato organizativo de la Administración Pública, es propio del enfoque burocrático, tal como lo observa Guillermo Ejea Mendoza:

“Así, el paradigma antiguo podría describirse como centrado en la burocracia, sostenido en la legitimidad de la dominación, orientado por los principios organizativos de la jerarquía y los procedimientos y tratando de resolver las disfunciones entre la burocracia y la democracia.”³⁷

En el mismo sentido, Jan Kooiman identifica en la organización jerarquizada indudables raíces “weberianas” de organización administrativa:

³⁶ Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, D.E. 2328, R.O.S. 581 de 02-dic-1994.

³⁷ Guillermo Ejea Mendoza, *Teoría y Ciclo de Políticas Públicas* (México: UAM, 2006), 13. Recuperado de http://www.cshenlinea.azc.uam.mx/02_inv/archivos/reportes/eco/lec/vlec021.pdf

“Estas formas jerárquicas de gobierno tienen raíces históricas de larga data, fuertemente influenciadas por Max Weber y, especialmente, por sus estudios sobre la burocracia, que establecieron el escenario para prácticamente todas las teorías sobre las formas jerárquicas/burocráticas de <<coordinación de la vida social>> (Thompson et al., 191).”³⁸

Al constitucionalizar el principio de jerarquía, nuestra Carta Fundamental está atribuyendo un papel fundamental a este concepto en el ordenamiento de la Administración Pública que implica posiciones de gradación sucesiva de los distintos órganos administrativos, gradación que implica la existencia, en todo caso, de órganos superiores que tienen poderes de dirección respecto a los órganos inferiores. Esta es una manera de garantizar que la organización de la Administración Pública se encuentre siempre en condiciones de cumplir con los fines propuestos.

Concretamente, la Ley de Régimen Administrativo³⁹ establece la organización, jerarquización, potestades, atribuciones y funciones de la Administración Pública, mientras que la Ley Orgánica del Servicio Público⁴⁰ norma el servicio público y la carrera administrativa, cuyo objeto por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, y la productividad del Estado y de sus instituciones.

De igual manera, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, tal como lo indica en su artículo primero, instituye la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.

La jerarquización supone la ordenación vertical y graduada de los órganos de la Administración Pública, de tal forma que los inferiores se encuentran en subordinación a los superiores, que se traduce en una nómina de potestades tales

³⁸ Jan Kooiman, *Gobernar en gobernanza, en La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia*, coord. Agustí Cerillo i Martínez (Madrid: INAP, 2005), 70.

³⁹ Ley de Régimen Administrativo, R.O.S. 1202 de 20-ago-1960.

⁴⁰ Ley Orgánica del Servicio Público, Ley 0, Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct-2010.

como las de dirigir, impulsar y fiscalizar a los inferiores, supervisar, inspeccionar y controlar las tareas de los inferiores, dictar órdenes e instrucciones que deben ejecutar los subordinados, facultades disciplinarias y sancionadoras, resolver conflictos, avocar atribuciones, facultades de delegar, anular o reforma de actos del inferior, resolver los recursos de alzada interpuestos contra las resoluciones y actos de los órganos inferiores, evaluar el desempeño de los inferiores y promoverlos.

Hay que remarcar que la jerarquía únicamente se da entre órganos integrados en una misma organización administrativa, pues la Constitución garantiza la autonomía órganos que integran las funciones del Estado y las administraciones públicas descentralizadas.

9.- De coordinación.- La coordinación se encuentra relacionada con los principios de desconcentración, descentralización, jerarquización y planificación, pero principalmente con el principio de competencia, pues la coordinación surge de la necesidad de que todos los órganos desconcentrados y descentralizados, actúen en unidad, como un solo organismo eficaz, operando en forma planificada.

La coordinación debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible un flujo continuo de información y de colaboración técnica, homogeneidad técnica en determinados aspectos, planificación y acción conjunta de los órganos que integran una misma rama, de manera de lograr la integración global del sistema.

Al constitucionalizar el principio de coordinación se presenta la necesidad de crear instancias coordinadoras de los órganos que integran una misma rama administrativa, como sería el caso de los ministerios coordinadores, lo que implica un grado de jerarquización. El Ecuador tiene una estructura compuesta por 21 ministerios sectoriales que a su vez están tutelados en 7 Ministerios coordinadores, que a su vez conforman los Consejos Sectoriales de Política. Al respecto la Doctora Carmen R. Apaza establece lo siguiente:

“En la nueva línea de gestión pública en el Ecuador, es clave el papel de los ministerios coordinadores, como instancias que garantizan la coherencia y retroalimentación de la acción pública sectorial. Así, se ha emprendido un proceso de organización sobre la base de una matriz

de diferenciación funcional, en la que se establecen claramente los papeles de cada organismo en relación con sus facultades y competencias facilitándose la coordinación. El Plan Nacional Para El Buen Vivir 2009-2013 establece políticas públicas para cada objetivo nacional (12), las cuales se implementarán por los consejos sectoriales. [...]

*Los Consejos Sectoriales de Política, integrados por los ministerios coordinadores, son los encargados de coordinar la implementación de las políticas públicas. Esta nueva forma de gestionar se diseñó a través del levantamiento de información referente al conjunto de entidades autónomas o adscritas a la Presidencia y a los Ministerios Sectoriales y se creó un marco organizativo para la Función Ejecutiva, [...]"*⁴¹

Continúa la Doctora Carmen R. Apaza refiriéndose a los procesos de reestructuración para lograr una coordinación efectiva entre los diferentes niveles de gobierno, en el marco del proceso de descentralización y autonomías, y en el marco de reforma institucional de los organismos:

“En el caso de Ecuador se observa que se han realizado esfuerzos de delineamientos de funciones y responsabilidades a fin de lograr una coordinación efectiva a nivel de gobierno nacional y sub-nacional. Para ese fin, primeramente se realizó un replanteamiento de la estructura del Ejecutivo (a fin de clarificar los papeles de las diferentes entidades), prosiguiendo luego con un segundo proceso de reformas al interior de los ministerios y secretarías nacionales (homologándose la estructura funcional básica de todas las carteras de Estado en 3 áreas: una general de planificación, una general jurídica y una administrativo financiera). La re-estructuración institucional también contó con procesos de desconcentración y descentralización de funciones. En ese sentido, se llevó a cabo un trabajo interministerial para la elaboración de las matrices de competencias ministeriales en

⁴¹ Apaza, Estudio Comparativo sobre Procesos de Reforma..., 90.

*coherencia con el proceso de rediseño institucional del Poder Ejecutivo.*⁴²

10.- De planificación.- El principio de planificación se conjuga simultáneamente con los de participación, descentralización, desconcentración y transparencia, y tienen por objeto garantizar la planificación participativa para el desarrollo con el objeto de alcanzar la realización del buen vivir o sumak kawsay.

El numeral 6 del Art. 3 de la Carta Fundamental establece como un deber primordial del Estado planificar el desarrollo nacional, con el objeto de erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir o sumak kawsay.

El Título VI de la Constitución de la República trata sobre del Régimen de Desarrollo y en su Art. 275 establece:

“El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”

Así, podemos entender la planificación como un proceso, un conjunto de acciones, sucesivas y simultáneas, que lleva a un resultado, que en nuestro caso el buen vivir o sumak kawsay, como fin último que persigue la administración pública.

⁴² Apaza, *Estudio Comparativo sobre Procesos de Reforma...*, 100.

Este proceso de planificación pública, tiene interés fundamental la participación de los ciudadanos a través de los mecanismos que la ley establece, debe llevarse a cabo de forma participativa, procurando que todos los miembros se involucren y en su desarrollo debe tenerse en cuenta además otros elementos como la descentralización, la desconcentración, la continuidad, la coordinación, la globalidad, y la transparencia, entre otros.

11.- De continuidad, regularidad y uniformidad.- Estos principios presuponen la prestación ininterrumpida de los servicios públicos y su funcionamiento de manera uniforme, sin cambios ni variaciones injustificadas o innecesarias. Los servicios públicos deben ser prestados de conformidad con las reglas y ajustados a los estándares técnicos y de calidad que rigen su funcionamiento.

La falta de uno o varios de estos elementos determinaría la interrupción, discontinuidad o irregularidad en la prestación de los servicios públicos, lo cual irrogaría daños o perjuicios al público usuario y al interés general.

Ahora bien, el alcance de la continuidad, regularidad y uniformidad debe ser entendida, primero en relación directa a las necesidades del usuario, y luego de acuerdo al tipo o naturaleza del servicio.

Con relación al primero, debemos entender que la continuidad de la prestación de un servicio no implica la prestación efectiva del servicio, sino que se debe entender como la disponibilidad efectiva del servicio para su utilización por parte del usuario, de acuerdo a sus necesidades, en el momento requerido o establecido por la autoridad reguladora, y en la medida necesaria y calidad esperada. Así por ejemplo, los servicios de salud deberán estar potencialmente disponibles para toda la ciudadanía y su prestación efectiva tendrá lugar cuando el usuario requiera atención médica.

Con relación al segundo, la continuidad no implica que todos los servicios deban ser prestados en forma permanente, sin interrupción o cesación de las labores de suministro, sino que debe ser entendida en función a la naturaleza de los servicios. Así, algunos servicios, tales como el servicio de suministro de agua potable, telefonía o energía eléctrica, demandarán un suministro ininterrumpido,

permanente, regular y de la calidad uniforme, excepto por interrupciones que obedezcan a razones de orden normativo o técnico tal como serían la suspensión por labores de mantenimiento o la suspensión del suministro por la falta de pago. Otros servicios, tales como el de educación o los de recolección de desechos sólidos, deberán ser prestados con la continuidad y frecuencia que las disposiciones de la autoridad reguladora y la técnica pedagógica lo imponga.

El principio de continuidad garantiza el derecho de la ciudadanía al acceso permanente a servicios públicos de calidad, que deberá ser entendida también como el ánimo de prestar el servicio sin que se produzcan interrupciones injustificadas, innecesarias, no autorizadas o ilegales en la prestación del servicio. Así, este principio estaría en confrontación con el derecho a la huelga reconocido a los trabajadores en el numeral 14 del Art. 326 de la Constitución y entramos en el campo de la ponderación de derechos y al respecto. Al respecto, el numeral 15 del mismo Art. 326 establece la expresa prohibición de paralizar ciertos servicios públicos de la siguiente manera:

“Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.”

En este sentido, el Código de Trabajo establece en el Art. 514 que las instituciones y empresas que prestan servicios de interés social o público sólo podrán suspender las labores, veinte días después de declarada la huelga, incluidas las empresas de energía eléctrica, agua potable, distribución de gas y otros combustibles, hotelería, bancos privados, asociaciones de ahorro y crédito para la vivienda y entidades financieras, transportes, provisión de artículos alimenticios, hospitales, clínicas, asilos y, en general, de los servicios de salubridad y de asistencia social, empresas ganaderas, agropecuarias y agrícolas, dedicadas a actividades que por su naturaleza demandan cuidados permanentes. Sin embargo, la prestación de los servicios no pueden suspenderse y las partes (empleados y empleadores) deben convenir las modalidades de la prestación de servicios mínimos

que deberán mantenerse mientras dure la huelga, con la obligación de que continúen activos al menos el 20% de los trabajadores a fin de atender las necesidades imprescindibles de los usuarios y precautelar las instalaciones, activos y bienes de la empresa, que demanden mantenimiento y atención.

Así, sin desconocer el derecho a la huelga que tienen los trabajadores, se dispone la fijación de las limitaciones legales para garantizar el ejercicio del derecho a la huelga sin afectar el goce del derecho de la ciudadanía al funcionamiento continuo e ininterrumpido de los servicios públicos básicos y esenciales, ambos bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos y protegidos.

12.- De calidad.- Finalmente, en cuanto al principio de calidad, este se refiere a la bondad o al carácter de superioridad o excelencia de prestación de los servicios, que atiendan las necesidades de los usuarios, resuelvan sus problemas y satisfagan sus expectativas. Sería la suma y resultado de la efectiva aplicación a la gestión pública de todos los principios enunciados.

La calidad como principio constitucional tiene por objeto garantizar el efectivo goce del derecho que se consagra en el citado numeral 25 del Art. 66:

“El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.”

Y en el inciso primero del Art. 52:

“Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”.

Pero como fue indicado, la calidad de la gestión pública es el resultado de la conjugación simultánea de una serie de principios. El catedrático José Manuel Canales Aliende identifica catorce principios que denomina *“principios inspiradores de una administración pública de calidad”* que son: 1) de servicio público; 2) de legitimidad democrática, representativa pero también participativa; 3) de transparencia y participación ciudadana (“el escrutinio público”); 4) de legalidad; 5) de coordinación y cooperación; 6) de ética pública; 7) de acceso universal; 8) de

continuidad en la prestación de servicios; 9) de imparcialidad; 10) de eficacia; 11) de eficiencia; 12) de economía; 13) de responsabilización; 14) de evaluación permanente y mejora continua. Al respecto de la calidad de la gestión pública y de los citados principios anota:

“La calidad de la gestión pública o el ‘buen gobierno’ como puede desprenderse de la enumeración antedicha es compleja y se compone y se manifiesta a su vez a través de esos relevantes catorce principios; entre los cuales a su vez no sólo se incluyen a los clásicos como el de legalidad y de igualdad o universalización en las prestaciones, y los de los tres clásicos ‘e’ (economía, eficacia y eficiencia); sino que también se incorporan otros más novedosos como el significativo de la ética pública, la responsabilización y la evaluación permanente.”⁴³

Nuestra Constitución dispone (Art. 53) que para efectos de garantizar la calidad de los servicios públicos, las empresas, instituciones y organismos públicos que presten servicios deben incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

13.- De legalidad.- Establecido en el Art. 226 de nuestra Constitución, el principio de legalidad ya referido anteriormente, tiene como fundamento garantizar el derecho a la seguridad jurídica del ciudadano frente a las actuaciones de la Administración:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

⁴³ Canales Aliende, *Documentos básicos para la modernización...*, 35.

Este principio tiene por objeto garantizar que todo ejercicio de la Administración esté sometido a la voluntad de la Constitución y la ley y no a la discreción de los funcionarios o servidores públicos. Constituye la garantía dada al ciudadano, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán vulnerados. Es decir, le da certidumbre sobre sus derechos y obligaciones.

Al respecto de este principio, el Doctor Marco Morales observa:

“En la actualidad, se debe mirar el principio de legalidad con mucha mayor amplitud, puesto que el administrador público y la función administrativa no solo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente , sino a la juridicidad de sus actos, esto es, han de tener presente al Derecho en su conjunto, a la misión que como función pública deben desarrollar, es decir, la consecución del bien común, todo ello enmarcado dentro del principio de responsabilidad en su actuación, para que, conforme el mandato del artículo 227 de la Carta Primera¹, sus actuaciones estén enmarcadas en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia. Pero además de aquello, la visión en la que deben fundar sus actuaciones será social, con lo que a la libertad de sus realizaciones estará siempre restringida al ámbito de lo social. De otra parte, lo novedoso de la nueva Carta Política radica en el hecho de que las actuaciones de los servidores públicos, siempre estarán sujetas a evaluación, cuestión que luce coherente con el sentido del nuevo orden jurídico, en tanto lo que se quiere lograr son niveles de la mayor calidad, eficiencia y excelencia.”⁴⁴

Podemos concluir esta sección acotando que la definición de una administración pública moderna deberá incluir los principios de enfoque contemporáneo, que nuestra Constitución ampliamente consagra y desarrolla, tales como los de participación activa de los ciudadanos en la planificación y toma de decisiones de la Administración, la sociabilización de programas y proyectos previa su aprobación y ejecución, la obligación de la Administración de crear las instancias, mecanismos o medios para garantizar al ciudadano su efectivo ejercicio del derecho a la participación, la obligación de rendición de cuentas y de transparencia de la información para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de fiscalización y

⁴⁴ Marco Morales T., *Derecho Procesal Administrativo, Texto-Guía* (LOJA: UTPL, 2011), 22.

control garantizados al ciudadano, el derecho a exigir la revocatoria del mandato de aquellas autoridades públicas que no cumplan con realizar una gestión pública de calidad, eficiente y efectiva, entre algunos otros derechos que nuestra moderna Constitución garantiza a los ciudadanos y que están dando forma a una nueva concepción de Administración Pública en el Ecuador.

Así, para la materialización del máximo propósito constitucional de construir una nueva forma de convivencia ciudadana para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*, se requiere de una Administración Pública comprometida con el deber primordial de garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, garantía que constituye el componente básico que debe sustentar una sociedad justa. Así lo establece la Constitución en el numeral 5 del Art. 11:

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

III.- LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La Constitución de la República, dentro de la concepción de un Estado garantista o neo constitucionalista, establece y desarrolla ampliamente los derechos que se reconoce a las personas, algunos consagrándolos literalmente como tales y otros como deberes u obligaciones del Estado.

