

## Derecho administrativo

**Disertación sobre el servicio público**  
*Jorge Fernández Ruiz*

**Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados**  
*Juan Carlos Benalcázar*

**La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados**  
*Juan Pablo Aguilar*

**Garantías en los estados de emergencia**  
*Miguel Alejandro López Olvera*

**Las asociaciones público-privadas: una opción para contratación administrativa en Latinoamérica**  
*Javier Robalino*

**Democracia, motín y función policial**  
*Daniel Márquez*

Revista del Área de Derecho

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2010 • Número 13

*FORO, revista de Derecho* recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

**DIRECTOR DEL ÁREA:** César Montaña Galarza

**EDITOR DE LA REVISTA:** Ernesto Albán Gómez

**COMITÉ EDITORIAL:** Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Agustín Grijalva (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), César Montaña Galarza (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar), Julio César Trujillo (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), José Vicente Troya (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).

**COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL:** Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Silvio Gambino (Universidad Della Calabria), Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Fernando Puzzo (Universidad Della Calabria), Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Rosario Valpuesta (Universidad Pablo de Olavide), Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Francisco Zúñiga (Universidad de Chile).

**COORDINADOR DEL NÚMERO:** Juan Carlos Benalcázar G.

**COORDINADORA EDITORIAL:** María Elisa Tamariz Ochoa

**SUPERVISOR EDITORIAL:** Jorge Ortega. **CORRECCIÓN:** Fernando Balseca

**DIAGRAMACIÓN:** Sonia Hidrobo. **CUBIERTA:** Raúl Yépez

**IMPRESIÓN:** Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador



*FORO* aparece en el índice LATINDEX, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. PRISMA, Publicaciones y Revistas Sociales y Humanísticas.

*FORO* es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

# FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
No. 13 • I semestre 2010

	Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
<b>TEMA CENTRAL:</b>	<b>DERECHO ADMINISTRATIVO</b>	
	Disertación sobre el servicio público <i>Jorge Fernández Ruiz</i>	5
	Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados <i>Juan Carlos Benalcázar</i>	23
	La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados <i>Juan Pablo Aguilar</i>	43
	Garantías en los estados de emergencia <i>Miguel Alejandro López Olvera</i>	77
	Las asociaciones público-privadas: una opción para contratación administrativa en Latinoamérica <i>Javier Robalino</i>	97
	Democracia, motín y función policial <i>Daniel Márquez</i>	109
	<b>RECENSIONES</b>	Patricio Cordero Ordóñez, <i>EL SILENCIO ADMINISTRATIVO</i> , por <i>Juan Carlos Benalcázar</i>
Jorge Zavala Egas, <i>DERECHO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA</i> por <i>Christian Masapanta Gallegos</i>	132	
Elena Durán, <i>LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS EN EL ECUADOR</i> , por <i>Juan Carlos Mogrovejo</i>	143	
<b>JURISPRUDENCIA</b>	Análisis de la inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (Caso No. 0005-10-IO) <i>Alex Iván Valle</i>	147
	Colaboradores	161
	Normas para colaboradores	165

# FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /  
Corporación Editora Nacional  
No. 13 • I semestre 2010

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
<b>CENTRAL THEME:</b>	<b>ADMINISTRATIVE LAW</b>	
	Dissertation on public service <i>Jorge Fernández Ruiz</i>	5
	Commentaries on the regulatory attributions of decentralized autonomous governments. <i>Juan Carlos Benalcázar</i>	23
	<i>Ex officio</i> extinction of administrative acts issued by decentralized autonomous governments” <i>Juan Pablo Aguilar</i>	43
	Guarantees during States of Emergency <i>Miguel Alejandro López Olvera</i>	77
	Public-private associations APP’s: an option for administrative contracts in Latin America <i>Javier Robalino</i>	97
	Democracy, riot and police functions <i>Daniel Márquez</i>	109
<b>RECENSIONS</b>	Patricio Cordero Ordóñez, <i>EL SILENCIO ADMINISTRATIVO</i> ( <i>Administrative silence</i> ), by <i>Juan Carlos Benalcázar</i>	129
	Jorge Zavala Egas, <i>DERECHO CONSTITUCIONAL,</i> <i>NEOCONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA</i> ( <i>Neoconstitutionalism</i> ), by <i>Christian Masapanta Gallegos</i>	132
	Elena Durán, <i>LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS</i> <i>EN EL ECUADOR (Administrative litigious resources</i> <i>in Ecuador)</i> , by <i>Juan Carlos Mogrovejo</i>	143
<b>JURISPRUDENCE</b>	Analysis of unconstitutionality due to omission in the jurisprudence of the Ecuadorian Constitutional Court. Sentence No. 001-1L-SIO-CC (Case No. 0005-10-IO) by <i>Alex Iván Valle</i>	147
	Collaborators	161
	Rules for collaborators	165

## Editorial

**L**os temas relacionados con el Derecho Público han cobrado un especial interés en el Ecuador, debido al nuevo marco constitucional que nos rige desde el año 2008 y a las abundantes leyes y reformas que deben dictarse o implementarse como consecuencia del cambio de normativa fundamental. En particular, en el ámbito del Derecho Administrativo se han planteado varias problemáticas a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, lo cual explica que el presente número de la revista Foro se dedique especialmente a dicha asignatura.

En esta oportunidad, la revista Foro se nutre con los aportes de tres distinguidos académicos de la Universidad Nacional Autónoma de México, que nos brindan interesantes reflexiones sobre temáticas de gran actualidad e importancia para el Ecuador, como son los servicios públicos, la democracia y la función policial y las garantías en el estado de emergencia.

El doctor Jorge Fernández Ruiz, con aquella capacidad de síntesis que manifiesta un conocimiento profundo de la materia, realiza una “Disertación sobre el servicio público”, que expone con suficiencia y claridad los fundamentos y principios que rigen a esta categoría jurídica. Este trabajo se destaca por combinar la profundidad y la sencillez, de modo que constituye una introducción sumamente útil sobre dicha temática.