Se había observado que los ciudadanos son considerados bajo diferentes enfoques en su relación con la Administración Pública, pues dependiendo de la relación que los vincule pueden ser considerados como administrados, como clientes de los bienes y servicios públicos o como ciudadanos participativos. Cabe preguntarse entonces si todos los derechos garantizados a las personas son aplicables con el mismo alcance y pretensión a los particulares, independientemente de la forma de vinculación que tenga con la Administración Pública.

Para desarrollar este punto, es necesario primero revisar brevemente algunas nociones y definiciones. En primer lugar, vamos a tratar sobre la condición que revisten los particulares frente a la administración pública, y en segundo lugar sobre los derechos de los ciudadanos.

III.1.- LOS CIUDADANOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Habíamos indicado en la Sección II.1 que es posible, en primera instancia, identificar tres enfoques del vínculo que se establece entre Administración Pública y los particulares. Los distintos enfoques teóricos sobre la Administración Pública determinan la condición que los particulares revisten frente a la Administración. Así, tenemos que en sus relaciones frente a la Administración el particular puede ser considerado como sujeto administrado, como sujeto usuario o cliente, y como sujeto ciudadano propiamente.

1.- Como administrado: En esta relación existe un desequilibrio de poderes entre las partes, en la cual el administrado es “sujeto pasivo” y la Administración Pública es “sujeto activo”. En este caso el administrado está sujeto a normas, regulaciones y decisiones que emanan de la administración pública. El administrado debe soportar las prerrogativas y potestades de la Administración Pública y para

equilibrar esta situación de subordinación, la Administración Pública debe ejercer la autoridad o el mando conferido por la Constitución y la Ley, en estricta observancia y aplicación del principio de legalidad. El administrado tienen muy poca capacidad o poder para participar en la toma de decisiones de la administración ni en la planificación de la gestión pública.

Bajo esta condición de administrados, por ejemplo, son considerados los ciudadanos cuando su actividad económica se encuentra regulada o controlada por el Estado. Esta condición, por ejemplo, se evidencia claramente en el ámbito tributario, cuando el particular reviste la condición de contribuyente ante la administración tributaria, y debe cumplir con una serie de obligaciones materiales y formales, con muy poca o ninguna capacidad de participación, por ejemplo, en la definición de políticas tributarias o en el desarrollo de la normativa tributaria. Se evidencia también cuando el particular debe observar y cumplir reglamentos o normas establecidas por la administración pública central o seccional (Municipios o Prefecturas) o cuando deben cumplir con prestaciones dispuestas por actos administrativos emanados de la autoridad pública.

Bajo esta perspectiva, debemos entender a la Administración Pública como una organización compleja, que comprende el conjunto de órganos que ejercen las potestades públicas administrativas correspondientes al Poder Público, constituidas por aquellas facultades para obrar, con fuerza ordenadora y coactiva, que le han sido atribuidas por la Constitución, las leyes y reglamentos. Estas facultades le otorgan la capacidad de moldear el mundo jurídico de los particulares, mediante los actos administrativos emitidos en el desarrollo de su actividad, siempre con objetividad y con la finalidad de servir a los fines superiores del Estado.

2.- Como cliente: En esta relación el cliente tiene alto grado de libertad o independencia para decidir sobre la utilización del servicio, pero una vez realizado el consumo se le impone la obligación de pagar una contraprestación. El Estado tiene la obligación de prestar el servicio y el derecho a exigir una contraprestación en la medida que el cliente lo utilice.

Bajo esta perspectiva de enfoque gerencialista, se busca introducir en la Administración enfoques e instrumentos de gestión propios del sector privado con el fin de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos. La concepción

gerencialista busca impulsar dentro de la Administración Pública iniciativas de mejora, controlar el grado de cumplimiento, incrementar el grado de satisfacción de los ciudadanos, informar a los ciudadanos sobre los servicios prestados, controlar el nivel de calidad de los bienes y servicios públicos, entre otros.

Bajo este enfoque, la colectividad tiene el derecho de exigir al Estado que realice las actividades necesarias para proveerlos de los bienes y servicios a los que tienen derecho, y generalmente se le concede el derecho de opinar sobre la calidad de los servicios prestados a través de encuestas y sistemas de medición de la satisfacción de los usuarios, y se establecen sistemas de quejas, denuncias y reclamaciones.

El Estado, por su parte, tienen la obligación de poner a disposición de los clientes los bienes y servicios a los que se encuentra constitucional o legalmente obligado, sin embargo la prestación efectiva del servicio solo tienen lugar cuando la persona, cumpliendo con los requisitos y formalidades que hubiere establecido la autoridad reguladora para acceder al servicio, hace uso del servicio y se constituye en cliente. Generalmente, la utilización efectiva del servicio por parte del ciudadano usuario o cliente le impone la obligación de pagar una contraprestación directa al prestador del servicio, en la medida de su utilización. Estas contraprestaciones o precios públicos generalmente se encuentran regulados por las autoridades de control y no obedecen a las fuerzas de demanda y oferta del mercado, salvo excepciones.

3.- Como ciudadano: En esta relación se procura un equilibrio e implica una evolución con relación a las formas precedentes de Administración. En esta situación, el ciudadano está dotado de derechos que puede ejercer activamente a través del derecho participación, actuando activamente en la toma de decisiones, en la planificación de la gestión pública, en el control y fiscalización de los poderes públicos, entre otros aspectos. La Administración Pública por su parte, también juega un rol activo para promover el ejercicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos. Al respecto, anota Maria Ceci Araujo Misoczky:

“Por administración activa entendemos no un fortalecimiento del poder administrativo, sino el uso de la autoridad discrecional para generar el trabajo de colaboración con los ciudadanos. La

administración activa es aquella en la que se actúa creativamente para orientar prerrogativas administrativas para la ciudadanía activa".⁴⁵

Bajo esta perspectiva, la Administración Pública tiene la obligación constitucional de realizar todas las actividades tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos, establecer las instancias y promover la participación activa de los ciudadanos, así como proveer privativamente ciertos bienes y servicios públicos que son considerados básicos y estratégicos para satisfacer las necesidades colectivas e individuales de las personas, en aras del bien común y del desarrollo de la sociedad. El acceso a estos bienes o servicios han sido reconocidos constitucionalmente como derechos de las personas debe ser garantizado por el Estado que tiene la obligación privativa de proveerlos, generalmente en forma gratuita, sin que pueda imponer una contraprestación al ciudadano, pues se consideran esenciales para la vida y el desarrollo del ser humano.

La colectividad tiene el derecho constitucional para demandar activamente esta atención del Estado y de participar activamente en la planificación, control, fiscalización, toma de decisiones y organización de los poderes públicos y de la gestión pública.

Es necesario anotar, que en cualquiera de los tres enfoques anotados, ya sea actuando como administrado, cliente o ciudadano, los individuos son sujetos investidos de derechos reconocidos por la Constitución, que el Estado está obligado a respetar y proteger, garantizado su efectivo ejercicio. Pero el alcance y pretensión de estos derechos difiere dependiendo de la condición en que se encuentre el particular frente a la Administración, pues cada enfoque corresponde a una etapa distinta en el proceso de evolución, tanto de la concepción de la Administración Pública como de los propios derechos. Para continuar con el desarrollo de este punto, es necesario recurrir a las ideas que nos presentan algunos tratadistas.

Podemos iniciar con la conceptualización clásica o tradicional de Administración Pública de Charles-Jean Baptiste Bonnin (1777-1846) extraída del estudio introductorio de Omar Guerrero, en la que se fusionan los conceptos de

⁴⁵ Maria Ceci Araujo Misoczky, *La relación entre ciudadanía activa y administración municipal en la configuración de una formación político-organizacional: los casos del Proyecto de Salud Mental de Belo Horizonte y del Presupuesto Participativo de Porto Alegre*, trad. Ana Sánchez, Revista del CLAD Reforma y Democracia No. 21 (Caracas: CLAD, Oct. 2001), 3. Recuperado de <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/0038108>

ciudadano y administrados en uno solo, independientemente de la forma de relación jurídico-administrativa que se establezca con la Administración Pública. Sin embargo, Baptiste identifica la existencia de *“otra manera de considerar a los administrados”*, lo que llama *“moral de la administración”* que implica la atención a ciertos aspectos culturales, científicos y servicios básicos como la *“higiene pública”*. Identifica además diferentes situaciones jurídico-administrativas que se establecen entre los ciudadanos y la administración pública, que sin perder su condición de administrados pueden presentarse ante la Administración ya sea como contribuyentes, concriptos, servidores públicos, jurado o tan solo como simples ciudadanos. Bajo esta óptica clásica, el administrado siempre se encuentra bajo una condición de subordinación a la Administración Pública, que está obligada simplemente a prestar ciertos bienes y servicios para garantizar derechos de primera generación, Civiles y Políticos, que tratan esencialmente de la libertad y la participación en la vida política, básicamente destinados a la protección del ser humano individualmente y contra cualquier agresión de los órganos públicos:

“La administración pública no se limita a asuntos legales; va más allá: tiene otras materias como objeto de su solicitud, como la higiene pública, los descubrimientos en las ciencias y las artes, los premios, las recompensas; en fin, aquello que Bonnin denominó moral de la administración y que implica ‘otra manera de considerar a los administrados’.

Emanada de las libertades del hombre y del ciudadano engendradas por la Revolución francesa, la ciencia de la administración pública trata pues del ciudadano en calidad de administrado. Su base social, las relaciones administrativas públicas y las relaciones administrativas civiles, se refieren unas al hombre como parte del pueblo ciudadano, otras al ser humano en su privacidad. Las primeras identifican a quien como contraparte del administrador es el ciudadano y a quien ante la administración pública no sólo tiene una relación general, sino también vínculos que tienden a especificarse conforme las relaciones administrativas se diversifican. En condición de administrados, los ciudadanos pueden encontrarse ante la administración pública como contribuyentes a la hacienda estatal,

como conscriptos del servicio militar, como miembros de la guardia civil, como jurados en los tribunales judiciales o meramente como personas inscritas en el registro civil. Las relaciones administrativas públicas contribuyen también a definir ciertas obligaciones de los ciudadanos –de modo que como contribuyentes participan de las ‘reparticiones’ (tributos sobre materias territoriales, personales, mobiliarias, de puertas y ventanas, y de patentes) y las ‘reclamaciones’-, al constreñimiento de los infractores, las recaudaciones y las concesiones municipales.”⁴⁶

Lorenzo Cotino Hueso (2008) nos presenta una idea donde se incluye el concepto de “cliente” en la relación jurídico-administrativa de los ciudadanos con la Administración, en un enfoque de tendencia gerencialista, que en este estudio denominamos como relación “administración-cliente”. El concepto de Cotino representa un avance en la concepción del ciudadano como administrado, subordinado a la administración, a ser considerado como cliente, con el reconocimiento de nuevos derechos como el derecho a la buena Administración, la transparencia, la simplicidad, y la orientación hacia la satisfacción del ciudadano-cliente”, concepción que implica la inclusión de elementos propios de la administración empresarial en la administración pública:

“A esta tendencia jurídica más general de reconocimiento de derechos y posiciones jurídicas del ciudadano administrado frente a la Administración, hay que añadir los impulsos de las corrientes del ámbito de la Ciencia de la Administración en las últimas décadas, bajo el sobre nombre de la “reinención del Estado” y, en castellano, básicamente en la “Nueva Gestión Pública”. Se habla de aproximarse al cliente, dar la voz al cliente o poner al cliente al volante. La transparencia y la simplificación son otros de los postulados de estas tendencias de la Ciencia de la Administración y como ha subrayado especialmente Criado, “en ese contexto, Internet se convirtió en un verdadero elixir” la “gran esperanza” para lograr esta Administración reinventada, menos compleja, transparente y orientada al ciudadano-

⁴⁶ Charles-jean Baptiste Bonnin, *Principios de administración pública / Chales-Jean Baptiste Bonnin*, comp. y estudio introductorio de Omar Guerrero, trad. Eliane Cazenave Tapie Isoard (México: FCE, 2004), 120-121.

cliente. Y también el Derecho español ha recibido estos impulsos del gerencialismo.

A las anteriores tendencias cabe añadir el reconocimiento del derecho a la buena Administración, un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea, con ecos normativos en España.”⁴⁷

Por su parte, el español Amador Elena Córdoba (1998) nos presenta la concepción contemporánea, donde el rol de los particulares en su relación jurídico-administrativa con la Administración ha dado un salto evolutivo, pasando de administrado a ser considerado como ciudadano. Esta nueva concepción implica no solo la superación de la etapa en que se concebía al particular como “sujeto pasivo” en sumisión a la Administración Pública, sino que representa un salto hacia un nuevo enfoque teórico de la Administración Pública y nueva concepción del papel del ciudadano, en la que también es sujeto activo, titular de derechos, que ejerce participativamente y cuyo cumplimiento demanda a la Administración:

“Estos veinte años han contemplado la transformación de una Administración Pública discrecional y arbitraria, la definitiva ruptura de su concepción dogmática,... pero si hubiera de resumirse ese proceso en una única idea, quizá la más acertada sería la de la conversión de los habitantes de este país, desde su consideración como ‘administrados’, en ‘ciudadanos’ titulares de derechos y dotados de una posición activa en sus relaciones con la Administración. Lejos de construir una mera precisión terminológica, el paso de administrados a ciudadanos sintetiza la caracterización democrática de la Administración Pública, emblemática del Estado de Derecho, y explica los procesos de cambio hacia una Administración receptiva en constante adaptación a las demandas sociales.”⁴⁸

El catedrático Manuel Arenilla Sáez (2011) nos ofrece un concepto contemporáneo, resultado de los procesos modernizadores o reformadores de la Administración Pública, que destaca el ejercicio derecho fundamental a la

⁴⁷ Lorenzo Cotino Hueso, *Los Derechos de los Ciudadanos ante la Administración Electrónica* (2008), 4-5. Recuperado de http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1518/

⁴⁸ Amador Elena Córdoba, *De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración*, en el colectivo *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, coord. Enrique Álvarez Conde (Madrid: INAP, 1998), 559.

participación de los ciudadanos y que ha denominado *ciudadano-democrático* delineado en el contexto de una nueva democracia constitucional, sujeto activo, titular de derechos, participativo, que en este estudio identificamos como parte de la relación “administración-ciudadano”:

“Con ser significativos los cambios anteriores desde la perspectiva pública, el más relevante es el que sitúa en una posición distinta al ciudadano frente a sus instituciones políticas y administrativas. En no demasiado tiempo se ha pasado de un ciudadano-administrado a otro usuario-cliente, y de aquí a otro ciudadano-democrático. Este no se conforma con ser un mero espectador del juego desarrollado entre los poderosos de la sociedad, sino que la desea ‘co-formar’ interviniendo como un participante activo en el establecimiento de las reglas del juego. Es evidente que este último rol no es reivindicado por la mayoría de los ciudadanos, pero el que, por ejemplo, los ciudadanos sean cada vez más exigentes con sus instituciones públicas y estén más desencantados con la política (CIS, 2009: 2809) muestran que estamos ante una tendencia real.”⁴⁹

Arenilla Sáez se refiere al proceso de reforma de la Administración y la evolución de la conceptualización del ciudadano pasando de ciudadano administrado a ser considerado como ciudadano usuario o cliente dentro del marco de la Nueva Gestión Pública (NGP) de corte gerencialista. Arenilla reconoce diferentes concepciones implican diferentes niveles de derechos y responsabilidades, así una concepción como cliente representa una naturaleza más elevada que “*supone un incremento de los derechos del ciudadano*”, con relación a la concepción como administrado, con derechos restringidos, pues implica “*énfasis en los procedimientos y la deshumanización en la relación con el ciudadano*”. Finalmente, concluye con la propuesta de evolución, en la que el ciudadano participe en la toma de decisiones y sea “*co-formador del sistema democrático*”, es decir ejerciendo sus derechos de participación e integración, para la construcción de un modelo de Administración que integre su finalidad de gestión pública con su función política y social, como garantía de los derechos del ciudadano:

⁴⁹ Manuel Arenilla Sáez, *Crisis y Reforma de la Administración Pública* (La Coruña: Gesbiblo, 2011), 17.

“Esta condición, la de ciudadano, trasciende a la de usuario o cliente y otorga una naturaleza más elevada a la relación de las instituciones y sus integrantes, especialmente los políticos, con los ciudadanos. Muestra que la Administración Pública y gobernar son algo más que gestionar.

La colocación del cliente de los servicios públicos en el centro del proceso administrativo y el ofrecimiento que se le hace de participar manifestando su opinión sobre el servicio que utiliza no es suficiente para lograr la legitimidad de la Administración Pública y de sus integrantes. La principal razón se encuentra en que se elimina o limita su naturaleza política rebajando su condición de ciudadano legitimador del sistema político a la de mero consumidor. [...] A éste no se le pide que se pronuncie sobre sus verdaderas necesidades y referentes de actuación; sino que lo haga sobre los servicios concretos con los que se relaciona.

Es cierto que la NGP supone un incremento de los derechos del ciudadano, pero los nuevos derechos se circunscriben al campo de la gestión pública. Se trata de un importante avance si se compara con la conceptualización del ciudadano como administrado, aunque coincide con el enfoque legal-racional de la Administración tradicional en que los referentes de actuación son los de los decisores políticos y administrativos.

Si la Administración burocrática había traído el énfasis en los procedimientos y la deshumanización en la relación con el ciudadano, la NGP contempla a la Administración en su faceta de prestadora de servicios, en muchos casos subsidiaria del mercado, relegando su función política y democrática en la sociedad. Es preciso señalar que esta función es indelegable en cualquier otra institución social o económica.

La contemplación de la Administración Pública desde una perspectiva integral que incluya la gestión y su función política y social es una garantía para los derechos del ciudadano. Esta integración de

fin es la que puede permitir evolucionar el actual modelo de Administración a otro en el que el ciudadano sea co-formador del sistema democrático y en el que establezca los referentes de actuación del sistema político y de sus situaciones, especialmente de la Administración Pública.”⁵⁰

Finalmente, Arenilla Sáenz identifica la coexistencia de diferentes concepciones del ciudadano, producto de los distintos enfoques teóricos sobre la Administración Pública, desde el enfoque clásico o burocrático, al enfoque gerencialista o de la nueva gestión pública, y finalmente hacia el enfoque contemporáneo o de gobernanza aún en evolución:

“La evolución de administrado, a cliente y a ciudadano participativo no solo muestra los distintos enfoques teóricos sobre la Administración Pública –burocracia, NGP, gobernanza-, sino esencialmente señala la evolución de las formas en las que se ejerce la dominación con el fin de lograr el consentimiento del ejercicio del poder. Se pasa así de un ciudadano sometido a la ley, a un ciudadano sometido al mercado y a un ciudadano que es tal si participa y se implica personalmente en el gobierno de la comunidad. El primer aspecto limita el ámbito de actuación política del ciudadano, lo aliena de la conformación del poder y otorga su soberanía a las instituciones políticas y singularmente a la Administración Pública que pretende conformar el interés general en solitario o con la ayuda de intereses cerrados. El segundo aspecto, al ignorar la condición política del ciudadano, otorga su soberanía al mercado, en el que difícilmente puede intervenir y menos conformar y del que las instituciones políticas, en esa concepción, son subsidiarias y residuales, lo que reduce su papel en la sociedad. Difícilmente puede el ciudadano establecer el bien común en un ámbito en el que no interviene sino como usuario, y no de todos los servicios y bienes públicos. El tercer aspecto asimila la ciudadanía al ejercicio directo de la participación en las instituciones públicas. Estas deben compartir de una manera creciente su poder en las redes de política o de gobernanza, lo que

⁵⁰ Arenilla Sáenz, *Crisis y Reforma de la Administración Pública*, 52-53.

relega a los ciudadanos no participantes y diluye o niega el concepto de bien común, que pasa a ser sustituido por los intereses de esas redes.

Estos tres enfoques principales conviven en la actualidad y los tres limitan la condición de ciudadano a un individuo sometido a las instituciones, al mercado y a las organizaciones sociales. El papel del ciudadano en los tres enfoques es el de votante-cumplidor de la ley, consumidor y miembro de un grupo de interés. Se pierde en los tres el carácter fundador y legitimador del ciudadano de las instituciones políticas, de las relaciones económicas y de la sociedad para pasar a ser un sujeto sometido a las mismas. Las organizaciones y sus dirigentes han pasado a ser más importantes que el ciudadano. El resultado es una ciudadanía cuestionable desde el punto de vista democrático que es preciso revisar para hacerla más responsable con el bien común y para que co-conforme el poder.

Visto así, lo propio del ciudadano es la comunidad política y el logro del bien común concretado en una serie de leyes, reglas y comportamientos acordados. Se alcanza mediante el adecuado funcionamiento de las instituciones políticas, económicas y sociales; el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas ante los ciudadanos de las mismas; un apropiada defensa y promoción de los derechos individuales y políticos de los ciudadanos; la participación democrática e inclusiva de los ciudadanos; y una eficiente prestación de los servicios públicos.

El nuevo concepto de ciudadanía significa que los ciudadanos pertenecen a una comunidad política de derechos y responsabilidades y se involucran en la vida política y en el funcionamiento del Estado y del gobierno (King y Stivers, 1998; [...])”⁵¹

En este enfoque, Arenilla agrega una cuarta concepción del ciudadano frente a la Administración. Es decir al concepto de ciudadano participativo, que en primera

⁵¹ Arenilla Sáez, *Crisis y Reforma de la Administración Pública*, 105.

instancia ejerce su derecho a la participación a través de las redes políticas, organizaciones sociales o de gobernanza (esquema de inclusión que relega a los ciudadanos no participantes), se le da en una segunda instancia un mayor alcance, con un ciudadano participativo directamente activo y una administración pública que activamente promueve los mecanismos para su efectiva inclusión y participación, es decir, un Estado que garantiza el efectivo ejercicio de los derechos de participación, inclusión, transparencia, cooperación, planificación participativa y otros similares, por sobre la mera enunciación retórica de los mismos.

Sin embargo, dejando a un lado la discusión sobre esta cuarta categoría, cuya concreción será el resultado de la maduración del actual proceso de conformación de un nuevo modelo de administración pública de corte garantista, y reduciendo la discusión a las tres categorías identificadas inicialmente, tal como lo reconoce Arenilla Sáenz, en la actualidad estas tres concepciones teóricas de la Administración Pública coexisten en una misma sociedad y limitan la condición de ciudadano. Cada una de ellas contiene implícitamente el reconocimiento de derechos de diferente alcance y pretensión, siendo posible establecer cierto grado de correlación entre ellos, así el reconocimiento de los denominados derechos denominados de primera generación, civiles y políticos, que tratan esencialmente de la libertad y la participación en la vida política, que fueron propuestos a fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX y pueden identificarse con el desarrollo de un enfoque clásico del ciudadano administrado; los denominados derechos de segunda generación, económicos, sociales y culturales, relacionados con la igualdad, que comenzaron a ser reconocidos a inicios del siglo XX y se encuentran relacionados con el enfoque gerencialista del ciudadano-cliente; y finalmente los de tercera generación, denominados de solidaridad, desarrollados en la década de los años 80's, se encuentran relacionados con el enfoque gerencialista del ciudadano-participativo.

En el caso del Ecuador, coincidiendo con Arenilla, estos tres enfoques principales conviven en nuestra sociedad y es posible identificarlos en las diferentes relaciones jurídico-administrativas que se establecen entre los particulares y la Administración. Así, frente a la Administración Pública el particular puede ostentar la calidad de administrado, de cliente o de ciudadano -en el proceso de construcción de un modelo de gobernanza moderna-.

Esta evolución del modelo de administración pública, la transición a un nivel superior de gobierno, es un proceso en cual no se eliminan automáticamente las formas precedentes, sino que se arrastran, sobreviven y se adaptan a las nuevas demandas sociales, como resultado de los poderes que se resisten al cambio, pero la tendencia los lleva a su desaparición en el tiempo, en la medida que se desarrollan progresivamente las condiciones necesarias en el nivel evolutivo superior. Al respecto de esta pugna o tensión que se produce en este proceso de transformación, el maestro Ferrajoli explica:

“Esta tensión entre derecho y poder existirá por siempre porque el poder es intolerante del derecho por definición. Esta es una enseñanza de Montesquiev, siempre tan actual. Me refiero a todos los poderes políticos, los poderes económicos, los poderes patronales, los poderes domésticos: la historia del derecho es una historia de una larga contra el poder salvaje contra el poder ilimitado. El constitucionalismo en este sentido ha mostrado la fase más importante de sometimiento del supremo poder al derecho, es decir del poder legislativo, representativo que ha cambiado la naturaleza de la democracia y también la naturaleza de la relación entre derecho y la política. [...]

Esta tensión es un hecho cultural que depende del crecimiento del sentido cívico de los ciudadanos. La lucha por el derecho no es solamente la lucha por la afirmación de mis derechos sino por la afirmación del derecho como sistema de límites y de vínculos, como base de la igualdad y condición de la convivencia pacífica. En ese sentido, la construcción de la democracia no solo pasa por la construcción institucional sino, a nivel sociológico, por su radicación social.”⁵²

En este sentido, el espíritu neo-constitucionalista de nuestra Carta Fundamental es transformador en materia del modelo de gobierno, esto es un cambio del modelo de control jerárquico de la Administración a un modelo de gobernanza moderna que implica el ejercicio efectivo de ciertos derechos por parte

⁵² Luigi Ferrajoli, Conferencia "Derechos y Garantías", Spondilus, Boletín de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ed. No. 51 (Quito: UASB, 1ra. quincena de agosto de 2011).

de la ciudadanía y un nuevo rol de la Administración. Pero se trata sobre todo de un proceso para lograr alcanzar un estado ideal, solo posible mediante el compromiso de todos los actores sociales y políticos. Al respecto de nuestra Constitución, Ferrajoli opina:

“En este sentido, los derechos fundamentales son la base de la igualdad. La igualdad normativa efectiva se mide por la cantidad de los derechos establecidos en la constitución. La constitución ecuatoriana es una de las más ricas en este sentido, están muchísimo derechos. En el plano normativo promete una igualdad muy fuerte; sin embargo, este modelo normativo contrasta con la realidad. El derecho de las constituciones, los derechos fundamentales no son reflejo de la realidad, son siempre contra la realidad, en el sentido que son leyes del más débil contra la ley del más fuerte: los derechos de los trabajadores contra el más fuerte económicamente, etc.

Una constitución nueva como la ecuatoriana puede producir un sobrecargo. Una corte constitucional de nueve miembros me parece muy difícil que pueda solucionar tantos casos. El control de constitucionalidad es un control necesario, es una garantía secundaria sin la cual los límites son de papel. Esto significa que los tribunales constitucionales pueden ser más amplios, divididos en secciones penales, civiles, etc. como una corte de casación, como una corte suprema.

La constitución ecuatoriana es muy buena, una de las más avanzadas en el mundo; sin embargo, puede ser que una mayor sobriedad, una mayor precisión podría ser más útil. La jurisdicción se legitima por su carácter tendencialmente cognitivo de la aplicación de la ley.

*Las cortes constitucionales deberían ser más complejas frente a esta carga de trabajo. ¿Cómo se puede decidir todo en nueve personas? Creo que son problemas técnicos y administrativos.”*⁵³

⁵³ Ferrajoli, Conferencia "Derechos y Garantías".

La socióloga alemana Renate Mayntz expone en forma brillante este proceso de conformación de una gobernanza moderna y las condiciones requeridas para alcanzar este objetivo:

“Gobernanza moderna significa una forma de gobernar más cooperativa, diferente del antiguo modelo jerárquico, en el que las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y ciudadanos que constituían la sociedad civil (Mayntz, 1998). En la gobernanza moderna, las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados, participan y a menudo cooperan en la formulación y la aplicación de políticas públicas. La estructura de la gobernanza moderna no se caracteriza por la jerarquía, sino por actores corporativos autónomos (es decir, organizaciones formales) y por redes entre organizaciones (Rhodes, 1997: 53). [...]

La gobernanza moderna, la cooperación entre el Estado y la sociedad civil para la formulación de políticas públicas, puede llevarse a cabo de diferentes maneras. Gran parte de la atención se ha dirigido a las distintas formas en que las autoridades públicas y los actores corporativos privados pueden colaborar directamente en los procesos de las políticas. [...]

Una forma relacionada de cooperación son las redes mixtas de actores públicos y privados que se observan en niveles más específicos de los sectores de las políticas, por ejemplo en las telecomunicaciones, salud o investigación científica (Marin/Mayntz, 1991). El surgimiento y la importancia creciente de las redes de políticas constituye un rasgo particularmente importante de la gobernanza moderna. [...]

Además de la cooperación directa de los actores públicos y privados en las redes de políticas, la gobernanza moderna incluye algunas formas de autorregulación de la sociedad. Aquí, los actores corporativos privados cumplen con funciones reguladoras que, en definitiva, son de interés público y les han sido asignadas, explícita o implícitamente, por el Estado. [...]

Las diferentes formas de gobernanza moderna pueden emerger sólo en países que tengan una serie de condiciones estructurales e institucionales previas. La condición más general para poder desarrollar una gobernanza moderna es que el poder debe estar disperso en la sociedad, pero no de manera fragmentada e ineficiente. [...]

Para poder pasar del campo público al privado en la gobernanza moderna, tiene que existir una sociedad civil fuerte, funcionalmente diferenciada y bien organizada. [...]

Pero eso no basta. Para que haya gobernanza moderna, la sociedad civil tiene que estar diferenciada funcionalmente en subsistemas, en donde organizaciones especializadas lleven a cabo las funciones económicas y sociales importantes, tales como la producción, la enseñanza, el cuidado de la salud, etc. Además, para que la gobernanza moderna sea posible, la sociedad civil tiene que estar bien organizada. [...]

Estas condiciones son difíciles de alcanzar. En cierto modo, lo que se espera que produzca la gobernanza moderna es al mismo tiempo, en parte, la condición para su surgimiento. Incluso en las partes más desarrolladas, más democráticas y más privilegiadas del mundo, en Europa Occidental y en los Estados Unidos, la realidad no corresponde totalmente a este cuadro ideal que hemos descrito. [...]

Al subrayar las condiciones institucionales y estructurales previas para una gobernanza moderna, he descrito obviamente una organización política ideal y una sociedad ideal. Los Estados-naciones reales sólo se aproximan a estos ideales, pero hay distintos grados de aproximación, y algunos países se acercan más que otros. [...]"⁵⁴

Así, reiterando lo anotado, en el Ecuador actual, la relación entre la Administración Pública y los particulares se establece con la coexistencia de los tres enfoques anotados, en los que el particular puede ser considerado como un

⁵⁴ Renate Mayntz, *El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna*, trad. Marie Gamondes-Tulian, Revista del CLAD Reforma y Democracia No. 21 (Caracas: CLAD, Oct. 2001), 2-4. Recuperado de <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/0041004>

administrado, como cliente-usuario o como ciudadano participativo, dentro de un proceso de construcción de un modelo de gobernanza moderna, en la cual, la Administración Pública deberá ir evolucionando para adaptarse a la demanda social que exige espacios de participación que le permita ser co-formadora de una sociedad democrática contemporánea.

III.2.- Los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la Administración Pública

Sin que se pretenda realizar un estudio pormenorizado y exhaustivo de las diferentes posturas sobre este tema tan ampliamente debatido, ni mucho menos agotarlo, es necesario iniciar abordando el problema al enfocarlo desde el punto de vista de las dos corrientes filosóficas principales que han tratado de explicar el concepto, fundamento y evolución de los derechos fundamentales: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

La primera (iusnaturalista) que reconoce la existencia de un derecho natural con supremacía sobre el derecho positivo, que considera que la existencia de derechos y deberes previa e independiente del ordenamiento jurídico y que considera que el derecho subjetivo es una facultad natural del individuo, que debe ser reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. La segunda (iuspositivista) que se contrapone a la tesis iusnaturalista y que considera que el único conjunto de normas que tiene carácter jurídico es el derecho positivo del cual nacen o se derivan todos los derechos subjetivos.

Dejando a un lado el debate filosófico y para efectos prácticos de este ensayo, esta segunda corriente, la iuspositivista, es la más apropiada para enfocar el problema, pues el modelo garantista tiene una gran influencia del neopositivismo, para lo cual nos remitiremos a los conceptos de derechos formulados por Kelsen y Ferrajoli.

El pensador jurídico y político austriaco Hans Kelsen, quien defendió una visión positivista excluyendo cualquier idea de derecho natural, entiende que el derecho subjetivo es: “[...] *la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado*

en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama.”⁵⁵ y lo concibe como un mero reflejo de la obligación jurídica de otro.

“Pero esta situación de hecho designa como ‘derecho’ o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando solo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse una sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza a la conducta contraria, una sanción. Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba.”⁵⁶

Luigi Ferrajoli, jurista italiano y uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, propone la siguiente definición de carácter teórica, puramente formal o estructural:

“[...] son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como

⁵⁵ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado: Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Trad. de Wenceslao Roces, (México: Porrúa, 1987), 545, citado por Juan Antonio Cruz Parceró en *El concepto de derecho subjetivo en la teoría del derecho contemporánea* (Alicante: Universidad de Alicante, 1998), p. 41.