El doctor Daniel Márquez Gómez reflexiona agudamente sobre la democracia y la función policial, con el objetivo de explicar, desde la serenidad del pensador, el fenómeno que se esconde detrás de los acontecimientos del 30 de septiembre de 2010. Como bien dice el autor, es simple la historia del “motín” policial de aquella aciaga fecha, pero sus motivos intrínsecos tienen un cierto grado de complejidad hermenéutica.

Por su parte, el doctor Miguel Alejandro López Olvera escribe sobre las “Garantías en el estado de emergencia” y destaca, entre otros importantes aspectos, que la declaración de esta situación excepcional –que no puede obedecer a cualquier causa definida arbitrariamente por el gobernante– requiere de prudencia e inteligencia. Especialmente, el doctor López Olvera pone énfasis en la necesidad de respetar varios principios jurídicos que se traducen en garantías de los derechos humanos.

A los artículos de los nombrados estudiosos mexicanos, se suman los trabajos de tres notables autores nacionales. El doctor Javier Robalino Orellana contribuye con una exposición sobre las asociaciones público-privadas, en cuanto opción para la

*contratación administrativa. El autor parte de la realidad de una “Latinoamérica dividida” en dos ideologías sobre la cuestión de la participación privada en los cometidos públicos, y, constatando la necesidad de lograr un indispensable equilibrio entre lo público y lo privado, plantea una alternativa que complementa la jerarquización pública y el orden privado de asignación de bienes, a través de redes de colaboración.*

*El doctor Juan Pablo Aguilar Andrade analiza con profundidad la temática de la extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados, de conformidad con las disposiciones que contiene el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Con acierto, el autor constata que la falta de una ley de procedimientos administrativos que se aplique a todas las administraciones públicas ecuatorianas ha desembocado en una situación de desorden e improvisación. El Código, en este sentido, soluciona en algo dicha situación y permite, en el ámbito de las administraciones locales, una normativa común que brinda seguridad jurídica.*

*Por último, el doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón comenta sobre las facultades normativas de los gobiernos autónomos descentralizados según la Constitución vigente. El autor advierte que la Constitución de 2008 incurre en varias imprecisiones que pueden prestarse a confusión, como aquella de calificar a dichas facultades de “legislativas”, no obstante declarar al Ecuador como Estado unitario. Consciente de estas inexactitudes, el doctor Benalcázar Guerrón procura determinar la verdadera naturaleza y alcance de los instrumentos normativos que dictan los gobiernos autónomos descentralizados, con el objetivo de armonizar las disposiciones constitucionales y evitar los equívocos que puede provocar la terminología del Constituyente.*

*Como puede verse en esta reseña, la revista Foro expresa el permanente propósito que tiene el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar de contribuir a la doctrina y al debate jurídico nacionales con material académico de excelencia.*

*Ernesto Albán Gómez  
Editor*

## **Disertación sobre el servicio público**

*Jorge Fernández Ruiz\**

### RESUMEN

El concepto de servicio público, a pesar de las muchas polémicas que despierta en la doctrina, es una de las nociones que más interés despierta en los estudios del Derecho Administrativo.

En efecto, se trata de una prestación técnica que satisface necesidades de carácter general, con sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario. En tal virtud, como competencia de la Administración Pública, contribuye a la realización de los cometidos estatales y de los fines públicos.

El presente trabajo aborda los principales aspectos que rodean a la temática del servicio público, de modo que brinda una introducción sumamente útil sobre la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Servicio público, necesidad general, prestación técnica, cometidos del Estado.

### SUMMARY

The concept of public service, despite the multiple controversies that it arises in legal doctrine, is one of the notions that most interest awakes within Administrative Law.

In fact, public service is a technical provision designed to satisfy general needs, in accordance to an exorbitant juridical regime that is derived from ordinary law. Consequently, as a competence of the Public Administration, it contributes to the achievement of government tasks and public purposes.

This article analyzes the principal aspects of public service, offering an extremely useful introduction to this matter

**KEY WORDS:** Public service, general need, technical provision, government tasks.

FORO

\* Abogado por la Universidad de Guadalajara, Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la Maestría en Derecho Público en la Universidad Autónoma de Nayarit y de la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLÁN-UNAM. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho

## PREFACIO

En su versión sociológica sobre el origen del Estado, Federico Engels nos dice que este es producto de la evolución de la sociedad, la cual en un momento dado se encuentra dividida en dos clases: la de los dueños de los medios de producción y la de los desposeídos, las cuales se encuentran cada vez más enfrentadas y amenazan con destruirse mutuamente; para que esto no suceda se crea una superestructura que modere las acciones de ambas clases y proporcione un equilibrio, así sea precario, entre ellas, lo que redundará en un proceso dialéctico evidenciado en la transformación incesante del ente estatal y en el cambio continuo del conglomerado social que lo genera.

El desarrollo dialéctico que implica la transformación del Estado y de sus relaciones con la sociedad genera una variación de los roles asignados al hombre y al Estado, de acuerdo con la ideología dominante en la sociedad. En el aspecto socioeconómico, la ideología va a delinear el perfil del Estado para caracterizar sus prototipos más peculiares, por ejemplo, el esclavista, el feudal, el absolutista, el liberal, el totalitario, el socialista, el intervencionista, y el neoliberal.

En un extremo del espectro ideológico se ubica la tesis individualista, conforme a la cual el todo debe subordinarse a la parte, o sea: el Estado al servicio del individuo; en el extremo contrario se ubica la pretensión de someter la parte al todo, es decir, la teoría totalitaria del hombre al servicio del Estado.

La libertad y la igualdad son postuladas por el esquema individualista, conforme al cual, el mejor Estado es el menor Estado, pues su papel se reduce al de gendarme y se concreta a cumplir la fórmula liberal *laissez faire, laissez passer*. Remitido a su extremo, el esquema liberal provoca la anarquía, en la cual, en aras de la libertad, de la libre empresa y del libre cambio, el hombre pierde su fin en sí mismo y pasa a ser un bien equiparable a cualquier otro de los que están en el mercado, en un proceso en que los individuos económicamente poderosos aplastan o, en el mejor de los casos, utilizan a los débiles desamparados.