⁵⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Porrúa, 1997), 140.

*presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”*⁵⁷

De las definiciones de Kelsen y Ferrajoli podemos rescatar cuatro elementos que aparecen como constituyentes de los derechos fundamentales como serian el elemento de la subjetividad, el elemento de la universalidad, el elemento de corresponder a personas dotadas de capacidad de actuar, y el elemento de su tutela de estos derechos por las normas jurídicas.

Podemos considerar que los derechos fundamentales son derechos subjetivos por cuanto se trata de un conjunto de facultades y poderes concretos de los cuales una persona es titular y que pueden ser ejercidos a su arbitrio.

Podemos considerar que los derechos fundamentales son universales por cuanto son aplicables a la generalidad sin exclusiones ni discriminaciones, ni desigualdades. Así, la inclusión de todos los miembros de un grupo, clase o categoría, o la no exclusión de ninguno de ellos, sería un elemento constituyente de la existencia de derecho fundamental, mientras todos ellos sean titular del derecho subjetivo tutelado por la norma de derecho fundamental.

Podemos considerar que los derechos fundamentales son aquellos que corresponden a personas dotadas de capacidad de actuar, es decir la capacidad de la persona para actuar válida y eficazmente en derecho, con capacidad jurídica, conocimiento y voluntad, para ser titular de relaciones jurídicas como sujeto activo o pasivo de derechos y obligaciones.

En este punto, queda claro que las personas naturales con capacidad de actuar son titulares de derechos fundamentales, resta analizar lo que ocurre con las personas jurídicas. Nuestro Código Civil en su Art. 40 establece que las personas son naturales o jurídicas; y en su Art. 564 define a la persona jurídica como una persona ficticia, pero con capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y son representadas judicial y extrajudicialmente. Dos elementos deben ser analizados: la ficción y la capacidad.

El término ficticio, de acuerdo con la definición de la Real Academia Española tiene dos acepciones: I. Fingido, imaginario o falso; II. Convencional, que resulta de

⁵⁷ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 19.

una convención. Considerando que toda persona jurídica tiene existencia a partir del cumplimiento de los requisitos que las normas jurídicas establecen para cada caso, y son el producto de una convención o acuerdo entre dos o más personas o entidades, es la segunda acepción del término ficticio la que tiene aplicación para en este caso.

En cuanto a la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles que establece nuestro Código, esta se resume en capacidad de obrar con capacidad jurídica, conocimiento y voluntad. Esta capacidad para ejercitar relaciones jurídicas, conforme lo dispuesto por el Art. 564 se materializa por intermedio de su representante legal en el ámbito judicial y extrajudicial. Bajo este contexto podríamos concluir que las personas jurídicas son también titulares de derechos fundamentales en lo que atiene a las relaciones jurídicas que ejercita.

Podemos considerar además que los derechos fundamentales son derechos tutelados por las normas jurídicas, es decir son derechos reconocidos por la Constitución o por las normas jurídicas, situación propia del Estado de Derecho, siendo que cualquier persona tiene derecho a interponer las acciones que la Ley le otorga para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

De los conceptos expuestos podemos concluir que los "derechos del ciudadano frente a la administración pública" son una expresión de los derechos que tienen todas las personas, naturales o jurídicas, en cuanto detentan la condición de "administrado, cliente o ciudadano", responsables del cumplimiento de obligaciones materiales y formales, pero que también titulares de derechos, en contrapeso de dichas obligaciones y de la potestad de la administración, entendidos como un conjunto de facultades y poderes concretos que pueden ser ejercidos a su arbitrio y que están tutelados por las normas constitucionales, por lo que deben ser respetados, amparados y promovidos por el Estado, de tal forma que la relación entre la Administración y el ciudadano se desarrolle en un plano de derecho, de justicia y equidad.

Ahora bien, es importante anotar que la Constitución de la República no consagra propiamente un decálogo de derechos de los ciudadanos frente a la

Administración Pública. Por su parte, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, en su Art. 205, establece los derechos de los particulares, en sus relaciones con las administraciones sujetas a este estatuto.

Tal como opina el profesor Ferrajoli⁵⁸, nuestra Constitución es una de las más ricas pues garantiza una gran cantidad de derechos, y muchos de ellos corresponden a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, ya sea enunciados positivamente como tales, ya sean como principios de la Administración o ya sean como obligaciones de cumplir la Administración.

Para iniciar el desarrollo de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública, es indispensable remitirnos en primer lugar al fin supremo del Estado, que debe orientar toda la gestión pública como obligación y como derecho de todos los ciudadanos. Esta disposición se encuentra consagrada en el preámbulo de nuestra Constitución y consiste en la decisión suprema de construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; y construir una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades. Así, todas las actuaciones de la Administración Pública deberán estar enmarcadas en el supremo propósito de alcanzar el buen vivir como el derecho supremo de la colectividad.

Una vez realizada esta puntualización preliminar, a continuación pasamos a analizar brevemente los derechos que garantiza nuestra Constitución relacionados al ámbito de este estudio; y aquellos que garantizan otras leyes de inferior jerarquía como el Estatuto Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la Ley Orgánica de Empresas Publicas⁵⁹ y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor⁶⁰.

1.- Participación.- El derecho de participación ciudadana que consagra ampliamente nuestra Carta Fundamental surge en primera instancia del reconocimiento fundamental, consagrado en el inciso segundo del Art. 1, que la soberanía radica en el pueblo y que su forma de ejercerla es a través de la participación:

⁵⁸ Ferrajoli, *Conferencia "Derechos y Garantías"*.

⁵⁹ Ley Orgánica de Empresas Publicas, Ley 0, R.O.S. 48 de 16-oct-2009.

⁶⁰ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley 21, R.O.S. 116 de 10-jul-2000.

“La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.”

Este derecho y su efectivo ejercicio está garantizado por la efectiva aplicación del principio de participación que rige la Administración Pública, que tiene por objeto imponer al Estado y a sus órganos de gestión pública el deber primordial de desarrollar los mecanismos o medios necesarios para ampliar la participación ciudadana en la toma de decisiones trascendentes de formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos. Así, en lo referente a las políticas públicas, los servicios públicos y la participación ciudadana, el Art. 85 de la Constitución establece lo siguiente:

“En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.”

El capítulo quinto del Título II de la Constitución contiene las disposiciones constitucionales relacionadas a los Derechos de Participación, y en su Art. 66 se reconoce ocho derechos de participación, de los cuales al menos seis se pueden identificar como derechos de participación de los ciudadanos frente a la Administración y dos como derechos exclusivamente de participación política:

- “1. Elegir y ser elegidos.*
- 2. Participar en los asuntos de interés público.*
- 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.*
- 4. Ser consultados.*
- 5. Fiscalizar los actos del poder público.*
- 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular.*

7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.

8. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten.”

El Título IV de la Constitución trata sobre la Participación y Organización del Poder y en la Sección Primera del Capítulo Primero, Art. 95, desarrolla los principios de participación ciudadana de la siguiente manera:

“Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.”

Tal como se encuentra consagrado este principio, se deriva su importancia para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de participación de los ciudadanos para la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, así como para el ejercicio de otros derechos como los de control y fiscalización que se garantizan además por la efectiva aplicación de los principios de transparencia y rendición de cuentas.

En el Art. 100 de la Constitución se establece la forma de ejercicio de participación en todos los niveles de gobierno, para lo cual se dispone la

conformación de instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno. Mediante esta disposición se crea el marco jurídico constitucional para el efectivo ejercicio del derecho de participación de los ciudadanos en la Administración Pública en la elaboración de planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía, para mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo, para elaborar presupuestos participativos de los gobiernos, para fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, para la rendición de cuentas y control social, y para promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

Finalmente, sobre la importancia de este derecho de participación en el proceso de construcción de este nuevo modelo de gobierno neo-constitucional, Morales Viteri expone lo siguiente:

“De esta manera, la activa participación de la ciudadanía constituye un complemento de legitimidad para el paradigma garantista y un cambio sustancial en el modelo, pues implica el paso de una visión elitista de protección de derechos a una construcción social de los mismos mediante la deliberación y la argumentación de la ciudadanía en espacios democráticos.”⁶¹

2.- Resistencia.- Como parte de los derechos de participación, en el Art. 98, de la sección segunda, Capítulo Primero, Título IV, se reconoce el derecho constitucional a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos, para lo cual se establece la garantía de la acción ciudadana (Art. 99) que se debe presentar a través de la Defensoría del Pueblo (Art. 215.1).

3.- Fiscalización.- Como parte del derecho de participación ciudadana, la Constitución en su Art. 61, Num.5, y en Art. 204 consagra el derecho de los ciudadanos a fiscalizar las actuaciones del poder público:

⁶¹ Morales Viteri, *Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica*, 118.

“El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.”

La obligación de rendición de cuentas por parte de los poderes públicos, la garantía del derecho a la transparencia y del libre acceso a la información, son fundamentales para viabilizar el ejercicio del derecho de fiscalización de la gestión pública como parte del ejercicio del derecho de participación ciudadana.

4.- Libre acceso a la información.- En concordancia con el derecho a la participación, y para facultar el derecho de fiscalización, el numeral 2 del Art. 18 consagra el derecho constitucional de libre acceso a la información de entidades públicas y privadas que manejen recursos públicos o realicen funciones públicas y prohíbe expresamente la existencia de información reservada, en especial en los casos de violación de los derechos humanos:

“Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.”

Este derecho tiene especial importancia para el administrado, por una parte cuando se relaciona con el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas, consagrado en el numeral 23 del Art. 66; y por otra parte cuando se relaciona con el derecho a la protección, acceso y decisión sobre la información y datos de carácter personal, consagrado en el numeral 19 del mismo artículo, estableciéndose que para que la autoridad esté facultada a recolectar, archivar, procesar, distribuir o difundir estos datos o información debe existir la autorización previa del titular o de un mandato de la ley que debe ser siempre acorde y en observancia del derecho a la intimidad personal y familiar consagrado en el numeral 20 del artículo ibídem.

5.- Acceso a bienes y servicios públicos.- El Art. 3 de la Constitución, en su numeral primero, garantiza, como un deber primordial del Estado el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua

para sus habitantes. Así, se impone a la Administración Pública la obligación de prestar los servicios de educación, salud, seguridad social y acceso al agua como un derecho de los ciudadanos.

El derecho de las personas a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características, está reconocido en el numeral 25 del Art. 66 de la Constitución. En concordancia, el Art. 52 consagra el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

En este mismo sentido, el Art. 314 de la Constitución establece que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado debe garantizar que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado debe velar por que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos y establecer los mecanismos para su control y regulación.

Este derecho se encuentra garantizado por la efectiva aplicación de los principios de eficiencia, eficacia, generalidad, universalidad, accesibilidad, continuidad, regularidad y uniformidad, así como el principio de responsabilidad por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos (Art. 11.9). De tal forma que, la provisión de bienes y servicios públicos de calidad, prestados bajo los principios referidos, redundan en beneficio de la propia administración pública, pues genera la percepción en el ciudadano como usuario o cliente que el precio que paga o la carga tributaria que se le impone, no es excesiva, injusta ni confiscatoria. La satisfacción de ciudadano usuario o cliente genera la percepción que las imposiciones tributarias que paga al Estado se revierten a su favor mediante la provisión de bienes y servicios públicos de calidad, lo que es fundamental para alcanzar un sentimiento de pertenencia de los individuos a su comunidad, una proximidad con sus autoridades

públicas y, en materia tributaria, genera disminución de la evasión tributaria e incrementa el cumplimiento voluntario, cabal y oportuno, de las obligaciones tributarias.

9.- Igualdad y no discriminación.- El derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación se encuentran consagrados en el Art. 66, numeral 4, de la Constitución, y su ejercicio se rige por los principios consagrados en el numeral 2 del Art. 11:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”

10.- De Protección.- En adición a los principios enunciados, tienen especial importancia aquellos derechos que contiene el Capítulo VIII de la Constitución referente a los “Derechos de Protección”.

La Constitución de la República en sus Art. 75 y 168, numeral 4, establece que toda persona tiene el derecho de acceso gratuito a la justicia, es decir que el acceso a la justicia no puede estar limitado por razones de orden económico. En materia administrativa las normas que regulan el régimen contencioso están contenidas en la Ley De La Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁶²

⁶² Ley De La Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 35, Registro Oficial 338 de 18-mar-1968.

Un caso especial ocurre en materia de Administración Tributaria, cuyas normas que regulan el régimen contencioso están contenidas en Libro Tercero del Código Tributario. Mediante la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el R.O. 242-3S del 29 de diciembre de 2007, en el Art. 7, se estableció la obligación de afianzamiento para efectos de interponer acciones y recursos contra actos determinativos de obligación tributaria y procedimientos de ejecución mediante caución equivalente al 10% de la cuantía, siendo que el Tribunal está impedido de calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, por lo que se deberá considerar como no presentada la demanda y por lo tanto ejecutoriado el acto impugnado. Como lo establece la Constitución, la gratuidad del acceso a la justicia es un derecho que debe ser garantizado por el Estado, y la adopción del principio llamado "*solve et repete*", es decir pague primero y reclame después, no solo limita ese derecho, sino que además establece una situación de desigualdad entre los contribuyentes, entre aquellos que eventualmente tienen capacidad económica para acceder a la justicia pagando la caución y aquellos que no pueden acceder a ella porque eventualmente no gozan de la situación económica que les permita efectuar el pago. No se puede entender que exista ninguna otra finalidad u objetivo razonable para adoptar esta obligación de rendir caución para acceder a la justicia, que no sea la buena intención de desalentar las acciones y recursos que se interponen con fines meramente dilatorios, con objeto de descongestionar la administración de justicia y lograr una justicia expedita, pronta y oportuna. Ante estas aparentes buenas intenciones podemos afirmar categóricamente que el fin no puede justificar los medios y en la ponderación de los beneficios que puede implicar el descongestionar la administración de justicia no se puede admitir el asumir el costo que implica el sacrificio de derechos fundamentales como los de igualdad, libre acceso a la justicia y el derecho a la defensa o a no quedar en la indefensión.

El mismo Art. 75 de la Constitución establece que las personas tienen derecho a la tutela efectiva de sus derechos, a contar con una justicia imparcial y expedita, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad. Para que el ciudadano pueda gozar de la tutela efectiva, entendiéndose por esta como el derecho a obtener y a que se ejecute una resolución fundamentada y motivada en derecho, así como contar con una justicia imparcial, expedita, inmediata, pronta y oportuna, debemos agregar que el ciudadano tiene el derecho a contar con una

justicia especializada en las diferentes materias que integran la administración pública y debe ser independiente de los órganos de la administración pública.

Debe ser especializada, pues el ámbito de actuación de la administración pública es amplio y requiere en algunos casos de conocimientos complementarios específicos. Así por ejemplo cuando se trata de resolver asuntos en materia tributaria en forma acertada, justa, fundamentada y motivada, no basta tan solo con el profundo conocimiento de las normas legales que rigen la materia tributaria general que de por si tienen diferentes especialidades y una normativa particular que rige cada una de estas especialidades que comprenden tributos nacionales, tributos en el ámbito seccional y tributación en materia aduanera; sino que además se requiere del cabal entendimiento del problema que se discute, para lo cual el juzgador debe tener conocimiento de otras materias como contabilidad, finanzas, comercio, economía, entre otras.

Debe ser independiente, pues para garantizar la total imparcialidad se requiere que el órgano juzgador no sea dependiente ni esté subordinado, ni administrativa ni financieramente, de tal forma que sus fallos no se vean influenciados o inclinados a favor de los intereses del Estado, ya que en todo litigio la contraparte litigante es la Administración Pública que representa dichos intereses. En este sentido, la Constitución de la República en su Art. 168 ya prevé que los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa, siendo que la violación a este principio conlleva responsabilidad administrativa, civil y penal. Resalta que la Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.

En lo que se refiere a los Derechos de Protección, el Art. 76 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso, tanto para los procesos que involucren derechos y obligaciones de cualquier orden en la jurisdicción administrativa como en la jurisdicción contenciosa, y se establecen las garantías básicas para aquello. Sobre este punto, es importante resaltar que en el numeral segundo se consagra la garantía de presunción de inocencia de toda persona, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

Nuevamente, en materia tributaria se presenta una situación singular, pues el Código Tributario en su Art. 316 establece que: *“en los delitos, los actos u omisiones*

que los constituyen se presumen conscientes y voluntarios, pero será admisible la prueba en contrario.”, lo cual constituye una clara violación de este derecho humano fundamental de presunción de inocencia, que es una garantía básica del debido proceso y que está reconocida no solo en nuestra Constitución, sino en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y por varios tratados internacionales de los cuales Ecuador es signatario.

Por su parte, la Ley Orgánica de Empresas Públicas que en su disposición general novena hace referencia al derecho de los usuarios y consumidores de las empresas prestadoras de servicios públicos a dirigir solicitudes y requerimientos relacionados con la prestación de servicios, las que deberán considerarse en lo pertinente, en el marco de los derechos establecidos en la Constitución de la República y la propia Ley.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su Art. 4 establece algunos derechos que corresponden al particular, bajo un enfoque de administración-cliente:

“1. Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos;

2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad; 3. Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad;

4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar;

5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida;

6. *Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;*

7. *Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos;*

8. *Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;*

9. *Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor; y,*

10. *Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión;*

11. *Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan; y,*

12. *Derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá notar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado.”*

Finalmente, el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, en su Art. 205, establece los siguientes derechos de los particulares, en sus relaciones con las administraciones sujetas a este estatuto:

“a) Conocer, en cualquier momento, el estado del trámite de los procedimientos en que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos;

b) Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos;

c) Obtener copias certificadas de los documentos originales que consten en cualquier expediente administrativo, salvo que se trate de aquellos documentos calificados como reservado, de conformidad con la legislación vigente;

d) Solicitar la práctica de todos los actos probatorios previstos en la ley y en este estatuto, que se ordenen y practiquen, alegar en derecho y, en general, ejercer una amplia defensa en los procedimientos administrativos previa resolución;

e) Que no se les exijan copias o documentos que deben estar archivados en la propia administración actuante;

f) Que se les informe sobre los instructivos internos que tengan relación con el procedimiento en el que tienen interés;

g) Tener acceso a los archivos de la administración en la forma prevista en la ley y en las normas de la propia administración;

h) Ser oídos y tratados con respeto por las autoridades y funcionarios que tienen la obligación de facilitarles el ejercicio de sus derechos, constituyendo falta grave la omisión de esta obligación administrativa; e,

i) Todos los demás que se encuentren reconocidos por la Constitución y las leyes.”

Como corolario, podemos decir que toda Carta Fundamental de un Estado neo-constitucionalista busca en última instancia el bien supremo de la sociedad, que en nuestro caso se define como el “buen vivir”. Como mecanismo para alcanzar este fin, la Constitución de la República del Ecuador consagra derechos a las personas y garantiza su ejercicio, respeto y efectiva tutela por parte del Estado. Así, de lo expuesto, resulta evidente que en el marco constitucional vigente, la actuación de la Administración Pública ya no deberá estar fundada tan solo en el estricto cumplimiento del texto, es decir, en la capacidad reglada conferida por la ley, sino que deberá estar fundada primordialmente en el respeto y protección de los derechos garantizados en la Constitución.

III.3.- LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

III.3.1. DE LA RESPONSABILIDAD Y LA OBLIGACIÓN DE REPARACIÓN

El Diccionario Jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres define en términos generales el término “responsabilidad” como un sinónimo de deuda u obligación de corte moral, y en efecto así lo es, pues, quien está obligado a una prestación está moralmente obligado a reparar el daño que pueda haber causado su incumplimiento o deficiente prestación:

*"Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado."*⁶³

El numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República establece la responsabilidad del Estado por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y su obligación de reparar los daños causados:

"El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución."

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos."

En este mismo sentido, el inciso segundo del Art. 53 establece la responsabilidad del Estado de indemnizar a los perjudicados por los daños causados por la falta o deficiente prestación de servicios públicos:

"El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de

⁶³ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*.

los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”

En concordancia, el Art. 54 establece la responsabilidad civil y penal de personas y entidades por la deficiente prestación de los servicios públicos o por la calidad defectuosa de un bien:

“Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.”

En este enunciado me permito acotar que las entidades, personas jurídicas, no son penalmente responsables, pues no pueden ser condenadas a penas privativas de la libertad sino tan solo penas de carácter pecuniario, por lo tanto son sus representantes legales quienes tienen la obligación de responder penalmente por perjuicios causados a terceros.

De las disposiciones constitucionales enunciadas, se deriva la responsabilidad objetiva del Estado de responder por las acciones u omisiones de todas las entidades, instituciones y órganos del sector público, que irroguen daños o perjuicios a particulares, sin perjuicio del ejercicio del derecho de réplica contra aquellos funcionarios y servidores públicos por su acción culposa o dolosa, debidamente determinada en los procedimientos administrativos y contenciosos. Es decir, le asiste el derecho al particular de ejercer acción contra la Administración Pública para obtener una compensación indemnizatoria por los perjuicios causados, sin necesidad de accionar en contra del agente público del cual emanó el acto dañoso, ya que ante los ciudadanos el responsable es el Estado.

Con relación a las vías que tiene el particular para exigir su derecho a la reparación, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, en su Art. 209, trata sobre la responsabilidad patrimonial a la que se refería el Art. 20 de la derogada Constitución Política de la República del

Ecuador de 1998⁶⁴ y que corresponde a la responsabilidad de reparación establecida en el citado numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República vigente. Esta disposición establece lo siguiente:

“Art. 209.- De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que provinieren el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal.

Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios.”

Para ejercer la acción reparatoria y exigir indemnización, el accionante deberá demostrar que el daño o perjuicio fue real y determinado, y que no estaba obligado a soportarlo por disposición legal alguna, conforme lo dispone el ERJAFE:

Art. 210.- Daño.- El daño alegado deberá ser real y determinado con relación a una persona o grupo de personas.

Art. 211.- Indemnización.- Serán indemnizables los daños causados a las personas cuando éstas no tengan la obligación jurídica de soportarlos.”

Así, la acción reparatoria la pueden ejercer los particulares en sede administrativa, presentando en primer lugar su reclamo administrativo, tal como se establece en el Art. 172 y al tenor de las disposiciones procedimentales del ERJAFE:

⁶⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, D.L.O, R.O. 1 de 11-ago-1998, “Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.”

“En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple Administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.”

Una vez resuelto el reclamo, cabe la impugnación, ya sea en sede administrativa o judicial. Al respecto el Art. 173 de la Constitución de la República establece:

“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

En concordancia con la citada disposición constitucional, el Art. 79 del ERJAFE establece lo siguiente:

“Las personas afectadas por hechos administrativos deberán denunciarlos o presentar el respectivo reclamo ante la autoridad correspondiente. Si formulado el reclamo la Administración lo niega, se podrá impugnar dicha decisión ya sea en sede administrativa o judicial.”

De las disposiciones citadas se desprende que le asiste el derecho al accionante de continuar el trámite por la vía administrativa o acudir a la vía judicial. Así, continuando la sustanciación del trámite por la vía administrativa deberá interponer el recurso de apelación de conformidad con lo que se establece en los Art. 176 y 177 del ERJAFE, con cuya resolución se agotará esta vía:

“Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto.

1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que

niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.

2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

Art. 177.- Plazos.

1. El plazo para la interposición del recurso de apelación será de 15 días contados a partir del día siguiente al de su notificación.

Si el acto no fuere expreso, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso.

3. Contra la resolución de un recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos aquí establecidos.”

Ahora bien, para acudir directamente a la acción judicial ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, sin apelar de la resolución del reclamo en sede administrativa, el interesado deberá observar la siguiente disposición del ERJAFE:

“Art. 212.- Acción judicial.- Si las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios niegan la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstienen de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa contra ellos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.”

De esta última disposición se puede concluir que el particular, para poder ejercer la acción reparatoria en sede judicial, debe haber presentado, en primer lugar, el reclamo pertinente ante la autoridad correspondiente de la Administración Pública, para luego, ya sea ante la negativa o ante la abstención de pronunciamiento, acudir en impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

En este punto es importante anotar que en el evento que la Administración no se pronuncie sobre un reclamo en el plazo indicado de tres meses, no opera la figura del silencio administrativo. Así lo establece el ERJAFE en el numeral 3ro del Art. 173:

“La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.”

Con relación al trámite judicial, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, LJCA, dispone en su Art. 1 que el recurso contencioso procede contra actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado y vulneren un derecho o interés directo del demandante:

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

Es decir que, para efectos de interponer el recurso contencioso-administrativo, el interesado deberá haber agotado la vía administrativa, en concordancia con lo que establece el Art. 212 del ERJAFE, pues de conformidad con el Art. 5 de la LJCA, las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa:

“Las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación.”

Ahora bien, para el trámite en la Jurisdicción Contencioso – Administrativa el interesado deberá observar las normas procedimentales establecidas en el Capítulo IV de la LJCA que trata del Procedimiento Contencioso Administrativo.

III.3.2.- DEL DERECHO DE REPETICIÓN

El inciso tercero del numeral 9 del Art. 11 establece el derecho que le asiste al Estado a ejercer la acción de repetición en contra de los funcionarios, servidores públicos y particulares que hayan producido un daño o perjuicio que generó la responsabilidad indemnizatoria:

“El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.”

Así, la Constitución le confiere al Estado el derecho a recuperar lo pagado por concepto de indemnización reconocida a favor de un tercero, exigiendo el reintegro a los responsables del daño. Sin embargo, es necesario indicar que esta responsabilidad debe de ser comprobada y determinada para que faculte al Estado a ejercer su derecho de repetición.

La responsabilidad civil de un servidor público surge por su acción u omisión culposa o dolosa en ejercicio de sus funciones o cargo, que produce o irroga un daño o perjuicio, real, determinado, y cuantificable, ya sea a un particular o al propio Estado. Esta responsabilidad debe ser determinada conforme se establece en las leyes y asegurando el debido proceso del servidor público imputado de la responsabilidad. Sobre este particular el profesor Jorge Olivera anota:

“La responsabilidad civil es la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente por el obligado a la reparación o por las personas o cosas que están bajo su cuidado.”

El fundamento de dicha responsabilidad se encuentra en la ley, puesto que la relación del servicio constituye una situación legal.

Esta responsabilidad opera, principalmente, en el sector de los servicios públicos que manejan fondos. Para ellos, constituye requisito previo al desempeño de sus funciones, otorgar fianza que garantice su manejo. Al establecerse la responsabilidad civil, se hace efectiva la reparación correspondiente, directamente sobre los bienes del responsable o afectando la fianza otorgada.”⁶⁵

El Art. 233 de la Constitución establece que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”

El ERJAFE, en su Art. 213, establece la responsabilidad subsidiaria de funcionarios y servidores públicos por su acción u omisión dolosa que hubiere generado la responsabilidad indemnizatoria por parte del Estado a terceros afectados:

⁶⁵ Jorge Olivera Toro, *Manual de Derecho Administrativo* (México: Porrúa, 1997), 357-358.

“Art. 213.- De la responsabilidad subsidiaria.- Los funcionarios y personal de servicio de las administraciones públicas que hubieren incurrido en dolo o culpa que generaron el daño resarcido por ésta a los particulares responderán por lo indemnizado, siempre que se hubiere efectuado el pago al o a los particulares por parte de aquella.”

Por su parte, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece en su Art. 29 que cuando el Estado ecuatoriano sea condenado al pago de cualquier suma de dinero por la violación o inobservancia de los derechos consagrados en la ley por parte de un funcionario público, el Estado tendrá derecho de repetir contra dicho funcionario lo efectivamente pagado.

Así, resulta necesario establecer la responsabilidad del funcionario, servidor público o particular, de conformidad con las leyes que rigen la materia, que para que el Estado pueda ejercer su derecho a la repetición. El numeral 2 del Art. 212 de la Constitución establece que le corresponde a la Contraloría General del Estado determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, LOGGE, establece en su Art. 39 que la Contraloría General del Estado, en base a los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, tiene la potestad exclusiva para determinar responsabilidades que son de tres tipos:

- 1.- Responsabilidad administrativa culposa;
- 2.- Responsabilidad civil culposa;
- 3.- Indicios de responsabilidad penal.

El Art. 40 de la LOGGE establece la responsabilidad que se deriva de la acción u omisión, en el siguiente sentido:

“Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios

negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley.”

Sobre la Responsabilidad Administrativa Culposa, la LOGGE establece en su Art. 45 el criterio general para identificarla, y establece que:

“Responsabilidad administrativa culposa.- La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta ley.”

De acuerdo a las disposiciones del inciso segundo del artículo ibídem y a las contenidas en los subsiguientes artículos 46 y 47, la responsabilidad administrativa culposa se produce por faltas administrativas y contravenciones que pueden llegar a ser sancionadas con multas de una hasta veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, graduadas de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley. Es decir, este tipo de responsabilidad administrativa no conllevaría la irrogación de un daño o afectación efectiva a un tercero particular que le genere la responsabilidad civil al Estado de indemnizar al perjudicado, ni conllevaría perjuicio de los bienes o recursos públicos, sino que implicaría tan solo un riesgo potencial de perjuicio, por la acción u omisión culposa del funcionario, ya sea para los propios bienes o recursos del Estado, o ya sea a terceros particulares.

Sobre la Responsabilidad Civil Culposa, la LOGGE establece en su Art. 52 el criterio general para identificarla, y establece que:

“La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelos o precauciones necesarias para evitar

resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.”

El inciso segundo del artículo ibídem establece que la determinación de la existencia de Responsabilidad Civil Culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado:

“La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.”

En cuanto a la Responsabilidad Penal, la LOCGE en la Sección 4 del Capítulo 5 trata sobre los Indicios de Responsabilidad Penal que establece los procedimientos a seguir cuando por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad pena. Estos casos conllevan el deber de la Contraloría de que, una vez cumplidos los procedimientos de conocimiento y aprobación de los informes, se pongan en conocimiento del Ministerio Público para que, de ser procedente, el Fiscal dé inicio a la instrucción en los términos señalados en el Código de Procedimiento Penal y solicite al juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado.

De lo expuesto, resulta evidente que para que el Estado pueda ejercer su derecho a la repetición, la responsabilidad deberá ser determinada en los términos que establece la LOCGE, pero las decisiones de la Contraloría General del Estado, como cualquier otra resolución de una Autoridad del Estado, de conformidad con lo que establece la Constitución de la República en su Art. 173, también son

susceptibles de impugnación tanto en la vía administrativa como ante los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por otra parte, tratándose de servidores públicos sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSP, la responsabilidad puede establecerse mediante sumario administrativo, sin embargo las resoluciones adoptadas en el sumario administrativo también son susceptibles de impugnación tanto en la vía administrativa como judicial. El Art. 44 que trata sobre el sumario administrativo dispone:

“Es el proceso administrativo, oral y motivado por el cual la administración pública determinará o no el cometimiento, de las faltas administrativas establecidas en la presente Ley, por parte de una servidora o servidor público. Su procedimiento se normará en el Reglamento General de esta Ley.

El sumario administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías al debido proceso, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor.

De determinarse responsabilidades administrativas, se impondrán las sanciones señaladas en la presente Ley. De establecerse responsabilidades civiles o penales, la autoridad nominadora correrá traslado a los órganos de justicia competentes.”

Para efectos de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y funcionarios que actúan en virtud de potestad estatal, es necesario citar el Art. 226 de la Constitución que establece el límite de actuación de los servidores públicos, en aplicación del principio de legalidad, en el siguiente sentido:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

En aplicación del principio de legalidad, se somete la actividad pública al marco jurídico constitucional y legal, con objeto de impedir, por tanto, que los servidores públicos tengan plena libertad para ejercer sus funciones. Así, se establecen que sus potestades son regladas, de tal suerte que, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de ella y en la medida en que lo establezca.

IV.- LAS GARANTÍAS CIUDADANAS PARA HACER EFECTIVOS SUS DERECHOS

IV.1.- GARANTÍAS

Frecuentemente se confunden los conceptos de derecho y garantía, dándoseles un significado similar o sinónimo. El término de derecho, tal como ya fue expuesto, debe ser entendido como la facultad reconocida a las personas por la ley, mientras que las garantías son los instrumentos o mecanismos que establece la ley para la efectiva tutela de estos derechos.

En el Diccionario de Derecho Constitucional de Carbonell encontramos la siguiente definición de garantía constitucional:

“En un estricto sentido técnico-jurídico, se entiende por garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política.”⁶⁶

Esta definición es importante, pues evidencia que se tratan de mecanismos de tutela de los derechos y la existencia de un proceso establecido en la norma legal que debe ser observado; sin embargo resulta un tanto restrictiva, ya que enfoca apenas el aspecto reparador de estos instrumentos, cuando un derecho se ha visto efectivamente quebrantado o violado.

Christian Courtis propone la siguiente definición: *“La noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible.”⁶⁷*

La definición de Courtis puede resultar más completa, pues hace referencia a los medios prácticos de los que disponen las personas para lograr el efecto que se desea o se espera lograr mediante el reconocimiento expreso de un derecho

⁶⁶ Miguel Carbonell, coord., *Diccionario de Derecho Constitucional*, (México: Porrúa, 2002), 262.