En contraste, en el prototipo totalitario, tanto fascista como comunista, el Estado se diviniza y el hombre pasa a ser un elemento a su servicio. La planificación y la actividad del Estado sustituyen a la iniciativa y al quehacer individuales y sociales; el ámbito de la libertad humana se reduce a una mínima e insignificante expresión;

---

Administrativo. Abogado por la Universidad de Guadalajara. Licenciado en Economía por el Instituto Politécnico Nacional de México. Maestro en Administración Pública por el Instituto de Estudios Superiores en Administración Pública. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

la conocida frase de Benito Mussolini: “Nada fuera del Estado, nada contra el Estado, todo en el Estado”, refleja su mínima expresión.

Ubicadas entre ambos extremos ideológicos, las teorías eclécticas proponen, en mayor o menor medida, la intervención del Estado en el ámbito socioeconómico. Ahí destacan las socialistas, las comunistas y las basadas en la solidaridad.

Las teorías socialistas, y las comunistas con mayor énfasis, se pronuncian porque los medios de producción de bienes y de servicios queden a cargo del Estado, que de esta manera asume el manejo y control de las actividades socioeconómicas.

Conforme a las ideas del solidarismo, cuya esencia podría resumirse en la expresión “todos vamos en el mismo barco”, la parte tiende a unirse a sus semejantes para constituir un todo al servicio del bien común, en beneficio potencial de todas las partes. Consecuentemente, el Estado no puede ni debe concretarse a ser simple policía, reducido a vigilar que el quehacer de los agentes sociales no dañe la libertad o los derechos de otros, ni perjudique o altere el orden público, como lo postula el pensamiento liberal.

En el esquema del solidarismo, de vigilante y guardián, el Estado deviene interventor y se convierte en promotor de la justicia, en un afán de corregir la justicia distributiva ocasionada por la libertad, a cuyo efecto regula, redistribuye, rectifica, orienta y planifica los fines de la actividad social.

De acuerdo con la tesis solidaria, se dice que la incapacidad del hombre para valerse por sí mismo en algunas etapas de su vida, le conduce a una permanente convivencia social, la cual le impone un deber de solidaridad que permea al individuo y a la sociedad hasta llegar a la organización política para dar paso al Estado solidario, sin duda un Estado intervencionista que debe ser, por antonomasia, el Estado de derecho.

Quienes promueven el solidarismo afirman que el Estado, lejos de ser un simple gendarme, garante del “dejar hacer y dejar pasar”, se debe preocupar por satisfacer las necesidades de carácter general de la mayoría de la población, mediante la prestación de los correspondientes servicios públicos, ya sea directamente por la administración pública, o bien por particulares bajo un régimen de delegación de desarrollo de las actividades respectivas como puede ser la concesión, solución, esta última, que evita la marginación de la iniciativa privada en el proceso socioeconómico.

Una corriente del solidarismo, encabezada por León Duguit, demandó la intervención del Estado, con apoyo en la solidaridad social, y buscó mantener la convivencia humana, mediante la asignación de obligaciones tanto a los gobernantes como a los gobernados.

Según esta versión de la teoría de la solidaridad social, las obligaciones o deberes de los gobernantes, vienen a ser los servicios públicos, de suerte que conforme crece la solidaridad social aumentan los deberes de los gobernantes y, por ende, los servi-

cios públicos, cuyo aseguramiento, organización y control queda a cargo del Estado que, según León Duguit, fundador de esta corriente, “es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes”.<sup>1</sup>

La noción del servicio público, a principios del siglo XX, adquirió una importancia capital en algunos países, merced a los planteamientos de Georges Teissier, León Duguit, Gastón Jéze, Maurice Hauriou, Errico Presutti y Arnoldo de Valles, entre otros autores, algunos de los cuales empezaron a publicar sus ideas acerca de este asunto, desde finales del siglo XIX.

Por otra parte, también los legisladores se adueñaron de la locución servicio público, utilizándola con muy distintas acepciones y significados aun en un mismo ordenamiento legal, al grado de que la expresión servicio público o servicios públicos se encuentra a cada momento, tanto en los textos constitucionales, como en los artículos de las leyes y de los reglamentos, de donde ha pasado a la vida cotidiana a través de los medios de comunicación masiva, en los que no hay día en que no se mencionen a los servicios públicos.

Sin embargo, la doctrina de mediados del siglo XX no solo impugnó la noción de servicio público de sus antecesores inmediatos sino que le escatimó tiempo y espacio, lo cual propició un estancamiento en la investigación jurídica de este tema, que en tales condiciones poco pudo avanzar en el desentrañamiento de la esencia del servicio público; pareciera que se hubiese llegado al término de su investigación, asignándose a su noción un sitio mucho más modesto que el otorgado por la doctrina a principios del siglo.

Por tal motivo, pasada la euforia inicial desatada por el lanzamiento de la tesis duguitiana del servicio público, la noción enjuto su dimensión, disminuyó su peso, redujo su importancia en el plano de la teoría jurídica y de la administrativa, lo cual no obsta para que al establecimiento, operación y mantenimiento de los servicios públicos se apliquen, hoy en día, recursos sumamente cuantiosos.

Inició en el estancamiento de la investigación del servicio público el desgaste del Estado solidario o intervencionista y su retroceso frente al Estado neoliberal, pues tras de haber vivido el apogeo de su aceptación al ser considerado a escala planetaria, necesario y positivo, a fines de la década de 1970, se inició una reacción mundial con un giro de 180 grados, provocado por el movimiento neoliberal que, aprovechando el desgaste del Estado solidario y de sus vicios evidentes de obesidad, burocratismo y regulación excesiva, proclamó el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa, la huida del derecho administrativo, la obsolescencia de la

---

1. León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 71.

noción del servicio público y su sustitución por la de servicio universal, así como la privatización de muchas instituciones y actividades públicas, bajo la divisa “La privatización es la idea fuerza del momento”.<sup>2</sup>

El avance del movimiento neoliberal –ahora ya en retroceso– coincidió más tarde con la quiebra espectacular del sistema comunista.

Mas, independientemente del valor, tamaño y peso que la doctrina asigne a la noción de servicio público, que para León Duguit y sus seguidores sustituye a la soberanía en la idea del Estado y es el fundamento de todo derecho público, o al menos el eje del derecho administrativo, y para otros –como Henri Berthélemy–, en cambio, carece de importancia, los servicios públicos representan una realidad importantísima tanto en el derecho positivo como en la actividad económica del mundo de nuestro días.