⁶⁷ Christian Courtis, *Los Derechos Sociales en Perspectiva: La Cara Jurídica de la Política Social, en Teoría del neoconstitucionalismo*, edit. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 196.

fundamental, es decir establecer las condiciones suficientes que aseguren jurídicamente a las personas el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales, los mecanismos para prevenir su violación, para reparar los daños causados en caso de quebrantamiento y para restablecerlos. En cierta forma, esta definición, al considerar que las garantías buscan asegurar “*la efectividad de un derecho*” lleva implícita la obligación para el legislador de establecer la forma procesal, la legislación de ejecución, de estos mecanismos de tutela.

Al respecto, Luigi Ferrajoli dice:

*“Aún más importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente descuidadas, o —peor— ignoradas por la doctrina, a pesar de que son indispensables, en particular, para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquéllas consisten en la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: en suma, en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados.”*⁶⁸

En su definición más simple, para Ferrajoli garantía es: “[...] *la expresión del vocablo jurídico que designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.*”⁶⁹; y profundiza aún más al proponer la siguiente definición:

*“Propongo que, por garantía, entendamos cualquier obligación correspondiente a un derecho subjetivo... Distinguiré, pues, entre garantías positivas y garantías negativas, según sea positiva o negativa la expectativa garantizada. Las garantías positivas consistirán en una obligación de hacer, las garantías negativas en la obligación de omisión -o sea, en la prohibición- del comportamiento que es argumento de la expectativa.”*⁷⁰

⁶⁸ Luigi Ferrajoli, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29-2006 (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009), 23.

Recuperado de <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02581737555773684510046/031978.pdf>

⁶⁹ Luigi Ferrajoli, *Garantías Constitucionales*, dir. Raúl Ferreyra, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, No. 2 (Buenos Aires: Ediar, 2000), 39.

⁷⁰ Ferrajoli, *Garantías Constitucionales*, 42.

Luigi Ferrajoli en su tesis garantista, establece garantías positivas y negativas, tanto primarias o sustanciales como secundarias o jurisdiccionales:

“Son, por tanto, garantías, respectivamente positivas y negativas, las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos), que se generan con la violación de los derechos subjetivos. De esta forma, entra en juego una segunda y muy importante distinción. Llamaré garantías primarias o sustanciales a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Llamaré garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias.”⁷¹

Para Ferrajoli, las garantías constitucionales negativas primarias estarían representadas por las normas sobre la revisión, consistentes en la prohibición de la producción de normas de ley que violen o deroguen normas constitucionales; mientras que las garantías constitucionales negativas secundarias estarían representadas por las normas de control de la constitucionalidad de los actos preceptivos reñidos con las normas constitucionales, es decir justamente en la institución o mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad.⁷² Por otra parte, las garantías constitucionales positivas primarias consistirían en la obligación de introducir o establecer una legislación de ejecución, es decir, introducir las garantías correspondientes al derecho estipulado.

Miguel Carbonell, al respecto de la tesis de Ferrajoli, observa:

⁷¹ Ferrajoli, *Garantías Constitucionales*, 43.

⁷² Ferrajoli, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*, 25-26.

“Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber garantías positivas y garantías negativas; las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las "garantías primarias o sustanciales", que son distintas de las "garantías secundarias o jurisdiccionales. Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no validos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.”⁷³

Ramiro Ávila Santamaría nos presenta la siguiente definición:

“Las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin las garantías, los derechos serían meros enunciados líricos, que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad.”⁷⁴ [...]

En la Constitución del 2008, en cambio, se requiere que exista una vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, no importa de qué tipo de acto provenga, de qué autoridad, ni qué condición tenga la persona víctima. Esto es, la violación de derechos humanos podría producirse por un acto administrativo, una

⁷³ Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales y la acción de inconstitucionalidad*, en *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, coord. César Astudillo y Miguel Carbonell (México: UNAM, 2007), 77.

⁷⁴ Ramiro Ávila, *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*, en *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neo constitucionalismo y Sociedad*, edit. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, (Quito: MJDH, 2008) 89.

*norma, una política pública, un acto u omisión que proviene de un agente de Estado o de una persona particular.*⁷⁵

Como fue expuesto, en lo que se refiere al ámbito tributario, nuestra Constitución no reconoce en forma explícita derechos del contribuyente, pero se pueden inferir ciertos derechos reconocidos en forma tácita que pueden ser entendidos como “derechos del contribuyente” y reconocidos en forma explícita por parte de la Administración Tributaria en su resolución NAC-DGER2007-0304, lo que conlleva también el reconocimiento de la existencia de las mismas garantías jurisdiccionales necesarias para su efectivo ejercicio y protección.

Al respecto, nuestra Constitución, en su Capítulo III del Título III, se establecen las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales de las personas. En la Constitución de la República se establecen las disposiciones generales que rigen el procedimiento para la interposición de las acciones:⁷⁶

1. Pueden ser propuestas por cualquier persona, grupo, comunidad, pueblo o nacionalidad.

2. El juez competente es el del lugar donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos.

3. El juzgador debe observar las siguientes normas de procedimiento:

- a) El procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz.*
- b) El procedimiento debe ser oral en todas sus fases e instancias.*
- c) Son hábiles todos los días y horas.*
- d) Se proponen oralmente o por escrito, sin formalidades.*
- e) No se requiere citar la norma infringida ni el patrocinio de un abogado.*
- f) Se notifica por el medio más eficaz al alcance de las partes.*
- g) No se aplican las normas procesales que tiendan a retardar el proceso.*

4. Una vez presentada la acción, el juez debe convocar inmediatamente a una audiencia pública.

⁷⁵ Ramiro Ávila, *Las garantías: herramientas imprescindibles*, 97.

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador, Arts. 86-87.

5. *La práctica de pruebas puede ser ordenada en cualquier momento del proceso.*

6. *Se presumen ciertos los fundamentos alegados por el accionante, cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.*

7. *La causa se resuelve mediante sentencia del juez competente.*

8. *En caso de constatarse la vulneración de derechos, se la deberá declarar en la sentencia, ordenándose la reparación integral, material e inmaterial, especificándose e individualizándose las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.*

9. *Las sentencias de primera instancia pueden ser apeladas ante la corte provincial.*

10. *El proceso judicial finaliza con la ejecución integral de la sentencia o resolución.*

11. *En caso de incumplimiento de la sentencia o resolución, el juez debe sancionar al funcionario público ordenando su destitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. En el evento que sea un particular, se hará efectiva la responsabilidad civil o penal.*

12. *Las sentencias ejecutoriadas se remiten a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.*

13. *El juez puede ordenar medidas cautelares, en forma conjunta o independiente de las acciones, con objeto de prevenir, evitar o hacer cesar la violación de un derecho.*

En nuestro ordenamiento jurídico las garantías fundamentales previstas para la tutela efectiva en materia de derechos son: acción de protección, la acción de acceso a la información pública, la acción de habeas data, la acción por incumplimiento, y la acción extraordinaria de protección.⁷⁷

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador, Arts. 88-94.

Cabe para el presente trabajo, realizar un breve análisis de cada una de ellas, y enfocar su aplicación dentro del ámbito tributario.

IV.2.- LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Las disposiciones sobre esta garantía constitucional se encuentran en la Constitución (Art. 88), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 39-42), y en las Reglas de Procedimiento dictadas por el Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de transición (Art. 45 al 51).⁷⁸

La Constitución establece que la acción de protección es el principal mecanismo, el de mayor jerarquía e independencia, que pueden interponer las personas para la tutela de sus derechos fundamentales. El objeto de esta acción es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. La eficacia de esta acción se traduce tanto en su finalidad preventiva como reparadora, pues el juez tiene la obligación de actuar en protección de los derechos del accionante, tanto cuando existe la amenaza, el peligro, la presunción o indicios claros que un acto ilegítimo violatorio de un derecho pueda producirse, como cuando deba hacer cesar un acto violatorio que estuviere en ejecución, ordenando para ello las medidas cautelares necesarias que le confiere la ley, así como también tiene la obligación de fallar en favor del accionante cuando se verifique que la violación del derecho fundamental se ha consumado, con la finalidad de reparar el daño que el acto ilegítimo hubiere causado y restablecer el derecho.

En nuestra legislación político-constitucional para el régimen de transición⁷⁹, se establece que la acción de protección garantiza judicialmente los derechos establecidos en la Constitución y demás derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como también aquellos derechos que no están señalados expresamente en ella.⁸⁰ Esta afirmación es particularmente importante cuando el ciudadano frente a la administración pública se encuentra en la situación de administrado. Así por ejemplo, en el ámbito tributario que no presenta el caso típico de la relación administrado contribuyente -sujeto pasivo- frente a la administración tributaria -sujeto activo-, pues la Constitución de la República no establece de manera explícita, lo que podría llamarse "derechos del contribuyente",

⁷⁸ Corte Constitucional, Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, Resolución s/n, Suplemento del Registro Oficial 466, 13-nov-2008.

⁷⁹ Constitución de la República del Ecuador, Régimen de Transición, Capítulo III De la Transición Institucional.

⁸⁰ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias..., Arts. 45.

no así la Administración Tributaria que hace reconocimiento expreso que el contribuyente goza de los mismos derechos y garantías consagradas en la Constitución.⁸¹ El reconocimiento de la existencia de ciertos derechos que no están señalados expresamente en la Constitución implica que el Estado debe garantizar al contribuyente el ejercicio de sus derechos, respetándolos, amparándolos y promoviéndolos, resultando fundamental su positivización, es decir la confirmación legal de los derechos de los ciudadanos contribuyentes, elevándolos de categoría normativa⁸² y estructurándolos como un complemento y desarrollo de las normas constitucionales.

La Constitución concede la acción de protección en los siguientes casos:

1. Cuando la violación del derecho, por acción u omisión, proviene de una autoridad pública no judicial;
2. Cuando mediante políticas públicas se priva del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y,
3. Cuando la violación del derecho, por acción u omisión, provengan de una persona particular, provocando un daño grave, bajo estado de subordinación, indefensión o discriminación del afectado, o cuando el particular está prestando servicios públicos en forma impropia, o actuando por delegación o concesión de autoridad pública.

En el ámbito de la administración pública, son los dos primeros los que tienen relevancia. El primer caso se aplica a aquellas situaciones en que la actuación u omisión de la administración pública vulnera algún derecho del administrado. El segundo caso se aplica a la situación de privación del goce o ejercicio del derecho del ciudadano, cuando la Administración asume una modalidad de gestión o política pública reñida con los principios constitucionales que deben regir el régimen de gestión pública o con los derechos fundamentales del ciudadano. En estos casos el ciudadano puede ejercer la acción de protección y dirigirla contra la autoridad o el representante de la administración pública o del órgano de la cual emanó el acto que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.

⁸¹ Servicio de Rentas Internas, Resolución NAC-DGER2007-0304, 07-V- 2007.

⁸² Actualmente, los derechos del contribuyente solo están expresamente reconocidos en la Resolución NAC-DGER2007-0304 del 7 de mayo del 2007 del Servicio de Rentas Internas.

Pero esta capacidad para ejercer la acción de protección también tiene sus límites. El Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Art. 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición contiene las causales de improcedencia de esta acción. La acción no procede y no debe ser admitida a trámite cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales; cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos; cuando no se haya agotado la vía judicial para la impugnación del acto administrativo; cuando se refiera a decisiones judiciales adoptadas dentro de un proceso; cuando se impugne exclusivamente la legalidad o constitucionalidad de un acto sin que implique la violación de un derecho; o cuando se persiga la declaración de un derecho o principalmente una indemnización por los perjuicios causados. Los casos enunciados suponen que no está de por medio la tutela de un derecho o situaciones de controversia que pueden ser resueltas en otras instancias o por medio de otros mecanismos establecidos en nuestra legislación. Se exceptuarían los casos en los que la única alternativa que tiene el agraviado para la reparación integral sea la interposición de la acción o cuando se han agotado las acciones ordinarias, debiendo admitirse inclusive en caso de duda respecto al agotamiento o no de las acciones ordinarias.

Especial atención se requiere prestar a la causal de inadmisión por interposición abusiva, temeraria, maliciosa o fraudulenta de la acción de protección, pues dicha declaración debería ser realizada por el juez ante quien se presentó la acción.⁸³ Se puede entender que mediante esta disposición la intención de la Corte es prevenir o repeler las conductas contrarias a la buena fe que pretendan desvirtuar la naturaleza de la acción. Para ello, se entiende que el juez debe realizar un análisis exhaustivo del escrito que contiene la demanda y determinar el estricto cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia.

Los requisitos necesarios para la presentación de la demanda son la designación del juez ante quien se interpone; la identificación de demandante y demandado; la descripción del acto u omisión que generó la violación o la amenaza de vulneración del derecho; la mención de derecho o derechos que se consideran violados o amenazados; la pretensión del agraviado; la declaración bajo juramento

⁸³ Corte Constitucional, Reglas de Procedimiento..., Art. 50, Lit. c.

de no haber presentado otra acción de protección por la misma materia y objeto; la designación de lugar para recibir notificaciones; y la firma del demandante.

Si bien por una parte la Constitución establece que la naturaleza de la acción es la tutela de los derechos fundamentales, reconocidos y no reconocidos expresamente en ella y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por otra parte la Constitución no establece o no reconoce expresamente lo que puede denominarse “derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública”, por lo tanto se puede entender que quedaría a criterio del juez el calificar si un acto administrativo conlleva la violación de un derecho no reconocido expresamente en la Constitución, o calificar si el administrado (como el caso del contribuyente frente a la administración tributaria) es efectivamente titular o no del derecho que reclama, pudiendo entender además que el accionante está obrando de mala fe al reclamar un derecho que no le está reconocido. Por otra parte, en el sentido más favorable al ciudadano, se podría interpretar que si la demanda cumple con los requisitos establecidos en el Art. 49, no habría excusa para la inadmisión de la causa por interposición abusiva, temeraria o maliciosa, pues tanto el derecho reclamado como el acto ilegal estarían claramente enunciados en la demanda. Diferente es el caso de la interposición fraudulenta, pues implica la comisión de un acto engañoso o falaz, como podría ser el falso juramento o cometer perjurio de no haber presentado otra demanda por este mismo evento, la adulteración de documentos o mentir en forma flagrante o evidente sobre la naturaleza y forma de los eventos o acontecimientos.

El trámite establecido para esta acción es sencillo, sumario, preferente e inmediato, pues una vez admitida a trámite la acción, el juez debe convocar inmediatamente a una audiencia pública, sin embargo no se establece el término para esta convocatoria. El juez puede disponer además la práctica de pruebas o la realización de cualquier otra diligencia que considere indispensable para fundamentar su decisión, sin embargo debe pronunciar sentencia en el plazo improrrogable de cinco días y debe ser notificada a más tardar al día siguiente de haber sido pronunciada. A efectos de cumplir con lo establecido en el inciso primero del numeral 3 del artículo 86 de la Constitución, es decir, declarar la vulneración de derechos, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse, la

sentencia que se expide en la acción de protección debe contener la identificación de los sujetos procesales; la determinación del derecho vulnerado; la relación de los acontecimientos; la justificación procesal de veracidad de los hechos afirmados en la acción; la valoración de las pruebas actuadas; la decisión motivada aceptando o negando la acción de protección; de ser el caso la determinación clara y precisa del contenido y alcance de la reparación integral; la orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectivo el derecho; y, el plazo razonable para el cumplimiento de lo resuelto.

Las sentencias de primera instancia pueden ser apeladas ante la corte provincial dentro del plazo de cinco días siguientes a la fecha de su notificación y se concederá en el efecto devolutivo, por lo tanto la interposición del recurso no suspende la ejecución de la decisión mientras se encuentra en trámite. Una vez recibido el expediente por el superior, se corre traslado a la otra parte concediéndole el plazo de tres días para que conteste. Transcurrido el plazo de contestación, se debe resolver y expedir la sentencia dentro del plazo de cinco días, y se devolverá el proceso al juez de instancia para su ejecución y cumplimiento. El proceso judicial de la acción de protección finaliza con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

IV.3.- LA ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Las disposiciones sobre esta garantía constitucional se encuentran en la Constitución (Art. 91), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 47-48) y en las Reglas de Procedimiento dictadas por el Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de transición (Art. 70-73).

De conformidad con lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, la acción de acceso a la información pública tiene por objeto garantizar el libre acceso a la información generada en entidades públicas, o en las instituciones privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas, cuando la información ha sido denegada expresa o tácitamente, o ha sido proporcionada en forma incompleta o no fidedigna.⁸⁴ Este derecho fundamental al que tienen todas las personas se encuentra consagrado en el numeral segundo del Art. 18 de la Constitución de la República del Ecuador, en el cual se establece además que no debe existir reserva de información, excepto en los casos expresamente

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador, Art. 91.

establecidos en la ley. Con relación a lo que se considera información pública, información confidencial, e información reservada y confidencial, nos debemos remitir a lo que dispone la Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la Información Pública en sus artículos 5, 6 y 17:

“Art. 5.- Información Pública.- Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado.