En efecto, miles de millones de personas satisfacen cotidianamente sus necesidades de diversa índole, pero de carácter general o colectivo, mediante el aprovechamiento de los servicios públicos de educación y salud, de suministro de energía eléctrica, de gas y de agua potable; de recolección de basura y de desecho de aguas residuales; de teléfono, de correo; de transporte en sus distintas modalidades: aéreo, marítimo, ferroviario, carretero y, por supuesto, transporte urbano; de mercados, rastros y centros de abasto; de panteones y demás servicios funerarios; de banca y crédito, de televisión y radiodifusión; y de alumbrado público, para no mencionar sino los más comunes.

Por otra parte, como puede comprobarse con facilidad, las instituciones jurídicas que penetran tanto en el ordenamiento legal como en la conciencia popular, son aquellas que identificadas con la protección de los intereses generales de la sociedad y de la satisfacción de las necesidades individuales –de carácter general o colectivo–, son comprendidas por la mayoría de sus miembros, y dominadas por quienes tienen a su cargo la elaboración de su marco jurídico, o su instrumentación en la práctica.

Indiscutiblemente, la noción de la institución jurídica del servicio público ha calado hondo en la conciencia popular de todas las latitudes, como lo demuestra el reclamo unánime de los miembros de cualquier comunidad que se respete, traducido en la exigencia de contar con los servicios públicos que satisfagan continua, adecuada, uniforme y regularmente sus necesidades de carácter general.

En cambio, esta misma institución del servicio público no penetró en la normativa jurídica del siglo XX con la misma profundidad que en la conciencia popular, porque a pesar de mencionarse reiteradamente en un gran número de textos jurídico normativos, con frecuencia se soslayó acotarlos y precisarlos en ellos.

---

2. Rodolfo Carlos Barra, “Conferencia en el Colegio de Abogados de Buenos Aires”, en Eduardo Mertehikia, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 5.

Actualmente, el globalizado mundo de nuestros días, agobiado por una severa crisis financiera y económica que acrecienta en millones y millones el número de personas azotadas por el flagelo de la miseria, acusa el fracaso del neoliberalismo y de sus instrumentos de desregulación y autorregulación que confiaron a la mano invisible y artrítica del mercado la determinación de los precios de los bienes, incluidos los de primera necesidad, y de los servicios públicos, lo cual propicia el regreso del Estado social de derecho y la reivindicación del servicio público.

## GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Juan Jacobo Rosseau acuñó en Francia la locución servicio público, empleado en su libro *El contrato social*, y, en el siglo XIX, la idea del servicio público apareció en el ámbito jurisprudencial francés, como un subproducto del deslinde de competencias. En España fue también un producto marginal, originado al regularse la desamortización de los bienes eclesiásticos. Un aporte importante para el desarrollo definitivo de la noción del servicio público lo constituyen sin duda alguna las conclusiones del comisario de gobierno David y el correspondiente *arrêt* Blanco del Tribunal de Conflictos, de fecha 8 de febrero de 1873. Como factores que propician de manera relevante la gestación de la idea del servicio público podemos citar:

- La teoría de la separación de poderes o separación de funciones del poder público.
- El desarrollo tecnológico que entraña la revolución industrial.
- La secularización de las actividades eclesiásticas relativas a la salud, la educación y el bienestar social.
- La apertura al público de la *posta real*.
- La desamortización de los bienes eclesiásticos.
- El intervencionismo del *Welfare State* o Estado de bienestar.
- La creación de una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción judicial y de la administración activa.
- La necesidad de dar fundamento a la atribución administrativa del gobierno.
- La necesidad de contar con una pauta para el reparto de competencias entre los órganos administrativos y judiciales.
- La noción del servicio público evoluciona doctrinalmente por la variedad de versiones que registra la doctrina acerca de su dimensión y peso, pues unos autores le asignan una magnitud descomunal, mientras otros le niegan importancia e incluso dudan de su existencia.

## EL ARRIBO DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO A LA AMÉRICA ESPAÑOLA

Se recibió en la América española la locución *servicio público* a través de la Constitución de Cádiz de 1812, como sinónimo de ramo de la administración pública. La Constitución de 1857 es el primer texto constitucional que la utiliza.

Llegó la idea del servicio público a la Nueva España en pleno despotismo ilustrado, en el reinado de Carlos III, envuelta en las tendencias de secularización de actividades y bienes eclesiásticos inherentes a la expulsión de los jesuitas.

Pese a no utilizar la expresión “servicio público”, la idea respectiva subyace en diversas disposiciones de la Constitución española de 1812.

## TEORÍAS ACERCA DEL SERVICIO PÚBLICO

La doctrina registra la conformación de cuatro corrientes en torno al tamaño, peso e importancia de la noción del servicio público, a saber: *i.* teorías que consideran al servicio público como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes; *ii.* teorías que interpretan al servicio público, como toda actividad de la administración pública; *iii.* teorías que entienden al servicio público como una parte de la actividad de la administración pública; *iv.* teorías que conceden escasa o ninguna importancia a la noción de servicio público.

Por otra parte conviene enfatizar que la configuración y el diseño de la noción de servicio público se han visto afectados seriamente por un problema de carácter semántico, cuya consecuencia consiste en denominar de distinta manera una misma actividad; por tal motivo, lo que para unos autores es servicio público, para otros viene a ser función pública o cometido esencial, que con esos y otros nombres llaman a una misma actividad, sin ponerse de acuerdo en ese “diálogo de sordos” a que se refiere Waline, en el que “no hay posibilidad de entendimiento cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras”.<sup>3</sup>

Otro punto altamente controvertido en la tarea de configurar la noción de servicio público ha sido el determinar si el acento público lo pone el órgano que presta el servicio, o la necesidad cuya satisfacción pretende, o el régimen jurídico al que se somete, o si es la ley la que lo imprime.

---

3. Marcel Walline, *La noción de servicio público*, t. 75, Buenos Aires, La Ley, julio-septiembre 1954, p. 1.

Pese a tanta controversia en torno a la noción del servicio público, se da una realidad innegable: el derecho positivo de muchos países del mundo, acorde con la corriente doctrinaria que considera servicio público a tan solo una parte de las actividades de la administración pública, ha asignado dicho carácter a un número importante de actividades que son desempeñadas directamente por las instituciones públicas, o se delega su realización a los particulares mediante el régimen de concesión.