Art. 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.⁸⁵ [...]

Art.17.- De la Información Reservada.- No procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos: a) Los documentos calificados de manera motivada como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional, por razones de defensa nacional, de conformidad con el artículo 81, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y que son: 1) Los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado; 2) Información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contrainteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional; 3) La información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y, 4) Los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional; y, b) Las

⁸⁵ Los Artículos 23 y 24 de la Constitución Política (1998) son los que consagran los Derechos Civiles de las personas que en la Constitución vigente (2008) se consagran en los Art. 66 (Derechos de Libertad) y 76 (Derecho al debido proceso).

*informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.*⁸⁶

Se excluiría de esta limitación de acceso a esta información clasificada como reservada y confidencial, cuando sea solicitada dentro de procesos de investigación de casos de violación a los derechos humanos, en los que ninguna entidad pública puede negarse a proporcionar la información⁸⁷. De igual manera, la misma Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la Información Pública en el inciso final del Art. 6 establecen excepciones para la información considerada como confidencial, en casos de investigaciones de violaciones de derechos fundamentales:

“No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se exceptiona el procedimiento establecido en las indagaciones previas.”

En lo que se refiere al procedimiento para la interposición de esta acción, es similar al establecido para la acción de protección, tanto en la primera instancia como en la apelación, agregándose que para la interposición de la demanda se requiere enunciar con claridad y en forma concreta las razones por las cuales se solicita la información y la determinación de la entidad o funcionario que la denegó o proporcionó en forma incompleta o no fidedigna, con objeto de permitir al juez evaluar la pertinencia que debe existir entre la información solicitada y el objeto de la solicitud. De igual manera, el proceso judicial de esta acción finaliza con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

En lo que se refiere al ámbito de la administración pública, podríamos inferir que no existe información confidencial o reservada, excepto aquella información la que se hace referencia en el Art. 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, es decir *“aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales”* del ciudadano.

⁸⁶ Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la Información Pública, Ley 2004-34, Suplemento del Registro Oficial 337, 18-V-2004, Art. 5, 6 y 17.

⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art. 18, inciso final.

En este aspecto, el caso tributario, nuevamente reviste una situación singular por la evidente relación –sujeto pasivo- frente a –sujeto activo-. Así, en lo que se refiere al carácter de la información tributaria⁸⁸, el Código Tributario, simplemente se limita a establecer que la información que la administración tributaria posee sobre los contribuyentes, responsables o terceros, relacionadas con las obligaciones tributarias, será de uso exclusivo a sus propios fines; se obliga a la administración tributaria a difundir anualmente el nombre de los contribuyentes y la cuantía de los tributos, pagados y no pagados; y se hace mención al deber que tiene el Gobierno Nacional de informar anualmente sobre los montos de los ingresos tributarios recaudados y el destino de éstos. Sobre este punto cabría preguntarse si la obligación que le impone el Código Tributario a la administración tributaria de publicar el nombre y la cuantía de tributos generados individualmente por cada contribuyente constituye o no una violación del derecho a la intimidad personal y familiar. Si bien podemos considerar por una parte que desde el momento en que se cumple el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo y nace la obligación tributaria, se tratan ya no de recursos privados sino de recursos públicos que pertenecen al Estado, y que es deber de toda persona que detenta la condición de contribuyente satisfacer la prestación, por otra parte no es menos cierto que al hacer pública en forma individualizada el monto de los tributos que paga cada contribuyente, y en especial el valor de impuesto a la renta, se estaría también divulgando implícitamente información sobre la capacidad económica y en cierta forma patrimonial de cada persona, lo cual parecería ser traspasar o al menos rosar los límites de la intimidad personal⁸⁹ que incluye la información sobre su situación económica y patrimonial.

Las instituciones públicas en general, en atención a lo que dispone el Art. 7 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública han desarrollado sus portal web en internet, mediante el cual deben transparentar al menos la información considerada de naturaleza obligatoria, tal como la relacionada con su gestión administrativa, financiera, presupuestaria, organizacional, planes y programas, entre otras. Algunas de estas instituciones han llegado a desarrollar ciertos servicios en línea para atender las necesidades de la ciudadanía, tales como consultas, quejas, denuncias, solicitudes, aplicaciones y otras similares. Si bien la

⁸⁸ Código Tributario, Art. 99.

⁸⁹ Allan Brewer-Carías, *Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección*, AA.VV., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (San José: CIDH, 1994), 59.

información que se publica en el portal de Internet de las instituciones públicas constituye un importante avance y esfuerzo para transparentar la información, aún resulta insuficiente. Es muy frecuente encontrar instituciones que aún manejan la información de forma muy restringida al público y en forma poco transparente, por lo que la acción resulta muy pertinente. En todo caso, la acción de acceso de información pública siempre puede ser interpuesta por un interesado, pero solo en lo que se refiere a la información no se encuentre disponible en los medios electrónicos previstos en la ley.⁹⁰

Finalmente, la acción de acceso a la información pública resulta fundamentalmente importante cuando se trata de recabar información a ser utilizada ya sea para iniciar, para como prueba dentro de un proceso judicial o para entablar otras acciones constitucionales como la de protección. Al respecto Javier Dávalos opina:

“[...] la utilización de peticiones de acceso a la información para recabar información oficial es un elemento de gran ayuda para entablar una acción de amparo constitucional, ya que en determinadas circunstancias, nos permite establecer si un acto es o no ilegítimo, si fue realizado o no por una autoridad pública, si un particular es concesionario de un servicio público, si un acto está produciendo o no efectos jurídicos.”⁹¹

IV.4.- LA ACCIÓN DE HÁBEAS DATA

Las disposiciones sobre esta garantía constitucional se encuentran en la Constitución (Art. 92), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 49-51) y en las Reglas de Procedimiento dictadas por el Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de transición (Art. 66-69).

Esta acción tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales establecidos en el artículo 66 numerales 18, 19 y 20 de la Constitución, es decir, protege el derecho a la información en sí misma, así como sus bienes, protege el derecho al honor y al buen nombre, y protege el derecho a la intimidad personal y

⁹⁰ Corte Constitucional, Reglas de Procedimiento..., Art. 70, Lit. d.

⁹¹ Javier Dávalos, *El acceso a la información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales*, en *Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad*, coord. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: PUCE, 2007), pp.114.

familiar, es decir, protege a la persona contra el uso inadecuado o indebido de su información personal que le pueda resultar en algún perjuicio.

Esta garantía permite que toda persona tenga acceso y conozca sobre la existencia de información relacionada con su persona y sus derechos, así como sobre el uso, finalidad, origen, destino y vigencia de dicha información, sea que conste en documentos impresos, medios magnéticos o electrónicos, datos e informes, que se encuentren consignados, archivados o depositados en registros o bancos de datos de instituciones públicas o privadas. La acción garantiza además el acceso gratuito a la información, garantiza el derecho a exigir que la información sea actualizada, rectificadora, eliminada o anulada, cuando corresponda, así como también el derecho a exigir que la misma se mantenga en reserva y no sea difundida, excepto cuando exista su autorización o disposición legal que obligue a su difusión. En el caso que la persona titular de la información haya sido o se sienta afectada por habersele impedido conocer o acceder a la información, o por su indebida difusión, o por la difusión de información falsa, errónea, incompleta o desactualizada, tiene el derecho a demandar y exigir indemnización por los perjuicios ocasionados.

El trámite previsto para la demanda de hábeas data es simple y es el mismo trámite que el previsto para la acción de protección. La sentencia, en caso de ser favorable, debe disponer la ejecución inmediata de las medidas constitucionales para la efectiva tutela de los derechos vulnerados, establecidas en el Art. 92 de la Constitución. El proceso judicial de esta acción finaliza con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

Al respecto de lo que se considera información confidencial, habíamos indicado que el Art. 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que:

“Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y

fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República.”⁹²

Es decir, que la información personal que poseen las entidades públicas y privadas no puede ser difundida, ni entregada a terceras personas, no titulares de esa información. A pesar que el espíritu de la Ley es claro, en este punto es necesario hacer una aclaración, pues cuando el legislador definió la información confidencial como aquella información “*pública personal*” incurrió en un error, pues la información no puede ser al mismo tiempo “información pública” e “información personal”, ya que se trata de conceptos distintos, opuestos y excluyentes.

Nuevamente, en materia tributaria, se presenta una situación singular por la posición de supremacía o imperio de la Administración. Así, la información que por fuerza de ley el contribuyente debe entregar a la administración tributaria en sus declaraciones,⁹³ es propiedad del contribuyente, pues está relacionada con su actividad económica y con las obligaciones tributarias que se generan a propósito de esta. A pesar de la obligación que tiene el contribuyente de presentar sus declaraciones tributarias con exactitud y veracidad,⁹⁴ suele ocurrir con frecuencia que con posterioridad a su presentación, errores o inexactitudes en la información son detectados por el mismo contribuyente. Al respecto el Código Tributario y la Ley de Régimen Tributario contienen disposiciones que limitan el derecho constitucional del contribuyente a rectificar la información presentada. Al respecto el Código Tributario (Art. 89) establece que:

“La determinación por el sujeto pasivo se efectuará mediante la correspondiente declaración que se presentará en el tiempo, en la forma y con los requisitos que la ley o los reglamentos exijan, una vez que se configure el hecho generador del tributo respectivo. La declaración así efectuada, es definitiva y vinculante para el sujeto pasivo, pero se podrá rectificar los errores de hecho o de cálculo en que se hubiere incurrido, dentro del año siguiente a la presentación de la declaración, siempre que con anterioridad no se hubiere establecido y notificado el error por la administración.”

⁹² Los Artículos 23 y 24 de la Constitución Política (1998) son los que consagran los Derechos Civiles de las personas que en la Constitución vigente (2008) se consagran en los Art. 66 (Derechos de Libertad) y 76 (Derecho al debido proceso).

⁹³ Código Tributario, Codificación 9, R.O.S. 38 de 14-jun-2005, Art. 96. Lit. d.

⁹⁴ Código Tributario, Art. 101, Inc. 1ro.

De igual manera, la Ley de Régimen Tributario Interno, en el inciso segundo del Art. 101 de establece que:

“Se admitirán correcciones a las declaraciones tributarias luego de presentadas, sólo en el caso de que tales correcciones impliquen un mayor valor a pagar por concepto de impuesto, anticipos o retención y que se realicen antes de que se hubiese iniciado la determinación correspondiente. [...]

En el caso de errores en las declaraciones cuya solución no modifique el impuesto a pagar o implique diferencias a favor del contribuyente, siempre que con anterioridad no se hubiere establecido y notificado el error por la administración éste podrá enmendar los errores, presentando una declaración sustitutiva, dentro del año siguiente a la presentación de la declaración. Cuando la enmienda se origine en procesos de control de la propia administración tributaria y si así ésta lo requiere, la declaración sustitutiva se podrá efectuar hasta dentro de los tres años siguientes a la presentación de la declaración.”

A pesar de la limitación que impone el Código y la Ley Tributaria, al contribuyente le asistiría el derecho de recurrir a la acción constitucional para que se le permita rectificar la información errónea o incompleta proporcionada en su declaración tributaria, aún después de transcurridos los plazos establecidos en estas disposiciones legales. Al respecto Tiberio Torres Rodas observa:

“Partamos del hecho ya establecido de que la Administración Tributaria en uso de sus facultades tiene en su poder información, de la más variada índole sobre un contribuyente; puede ocurrir sin embargo que esa información sea inexacta, errónea, que no esté actualizada, en fin; ante ello, el contribuyente puede ejercer una serie de acciones, a través del habeas data para lograr el cometido de acceder y controlar la información que le es propia.

Las acciones que puede ejercerlas el contribuyente, nacen al amparo de la disposición transcrita del art. 36 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, que establece la salvedad de la utilización del

habeas data solamente cuando se trate de asuntos relacionados con la seguridad nacional, el secreto profesional o cuando se obstaculice la actuación de la justicia.

No hay entonces más razones que las expuestas que se niegue una acción de habeas data propuesta por un contribuyente en contra de la administración tributaria. Sin embargo de lo dicho, la administración tributaria, en repetidas ocasiones ha negado el acceso del contribuyente a la información que sobre el mismo reposan en sus registros. La negativa se fundamenta en la tesis que sostiene que la información que maneja la administración tributaria es de carácter especial, derivado de la delicada función que cumple, y que por lo tanto es necesario mantenerla en la mayor reserva posible.”⁹⁵

Resulta entonces que la acción de hábeas data puede ser una herramienta útil para el ciudadano, de tal forma que no sólo pueda conocer la información que la administración pública posee sobre él, sino que puede ser un medio práctico para exigir judicialmente la modificación, actualización, rectificación, supresión o confidencialidad de la misma, aún a pesar de las limitaciones que las normas inferiores pretendan imponer al ejercicio del derecho que la Constitución consagra.

IV.5.- LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Las disposiciones sobre esta garantía constitucional se encuentran en la Constitución (Art. 93), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 52-57) y en las Reglas de Procedimiento dictadas por el Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de transición (Art. 74-79).

Esta acción tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas jurídicas y hacer efectivo el cumplimiento de actos administrativos de carácter general, sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

Sobre la acción de incumplimiento que el constitucionalista peruano Edgar Carpio denomina “*acción de cumplimiento*”, opina lo siguiente: “*En términos generales, este es un proceso mediante el cual los particulares pueden reparar*

⁹⁵ Tiberio Torres, *La protección de la intimidad en el derecho tributario* (Quito: Abya-Yala, 2007), pp. 65.

agravios a ciertos derechos e intereses subjetivos derivados del incumplimiento, por parte de las autoridades o funcionarios públicos, de mandatos establecidos en normas con rango de ley o en actos administrativos."⁹⁶

Se trata entonces de un proceso por medio del cual los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante la justicia constitucional para demandar al juez constitucional que ordene a la autoridad pública, funcionario, juez o jueza, o particular, renuente de cumplir la norma, que cumpla con lo que imperativamente dispone la ley, norma o acto administrativo de carácter general.

Con relación al objeto y procedibilidad de esta acción, la Corte Constitucional, en sentencia No.002-09-SAN-CC del 02 de abril del 2009, establece:

“Así, dentro de las nuevas garantías jurisdiccionales implementadas en la Carta Fundamental, se puede identificar a la acción por incumplimiento. En el pasado no existió garantía constitucional semejante, que vele por la eficacia del sistema jurídico. Precisamente por ello, se torna necesario determinar los presupuestos bajo los cuales puede operar.

En cuanto a su objeto:

- a) Garantizar la aplicación de las normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza y jerarquía, que integran el sistema jurídico; y*
- b) Garantizar el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de Derechos Humanos.*

En cuanto a los requisitos para su procedibilidad:

- a) La norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue debe contener una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible;*
- b) Deberá verificarse que la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de organismos internacionales de*

⁹⁶ Edgar Carpio, *La acción de cumplimiento en el derecho comparado; en Defensa de la constitución: garantismo y controles*, coord. Víctor Bazán (Buenos Aires: Ediar, 2003), 847.

Derechos Humanos, no sea ejecutable por las vías judiciales ordinarias.

Una vez constatada la naturaleza, efectos y presupuestos de admisibilidad que rigen a la acción por incumplimiento, es procedente pasar al análisis de fondo relacionado al presunto incumplimiento.”⁹⁷

En lo que se refiere al procedimiento, esta acción se interpone directamente ante la Corte Constitucional, debiendo cumplir con los requisitos establecidos para su admisión y seguir el trámite previsto en las disposiciones comunes para la sustanciación de las acciones ante la Corte Constitucional; siendo que si el demandado cumple con el deber supuestamente omitido, estando en curso la acción y antes de la sentencia, la Corte Constitucional declarará concluido el proceso en forma anticipada y ordenará su archivo.

En el ámbito administración pública, a más de los derechos constitucionales y otros que leyes especiales le puedan reconocer, la Constitución impone a la Administración ciertos deberes sustanciales cuyo cumplimiento resulta en un derecho que el ciudadano puede exigir. Hemos observado que la administración pública frecuentemente actúa en forma arbitraria, parcializada o injusta, no solo negado el acceso del ciudadano a la información, sino además guardado silencio sobre peticiones y quejas presentadas⁹⁸, e interpretando muchas veces en forma arbitraria las normas. Frente al comportamiento abusivo o arbitrario de la administración, le asiste al ciudadano el derecho de interponer la acción de incumplimiento, para lo cual, tal como lo observa la Corte Constitucional, deberá primero agotar las vías judiciales ordinarias de las que disponga.