No obstante que haya quien niegue importancia a dicha noción, resulta impresionante la cantidad de recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados a la instalación y funcionamiento de los servicios públicos.

## FORMAS Y *TELOS* DEL ESTADO

La ideología predominante en cada Estado determina su finalidad, su *telos*, y este, a su vez, señala el rumbo de sus actividades. Al *telos* del Estado le llama la doctrina de diferentes maneras: fines, atribuciones, cometidos, son algunas de ellas. El *telos* del Estado se persigue y se alcanza mediante la realización de diversas actividades.

En las dos últimas décadas del siglo XX y en el primer lustro del XXI se advirtió una eufórica tendencia universal de reprivatización, al amparo de la consigna neoliberal de adelgazar al Estado, la cual se siguió irreflexivamente en muchos países, bien por sentido de imitación, ya por presiones de los organismos financieros internacionales controlados por los Estados poderosos.

Debe tenerse presente cuán malo es que el Estado crezca desmesurada e improvisadamente, lo mismo para producir bebidas alcohólicas, pantalones, bicicletas y autobuses, que para administrar bares, centros nocturnos y hoteles, por ejemplo; como malo es también que el Estado vuelva a enfundarse en el uniforme de gendarme y se desentienda no solo de actividades económicas que no debió asumir nunca, por ser atendibles por los particulares, sino de servicios públicos en estricto sentido y de actividades estratégicas, y hasta de funciones públicas que por su naturaleza no deben ser delegables.

Por tanto, debe buscarse el justo medio entre el solidarismo social desmesurado y el *laissez faire, laissez passer*, para que el Estado permita al individuo su cabal desarrollo personal, con irrestricto respeto a su dignidad y por ende a sus derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos y sociales, sin descuidar los de la llamada tercera generación.

## **CARACTERES ESENCIALES DEL SERVICIO PÚBLICO**

Se identifica el servicio público por estar dotado de ciertos caracteres jurídicos esenciales sin los cuales se desnaturaliza o desvirtúa; ellos son los de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, y obligatoriedad, los cuales han merecido el consenso general de la doctrina.

Consiste la generalidad o universalidad del servicio público, en la posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos señalados en su normativa jurídica, sin más límite que la capacidad del propio servicio.

La igualdad o uniformidad estriba en el trato igual o uniforme que debe darse indiscriminadamente a todos los usuarios del servicio público, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuarios, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma. Tanto la generalidad como la igualdad del servicio público son reconocidas y apoyadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de diversos instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de tortura.

En virtud del carácter esencial de regularidad, el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula, la cual debe ser exorbitante del derecho ordinario.

Merced al carácter esencial de la continuidad, el servicio público no debe interrumpirse dentro de los horarios o circunstancias previstos en su propia regulación, o sea, prestarse conforme al calendario-horario predeterminado para su prestación.

Algunos autores señalan otros presuntos caracteres esenciales del servicio público, que en rigor no lo son, entre los que mencionan el carácter de gratuidad, que, en mi opinión, no puede considerarse como tal, porque el servicio público a cargo de particulares, por definición, está animado por el propósito de lucro, lo cual es antinómico de la gratuidad.

## **ELEMENTOS INDISPENSABLES DEL SERVICIO PÚBLICO**

Al margen de sus caracteres jurídicos esenciales, el servicio público se integra mediante un conjunto de elementos indispensables, sin cualquiera de los cuales no es posible su existencia y prestación.

Sin una necesidad de carácter general que satisfacer, el servicio público es un absurdo, porque de ser erigido como tal por una ley sería solo la evidencia de un capricho o de un error del legislador, consistente en denominar con ese rótulo a algo distinto al servicio público que invariablemente se debe destinar a satisfacer una necesidad de carácter general. Por ello, dicha necesidad es elemento indispensable en el servicio público.

La actividad mediante la cual se satisface la necesidad de la que nace es otro elemento indispensable del servicio público, porque evidentemente esta no puede satisfacerse sin realizarse la actividad indicada para ello, la cual debe ser técnica y satisfactoria.

Otro elemento indispensable del servicio público son los usuarios, por ser ellos quienes tienen la necesidad cuya satisfacción constituye su finalidad; sin usuarios, la actividad sería estéril y, por tanto, el servicio injustificado.

El servicio público requiere indispensablemente de la intervención estatal, porque solo mediante ella se puede crear el régimen jurídico especial —que también es elemento indispensable del servicio público—, al que debe someterse la prestación del servicio para que puedan darse sus caracteres esenciales de generalidad, regularidad, uniformidad, y continuidad.

Un elemento obviamente indispensable del servicio público es el sujeto a cuyo cargo está su prestación, porque no puede haber servicio sin alguien que lo preste.

También figuran como elemento indispensable del servicio público los recursos requeridos para tal efecto, desglosables en recursos humanos, materiales y financieros, cuya obviedad no requiere comentarios adicionales.

## **DEFINICIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

Definir es expresar en forma breve, precisa y completa lo que debe entenderse por una cosa o explicar el significado de un concepto. En este entendido se propone la siguiente definición:

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer, de manera uniforme y continua, una necesidad de carácter general, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.

## **DIVISIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO PROPIO**

En el sentido que empleo en esta ponencia, el servicio público viene a ser, pues, una actividad destinada a satisfacer una necesidad de carácter general bajo un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado. Si tal actividad la reconoce la ley como servicio público, entonces se atribuye a la administración pública, ya para que la desempeñe directamente o, bien, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución, por ejemplo, bajo el régimen de concesión, estaríamos, según el profesor Arnaldo de Valles, frente a un servicio público en estricto sentido, o sea propiamente dicho. Mas, si dicha actividad no está considerada por la ley como servicio público y, por tanto, puede ser desarrollada directamente por particulares, por no estar atribuida a la administración pública ni al Estado, en cuyo caso estaríamos, entonces, ante un servicio público impropio o virtual.

No es la ley la creadora del servicio público impropio o virtual, pues este deriva de un permiso, licencia o –como también se le suele llamar–, de una autorización de carácter administrativo que destraba el ejercicio de un derecho individual limitado, de realizar una actividad privada destinada al público, o sea –a diferencia de la actividad comercial ordinaria–, con obligación de realizarla en servicio de quienquiera que lo solicite, y en el orden en que se presente, con apego a una regulación jurídica especial que incluye, por regla general, la fijación de una tarifa obligatoria.

En México, el artículo 28 constitucional previene que “La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y solo podrá llevarse a cabo mediante ley”. Consecuentemente las actividades no sujetas por ley a régimen de servicio público, pero destinadas a satisfacer necesidades de carácter general y sometidas a régimen de servicio público, serán servicios públicos impropios o virtuales, como ocurre con la banca –que durante un tiempo fue servicio público propiamente dicho–; la radio y la televisión –que en otros países se consideran como servicios públicos propios–, entre otros. En cambio, algunos servicios públicos, como el de los taxis, que en el Distrito Federal se consideran como “propios”, en otros países se les tiene como servicios públicos impropios o virtuales.

## **PRESENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD**

En el globalizado mundo de nuestros días, es un hecho incontrovertible la asimetría de las economías de los Estados de la comunidad internacional y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, circunstancia que redundante en requerimientos distintos de categorías, instituciones y normas jurídicas,

reflejada en la variedad de sistemas y órdenes jurídicos vigentes que registra el Derecho comparado, lo cual ocurre, en buena medida, porque lo que es bueno para los países desarrollados no siempre lo será para los subdesarrollados; ya que los primeros exportan capital, tecnología y productos terminados; los segundos exportan deuda, mano de obra y materias primas; las referidas potencias extranjeras exportan industrias maquiladoras para evitarse problemas de degradación del ambiente, en tanto que México las importa, junto con el riesgo del manejo de sustancias tóxicas y peligrosas; por ello, los intereses de la Coca Cola, de la Mc Donald's y de la Texaco no son los mismos intereses de los mexicanos y de las auténticas empresas de México.

Traigo a colación la anterior reflexión, porque, en el ocaso del siglo XX, algunos autores plantearon la idea de que el servicio público había perdido su razón de ser, habida cuenta de la transformación radical de las circunstancias económicas, sociales, políticas y culturales que le dieron origen; en esta tesitura, el profesor Gaspar Ariño Ortiz señaló: “El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres, a los que permitió mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy –como dice José Luis Villar– hay que hacerle un digno entierro”.<sup>4</sup>

Mas la opinión, muy respetable, del distinguido jurista español, quizá pudiera ser aplicable a España –aun cuando contradiga el artículo 128 de la Constitución española–, en su calidad de miembro de la Unión Europea, mas no válida para todos los países, dada la asimetría de sus economías y la diversidad de desarrollo económico, social, político y cultural de los mismos, toda vez que en algunos, la idea de servicio público sigue siendo un instrumento de gran valía.

Hace ya dos y medio siglos que el célebre ginebrino Juan Jacobo Rousseau acuñara en las páginas de *El contrato social* la expresión ‘servicio público’ –que años después se volvería moneda corriente en el léxico jurídico-político–, con un significado de actividad personal obligatoria en beneficio del Estado, al afirmar: “Desde el instante en que el servicio público deja de ser el principal interés de los ciudadanos y que prefieren servir con su bolsa, antes que con su persona, el Estado se encuentra ya cerca de su ruina”.<sup>5</sup>

---

4. Gaspar Ariño Ortiz *et al.*, *Significado actual de la noción del servicio público. El nuevo servicio público*, Madrid, Civitas, 1999, p. 18.

5. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, trad. Consuelo Berges, 1965, 7a. ed., p. 174.

Hay quienes sugieren que el bayonés naturalizado español Francisco Conde de Cabarrús (1752-1810) fue el primero en utilizar la expresión ‘servicio público’. Vid. José Luis Villar Escurra, *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 20.

Si bien es cierto que la expresión ‘servicio público’ aparece en las páginas de *El contrato social*, publicado por vez primera en 1762, también lo es que durante un siglo la idea del servicio público deambuló por los textos legales, jurisprudenciales, doctrinales y legales, como una nebulosa sin rumbo fijo, por no ser más que una idea ubicua e imprecisa.

Hace cuatro años, el 16 de diciembre de 2005, se cumplió el sesquicentenario de la emisión, en Francia, del *arret* Rotschild, cuyas ideas inspiraron al Comisario David en la elaboración de sus conclusiones que, a su vez, orientaron al Tribunal de Conflictos en la elaboración del célebre *arret* Blanco dictado el 6 de febrero de 1873, rescatado en su esencia por Georges Teissier para proponer al servicio público como el fundamento de una teoría integral de la competencia y aun del derecho administrativo, expuesta en su tratado *La responsabilité de la puissance publique*,<sup>6</sup> en clara adhesión a las ideas de referencia, conforme a las cuales el servicio público emerge como un subproducto del deslinde de competencias.

Las ideas y nociones del *arrét* Blanco sobre el servicio público, una vez redescubierto por Teissier, fueron cada vez más citadas y empleadas en las resoluciones de los tribunales franceses ordinarios, administrativos y de conflictos; Teissier mismo, por ejemplo, las utilizó en sus conclusiones para el *arrét* Feutry.

Con el paso del tiempo, la noción del servicio público no se redujo a una pauta para el deslinde de competencias ni tampoco se circunscribió a la jurisprudencia francesa sino que incrementó tremendamente su importancia e impactó fuertemente en la doctrina, al grado que el profesor de la Universidad de Burdeos, León Duguit, fundador de la llamada Escuela de Burdeos, consideró a la noción del servicio público sustitutiva del concepto de soberanía, como fundamento del derecho público, porque, en su opinión, “El Estado no es un poder que manda, es un grupo de individuos que tiene una fuerza que debe emplear en crear y dirigir los servicios públicos. La noción de servicio público deviene la noción fundamental del derecho público moderno”.<sup>7</sup>

La desmedida importancia y magnitud que Duguit pretendió dar a la noción de servicio público no pudo mantenerse por mucho tiempo, como se comprueba actualmente en México, donde se le considera como una parte de la actividad de la administración pública.