Esta acción tiene particular importancia para efectos de exigir la atención o respuesta motivada por parte de la administración, en la forma en está prescrito y consagrado como un derecho en el No. 23 del Art. 66 de la Constitución vigente, cuando el ciudadano ha insinuado o ha dirigido una petición. Una vez más, en el ámbito tributario, se presenta una situación singular, pues el recurso de revisión, tal como está definido en el Art. 143 del Código Tributario, es propiamente una potestad estrictamente facultativa, excepcional, extraordinaria y discrecional que tiene la

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia No.002-09-SAN-CC, 02-IV-2009, caso No.0005-2008-AN; R.O.S. No. 566, 08-Abr-2009.

⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador, Art.66, Num.23.

máxima autoridad para revisar el acto del inferior, y no se lo considera como un recurso, por lo tanto no cabe el silencio administrativo, tal como ha sido reconocido por varios tratadistas y por reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia.⁹⁹

Resulta entonces que la acción de incumplimiento no solo es una herramienta útil para el ciudadano que le permite ejercer su derecho a obtener una respuesta motivada a su petición y conocer el criterio de la autoridad para proceder o abstenerse de iniciar un proceso de revisión de actos o resoluciones, sino que resulta ser además un medio práctico y efectivo para exigir judicialmente el inicio del proceso de revisión y la posterior invalidación, modificación o sustitución de un acto o resolución que adolezca de errores o vicios fundamentales, de hecho o de derecho, debidamente verificados y justificados.

IV.6.- LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Las disposiciones sobre esta garantía constitucional se encuentran en la Constitución (Art. 94), la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 58-64) y en las Reglas de Procedimiento dictadas por el Pleno de la Corte Constitucional para el periodo de transición (Art. 52-57).

Esta es una garantía de última instancia, que procede de manera excepcional contra sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados, en los que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos fundamentales reconocidos en la constitución; y, que se han agotado todos los medios procesales de impugnación previstos dentro de la jurisdicción ordinaria.

En el ámbito administrativo, la acción procedería en contra de los fallos dictados por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación, y en virtud del más alto deber que impone la Constitución, de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en ella, la Corte Constitucional puede ordenar las medidas cautelares para la

⁹⁹ La Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado señalando que el silencio administrativo no opera en los recursos de revisión, entre otros, en los siguientes fallos: sentencia 70-2000, publicada en el R.O. No. 053 de 2-abr-2003; sentencia 68-2003 publicada en el R.O. No. 555 de 31-mar-2005; sentencia 107-2000 publicada en el R.O. No. 389 de 1-nov-2006; sentencia 30-2004 publicada en el R.O. No. 390 de 6 de Nov-2006; sentencia 127-2001 publicada en el R.O. No. 403, de 23-nov-2006.

protección de derechos constitucionales y evitar su vulneración, ordenando la suspensión de la ejecución de un fallo dictado.

Al respecto de esta acción, la Corte Constitucional en resolución de inadmisión del 04 de junio del 2009 se pronuncia en el siguiente sentido:

“En el plano nacional, la fórmula de la cuarta instancia se traduce en que la acción extraordinaria de protección no es una instancia adicional a las disponibles en la justicia ordinaria, ni tampoco tiene como propósito deslegitimar la actuación de juezas y jueces, se trata más bien de una acción extraordinaria encaminada a garantizar que el derecho constitucional al debido proceso y otros derechos constitucionales relevantes en el curso de la administración de justicia, no sean violados en el trámite de los procesos que lleva la justicia ordinaria. En este sentido, esta Sala de Admisión advierte que a través de este tipo de acción, no se pretende establecer que las decisiones adoptadas por los jueces en instancias anteriores fueron equivocadas o injustas. Únicamente corresponde a esta Corte, analizar si en los fallos expedidos por los jueces ordinarios ha existido vulneración de derechos constitucionales, manteniendo un equilibrio razonable que permita lograr una verdadera seguridad jurídica compatible con el respeto a la cosa juzgada, autonomía judicial y principio de especialidad.”¹⁰⁰

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sala de Admisiones, causa No. 0075-09-EP, 04-VI-2009.

V.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En la actualidad, bajo la concepción de una nueva democracia constitucional, propia del pensamiento contemporáneo neoconstitucionalista, ya no se trata de reducir la intervención del Estado al mínimo necesario para promover las llamadas libertades económicas y la libre competencia, tampoco se trata de promover el intervencionismo de un Estado paternalista y protector, ni se trata de centrar los esfuerzos en limitar las potestades públicas para evitar los posibles abusos de los poderes por el Estado. La demanda social actual se centra en encontrar la medida justa en que debe actuar el Estado y su Administración, para constituir un Estado efectivo, dotado de los medios legales y materiales adecuados para garantizar a los ciudadanos el efectivo goce de sus derechos, en forma activa, participativa e inclusiva.

Nuestra moderna Constitución incluye algunos conceptos novedosos que responden a esta dinámica de cambio social, como los principios de participación e inclusión, las garantías y mecanismos de tutela de los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos, y generación de instancias que garanticen su efectivo ejercicio tal como la creación de la contemporánea función de Transparencia y Control Social y la creación de un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Todos estos son elementos que deberán ser considerados para futuras conceptualizaciones de una Administración Pública moderna y acorde a la corriente jurídica contemporánea.

En materia de derechos, tal como fue anotado, se observa un avance importante, incluyéndose a más de los derechos considerados de primera y segunda, aquellos considerados de tercera generación, e incluyendo algunos conceptos novedosos e innovadores como aquel de considerar a la naturaleza (Pacha Mama) como sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución, lo que bien podrían ser considerado como el surgimiento o como objeto del reconocimiento de la existencia de una cuarta generación de derechos. En todo caso, los derechos fundamentales garantizados en la Constitución deben reflejarse necesariamente en el campo de la Administración Pública. El Estado debe respetar y amparar los derechos de los ciudadanos, independientemente de la condición que revistan frente a la administración, garantizando su ejercicio y los mecanismos para

su efectiva tutela, con objeto de promover un equilibrio entre el poder o potestad que tiene la autoridad pública y los derechos del ciudadano.

Sin embargo, algunos factores pueden incidir para que los ciudadanos se sientan desprotegidos frente a los posibles abusos, deficiencias o excesos en que suele incurrir la acción de la Administración Pública. Entre ellos podemos destacar la falta o débiles mecanismos que tiene el ciudadano para reclamar sus derechos en la vía administrativa, la falta de una debida información, la insuficiencia de los tribunales de justicia especializados ante el aumento de la demanda, lo anacrónico de los procedimientos y la percepción de ciudadanos de la falta de independencia e imparcialidad de estos tribunales, y una débil, insuficiente o politizada Corte Constitucional.

Ante estas deficiencias, las acciones constitucionales de las que dispone el ciudadano para la protección de sus derechos son una herramienta fundamental para lograr el perfeccionamiento y materialización de una sociedad justa. Así, en materia de garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, la Constitución del 2008 ha tenido un avance importante, no sólo en la forma sino en su alcance y pretensión, y se ha establecido, adicionalmente a las acciones constitucionales pre-existentes, otras novedosas, correspondientes al desarrollo de los derechos consagrados y con la necesidad de su efectiva tutela, como la acción de acceso a la información pública, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección que convierte a la jurisdicción constitucional en garante de última instancia de cualquier materia jurídica.

La Administración Pública como institución organizada del Estado y como actividad deberá ir evolucionando para adaptarse a la demanda social que exige espacios de participación que le permita ser co-formadora de una sociedad democrática contemporánea, eliminando aquellos elementos propios de enfoques que corresponden a etapas anteriores y que consideraban al ciudadano como un simple subordinado a los poderes públicos o como un cliente o usuario reducido a demandar bienes y servicios y a opinar sobre la calidad de los mismos.

Un nuevo modelo de gobernar se impone, donde los actores públicos y privados, deben cooperar y participar en la formulación y aplicación de los planes y políticas públicas. En este nuevo modelo de gobierno, el poder público, es decir, la

suprema potestad rectora y coactiva del Estado que encuentra su materialización en la gestión pública, deberá enmarcar su actuación dentro del respeto y protección de los derechos fundamentales.

Así, la Administración Pública, en el marco de esta nueva democracia constitucional, deberá privilegiar el respeto y protección de los derechos fundamentales, por sobre la estricta observancia de la legalidad de sus actos, tal como lo establece el numeral 3ro. del Art. 11 de nuestra Carta Fundamental: *“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.”*

VI.- BIBLIOGRAFIA

1. Apaza, Carmen R. *Estudio Comparativo sobre Procesos de Reforma de Estructuras Públicas en Países Seleccionados*. OEA, 2011. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sap/docs/dgpe/EstudioComparativo2011.pdf>
2. Arana Muñoz, Jaime Rodríguez, y Canosa Userra, Raúl, Edit. *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*. La Coruña: Gesbiblo, 2008.
3. Araujo Misoczky, Maria Ceci. *La relación entre ciudadanía activa y administración municipal en la configuración de una formación político-organizacional: los casos del Proyecto de Salud Mental de Belo Horizonte y del Presupuesto Participativo de Porto Alegre*. Trad. Ana Sánchez. Revista del CLAD Reforma y Democracia No. 21. Caracas: CLAD, Oct. 2001. Recuperado de <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/0038108>
4. Arenilla Sáez, Manuel. *Crisis y Reforma de la Administración Pública*. La Coruña: Gesbiblo, 2011.
5. Ávila, Ramiro. *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*. Edit. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neo constitucionalismo y Sociedad. Quito: MJDH, 2008.
6. Bonnin, Charles-jean Baptiste. *Principios de administración pública / Chales-Jean Baptiste Bonnin*. Comp. y Estudio introductorio de Omar Guerrero. Trad. Eliane Cazenave Tapie Isoard. México: FCE, 2004.
7. Brewer-Carías, Allan. *Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección*. AA.VV., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José: CIDH, 1994.
8. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental, Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires: Heliasta, 2003.
9. Canales Aliende, José Manuel. *Documentos básicos para la modernización y el fortalecimiento de las Administraciones Públicas en Iberoamérica*. Alicante: Ed. Club Universitario, 2009.
10. Carbonell, Miguel, coord. *Diccionario de Derecho Constitucional*. México: Porrúa, 2002.
11. Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales y la acción de inconstitucionalidad*. Coord. César Astudillo y Miguel Carbonell. *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

12. Carpio, Edgar. *La acción de cumplimiento en el derecho comparado*. Coord. Víctor Bazán. *Defensa de la constitución: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
13. Cotino Hueso, Lorenzo. *Los Derechos de los Ciudadanos ante la Administración Electrónica*. 2008. Recuperado de http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1518/
14. Courtis, Christian. *Los Derechos Sociales en Perspectiva: La Cara Jurídica de la Política Social*. Edit. Miguel Carbonell. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
15. Cruz Parceró, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo en la teoría del derecho contemporánea*. Alicante: Universidad de Alicante, 1998.
16. Dávalos, Javier. *El acceso a la información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales*. Coord. Ramiro Ávila Santamaría. *Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad*. Quito: PUCE., 2007.
17. Ejea Mendoza, Guillermo. *Teoría y Ciclo de Políticas Públicas*. México: UAM, 2006. Recuperado de http://www.cshenlinea.azc.uam.mx/02_inv/archivos/reportes/eco/lec/vlec021.pdf
18. Elena Córdoba, Amador. *De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración*. Coord. Enrique Álvarez Conde. *Colectivo Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*. Madrid: INAP, 1998.
19. Ferrajoli, Luigi. *Conferencia "Derechos y Garantías"*. Spondilus, Boletín de la Universidad Andina Simón Bolívar, Ed. No. 51. Quito: UASB, 1ra. quincena de agosto de 2011.
20. Ferrajoli, Luigi. *Garantías Constitucionales*. Dir. Raúl Ferreyra. *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, No. 2. Buenos Aires: Ediar, 2000.
21. Ferrajoli, Luigi. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 29-2006. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009. Recuperado de <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02581737555773684510046/031978.pdf>
22. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
23. Gabín, María Amparo de la Encarnación. *Administración Pública*. Madrid: Paraninfo S.A., 2009.

24. Jaramillo Ordóñez, Herman. *Manual de Derecho Administrativo*. Loja: Ed. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1.999.
25. Kelsen, Hans. *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado: Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Trad. de Wenceslao Roces. México: Porrúa, 1987.
26. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 1997.
27. Kooiman, Jan. *Gobernar en gobernanza, en La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia*. Coord. Agustí Cerillo i Martínez. Madrid: INAP, 2005.
28. Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
29. Mayntz, Renate. *El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna*. Trad. Marie Gamondes-Tulian. Revista del CLAD Reforma y Democracia No. 21. Caracas: CLAD, Oct. 2001. Recuperado de <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/0041004>
30. Morales T., Marco. *Derecho Procesal Administrativo, Texto-Guía*. LOJA: UTPL, 2011.
31. Morales Viteri, Juan Pablo. *Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica*, Edit. Ramiro Ávila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: MJDHC, 2008.
32. Parejo Alfonso, Luciano. *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Madrid: INAP, 1995.
33. Prats Catalá, Joan. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*. Madrid: INAP, 2005.
34. Rodríguez Rivera, Francisco Enrique, et al. *La Administración Pública. Principios constitucionales y tipos de administraciones públicas, en Empresa Pública Gestión Sanitaria de Mallorca. Grupos A, B Y C. Temario General*. Sevilla: Ed. MAD, Agosto 2006.
35. Sánchez González, José Juan. *La administración pública como ciencia. Su objeto y estudio*. México: Plaza y Valdés, 2001.
36. Secaira Durango, Patricio Adolfo. *Derecho Administrativo, Texto-Guía*. Loja: UTPL, 2009.
37. Torres, Tiberio. *La protección de la intimidad en el derecho tributario*. Quito: Abya-Yala, 2007.
38. Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía Descentralización, Ley 0, R.O.S. 303 de 19-oct-2010.

39. Código Tributario, Codificación 9, R.O.S. 38 de 14-jun-2005.
40. Constitución de la República del Ecuador, 2008, D.L. 0, R.O. 449 de 20-oct-2008.
41. Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, D.L. 0, R.O. 1 de 11-ago-1998.
42. Constitución Política, 1979, D.S. 0, R.O. 800 de 27-mar-1979.
43. Constitución Política de la República del Ecuador, 1929, Ley 0, R.O. 138 de 26-mar-1929.
44. Corte Constitucional, Sala de Admisiones, causa No. 0075-09-EP, 04-VI-2009.
45. Corte Constitucional, Sentencia No.002-09-SAN-CC, 02-IV-2009, caso No.0005-2008-AN; R.O.S. No. 566, 08-Abr-2009.
46. Corte Constitucional, Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, Resol. s/n, R.O.S. 466, 13-nov-2008.
47. Decreto Ejecutivo 555 del 19 de Noviembre de 2010, R.O. II No. 331 del 30 de Noviembre de 2010.
48. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, D.E. 2428, R.O. 536 de 18-mar-2002.
49. Ley de Régimen Administrativo, R.O.S. 1202 de 20-ago-1960.
50. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley 21, R.O.S. 116 de 10-jul-2000.
51. Ley Orgánica de Empresas Publicas, Ley 0, R.O.S. 48 de 16-oct-2009.
52. Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la Información Pública, Ley 2004-34, R.O.S. 337, 18-V-2004.
53. Ley Orgánica del Servicio Público, Ley 0, Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct-2010.
54. Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, D.E. 2328, R.O.S. 581 de 02-dic-1994.
55. Servicio de Rentas Internas, Resolución NAC-DGER2007-0304, 07-V- 2007.



ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Período Académico: mayo 2009 - mayo 2011
CRONOGRAMA DE DESARROLLO DE LA TESIS

Actividades	Plazo de cumplimiento
Fase I: elaboración proyecto	
1.2 Diseño del proyecto	Agosto – Septiembre 2011
1.3 Presentación del proyecto	12 de Septiembre de 2011
1.4 Aprobación	15 de Noviembre de 2011
Fase II: ejecución	
2.1 Designación de directores de tesis	17 de Febrero de 2012
2.2 Desarrollo de tesis	Noviembre 2011 - Febrero 2012
2.3 Revisión y aprobación final por parte de directores	02 de Marzo de 2012
2.4 Designación de tribunales	Marzo de 2012
2.5 Presentación de informe	18 de Mayo de 2012
2.6 Devolución de informe a estudiantes para realizar correcciones	18 de Mayo de 2012
2.7 Corrección y entrega de ejemplar empastado y CD	29 de Mayo de 2012
2.8 Constatación de cambios sugeridos por el tribunal y aprobación definitiva de la tesis	31 de Mayo de 2012
Fase III: disertación e incorporación	
3.1 Disertación	06 de Junio de 2012
3.2 Incorporación	08 de Junio de 2012