Se agrega a la reducción de la importancia de la noción del servicio público, la circunstancia de que su diseño y desarrollo se ha visto afectado seriamente por un problema de carácter semántico, cuya consecuencia consiste tanto en denominar de

---

6. Paul Dupont, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Editeur, 1906.

7. Duguit León, *Las transformaciones del derecho público*, trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926, p. 85.

distinta manera una misma actividad, como en emplear una misma denominación para varias actividades diferentes; por tal motivo, lo que para unos autores es servicio público, para otros viene a ser función pública o cometido esencial y viceversa, que con esos y otros nombres llaman a una misma actividad, sin ponerse de acuerdo en ese diálogo de sordos a que se refiere Marcel Walline, en el que “no hay posibilidad de entendimiento cuando cada uno de los que discuten da diferente significado a las mismas palabras”.<sup>8</sup>

En México, ha logrado consenso considerar al servicio público —en una de sus acepciones—, como una actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales iguales, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado; esta idea está implícita en diversos artículos constitucionales que hacen referencia a servicios públicos específicos, como el de educación, el de correos, el de telégrafos, el de transporte ferroviario, el de suministro de energía eléctrica, el de suministro de agua potable, el de drenaje, el de alumbrado público, el de limpieza y recolección de residuos sólidos, el de panteones y el de rastro, entre otros.

Sin embargo, la Constitución mexicana emplea también la locución servicio público en el sentido de actividad personal —obligatoria o no— realizada en beneficio del Estado, con o sin remuneración, o sea, de empleo o cargo público remunerado o no, de actividad a desarrollar en ejercicio del poder público, así como de organización de medios para desempeño de tareas gubernamentales o logro de fines estatales.

Entendido como actividad destinada a satisfacer necesidades de carácter general, el servicio público es una técnica de protección al usuario que permite colectivizar la satisfacción de necesidades de carácter general, con lo cual se evita que cada usuario se procure la satisfacción de su propia necesidad, lo que redundaría en una división del trabajo, en una reducción del costo de la satisfacción y una mayor calidad del mismo; por ello debe figurar entre los objetivos del Estado mexicano —con 61 de los 107 millones de habitantes sumidos en la pobreza— asegurar la prestación de los servicios públicos de la mejor manera posible y velar por la seguridad y el interés de sus usuarios, por lo que habrá de perfeccionarse su marco jurídico, para lo cual es necesario diferenciar al servicio público de la función pública.

Se entiende por función pública la actividad esencial y mínima del Estado, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad —de donde su índole indelegable—, cuya realización atiende al interés público. Es una actividad esencial, porque si el Estado no la ejerce, tiende a desaparecer. En la función pública se pueden distinguir distintas clases, entre las que destacan la

---

8. Marcel Walline, *La noción de servicio público*, p. 1.

legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. Con gran acierto, el respetado jurista argentino Manuel María Díez planteó que “el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial”.<sup>9</sup>

En cambio, el servicio público, al ser una actividad muy importante, no es esencial para el Estado; además los propósitos de ambas categorías son diferentes: la función pública trata de satisfacer necesidades públicas, entendidas como necesidades de las personas públicas, como el Estado y el municipio, en tanto que el servicio pretende satisfacer necesidades individuales generalizadas, o sea, de carácter general.

Como apuntara el profesor español José Antonio García Trevijano Fos, las funciones públicas “están de tal forma unidas a la esencia del propio Estado que solamente él puede desarrollarlas directamente. Aun aceptando un criterio pluralista, tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal, y únicamente el grupo soberano, es decir, el Estado, las asume y las ejercita directamente”.<sup>10</sup>

En tanto que el servicio público entraña la aspiración solidaria de poner al alcance de todo individuo, al menor costo posible y bajo condiciones que garanticen su seguridad, el aprovechamiento de la actividad técnica que satisfaga la necesidad de carácter general, en la que cada quien puede identificar su propia necesidad individual.

## EL SERVICIO UNIVERSAL

Al mismo tiempo de promover la huida del derecho administrativo, la desregulación, la privatización y la sustitución de servicios públicos propiamente dichos por servicios públicos virtuales, paralelamente se ha intentado sepultar la institución del servicio público, y se ha tratado de impulsar la noción del *servicio universal*, surgida en el campo de las telecomunicaciones, y ampliada al ramo del correo, con miras a evitar –o aminorar el número de casos– que la prestación privada de un servicio considerado como básico, antaño atribuido a la administración pública, se niegue a usuarios de ciertos sectores o zonas por razones de rentabilidad.

Por ejemplo, en España, en los términos del artículo 22 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se entiende por servicio universal “el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios

---

9. Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 187.

10. José Antonio García Trevijano Fos, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, vol. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1971, 2a. ed., pp. 39 y 40.

finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible”. Previene, además, que bajo el concepto de servicio universal se deberá garantizar, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen por el Gobierno:

- Que todos los usuarios puedan obtener una conexión a la red telefónica pública que les permita efectuar y recibir llamadas y acceso a internet.
- Que se ponga a disposición de los abonados una guía general de números de abonados.
- Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago.
- Que los usuarios con discapacidad puedan acceder a los mismos servicios en condiciones de equiparables al resto de usuarios finales.

En rigor, el concepto de servicio universal es equivalente al de servicio público impropio o virtual, dado que en ambos casos se trata de una actividad, no atribuida al Estado, encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, suma de muchas necesidades individuales similares, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario

## **A MANERA DE EPÍLOGO**

Por lo menos en México, el estudio e investigación del aspecto jurídico del servicio público, en sus modalidades de propio, impropio o virtual, y universal, permitirá el mejoramiento de su marco legal y, por ende, su prestación podrá ser más adecuada y efectiva, porque el legislador, al igual que el administrador, el controlador y el juzgador del servicio público, tendrán oportunidad de adquirir un mayor conocimiento de esta institución jurídica en sus diversos aspectos y diferentes versiones y especies.

El año 2009 trajo consigo una debacle económica mundial, consecuencia del fallido Estado neoliberal, exacerbada por la crisis financiera global, circunstancia que canceló de inmediato la huida del derecho administrativo y enfrentó la crisis económico financiera global con un derecho administrativo global, reivindicador del servicio público y de una enérgica regulación encaminada a evitar la especulación bursátil con recursos del público ahorrador; a impedir la pirimidación financiera y la simulación en la certificación de estados financieros; a poner límite a las remuneraciones de funcionarios públicos; y a combatir firme y eficazmente la corrupción.

En la actualidad se requiere de un derecho administrativo global que apoye la creación de empleos, el poder adquisitivo de los salarios, y el desarrollo sustentable de todos los países de la comunidad internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ariño Ortiz, Gaspar, *et al.*, *Significado actual de la noción del servicio público. El nuevo servicio público*, Madrid, Civitas, 1999.
- Barra, Rodolfo Carlos, Conferencia en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, en Eduardo Merteikia, *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- Díez, Manuel María, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979.
- Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, trad. Adolfo Posada y Ramón Jaén, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926.
- *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña, Madrid, Librería Española y Extranjera, 1926.
- Dupont, Paul, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Editeur, 1906.
- García Trevijano Fos, José Antonio, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, vol. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1971, 2a. ed.
- Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, trad. Consuelo Berges, 1965, 7a. ed.
- Walline, Marcel, *La noción de servicio público*, t. 75, Buenos Aires, La Ley, julio-septiembre 1954.

Fecha de recepción: 5 de enero de 2011  
Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2011



## Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados

*Juan Carlos Benalcázar Guerrón\**

### RESUMEN

La Constitución de la República de 2008, no obstante calificar al Ecuador como un Estado unitario, dota a los gobiernos autónomos descentralizados de una “facultad legislativa” que, a primera vista, haría pensar en la existencia de ordenamientos jurídicos locales, de modo similar a lo que sucede en un Estado federal.

Esta aparente contradicción merece un análisis sobre la naturaleza y alcance que tienen los instrumentos normativos que emiten los gobiernos autónomos descentralizados, sobre sus límites y contenidos y sobre la función que cumplen en el ordenamiento jurídico de un Estado unitario como es el Ecuador.

PALABRAS CLAVE: facultad reglamentaria, reglamento, ordenanza, Estado federal, Estado unitario.

### SUMMARY

The Ecuadorian Constitution of 2008, although it proclaims that Ecuador is a unitary country, confers a “legislative attribution” to decentralized autonomous governments, which, at first sight, may lead to think that it is possible to affirm the existence of local juridical systems, similar to those existing in federal countries.

This probable contradiction requires an analysis regarding the nature and scope of the regulations that are issued by decentralized autonomous governments, their limits and content, and the role they play within the juridical system of a unitary country such as Ecuador.

KEY WORDS: regulatory attributions, regulation, ordinance, federal country, unitary country.

FORO

---

\* Profesor de Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Derecho Fiscal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (2006-2010). Profesor de los programas de Especialización Superior y de Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución, como Norma Suprema del Estado, tiene los cometidos propios de determinar las reglas de producción del Derecho positivo y de establecer las bases sobre las cuales se asienta todo el ordenamiento jurídico.

La Constitución ecuatoriana de 2008 presenta problemáticas especiales cuando se refiere a las facultades normativas de los gobiernos autónomos descentralizados, a las cuales sin reparo alguno denomina “legislativas”. Esta calificación puede considerarse incoherente porque la misma Constitución determina que el Ecuador es un Estado unitario y este, por definición y a diferencia del Estado federal, tiene un solo centro de impulsión política y administrativa, de tal modo que, en rigor, la facultad legislativa propiamente dicha la tendría únicamente la Asamblea Nacional.

La incongruencia detectada motiva la realización de un análisis que se orienta a varios propósitos, a saber, encontrar la debida armonía entre las distintas disposiciones constitucionales que se refieren a la producción de normas jurídicas, determinar la naturaleza y alcance normativo que tienen las disposiciones que dictan los gobiernos autónomos descentralizados y comprender debidamente su función dentro de los esquemas de un Estado unitario.

Por otra parte, es necesario tener presente que la concesión de facultades normativas a dichos gobiernos se enmarca en varias innovaciones que trae la Constitución de 2008, a las cuales también es necesario referirse para complementar el análisis al que arriba se ha hecho mención.

El objetivo principal de este trabajo es aclarar conceptos y determinar el verdadero régimen jurídico al que se deben someter las normas que dicten los gobiernos autónomos descentralizados, lo cual permite proponer criterios para que el ejercicio de la facultad normativa de estos se adecue a los principios constitucionales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico.

## EXCURSO SOBRE LA FORMA DE ESTADO QUE ADOPTA LA CONSTITUCIÓN

La adecuada comprensión de la naturaleza y alcance de la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados requiere del análisis previo de algunos aspectos institucionales básicos que se refieren a la forma del Estado ecuatoriano y a la descentralización.

En primer término, debe tenerse presente que el art. 1 de la Constitución define al Ecuador como un *Estado unitario* que “Se organiza en forma de república y se gobier-

na de manera descentralizada”.<sup>1</sup> El Estado unitario, como explica Jorge Rodríguez Zapata: “Está dotado de un centro único de impulsión política, que acumula la totalidad de las atribuciones y funciones que corresponden a la persona jurídica estatal y consta de un solo aparato gubernamental, que lleva a cabo todas las funciones del Estado”.<sup>2</sup>

Como características del Estado unitario pueden enumerarse las siguientes, según destaca Vladimiro Naranjo Mesa:

- a) Tiene un solo sistema de órganos de gobierno, que actúan sobre todo el territorio nacional. Esto explica que en el Ecuador no haya más que un órgano Ejecutivo, un Legislativo y un Judicial.
- b) Rige una sola Constitución y unas mismas leyes en todo el territorio nacional, de tal modo que no caben constituciones y leyes locales.
- c) Domina la centralización política, que se traduce en la unidad de mando supremo y en la uniformidad de la legislación, de la administración de justicia, y en general, de las decisiones de carácter político.<sup>3</sup>

No obstante, como también advierte Naranjo Mesa, en el mundo contemporáneo no es común encontrar un Estado rígidamente centralizado, es decir, un Estado unitario en forma pura.<sup>4</sup> Por ello, el carácter de Estado unitario que tiene el Ecuador, como anota Julio César Trujillo: “no es obstáculo para que el ejecutivo central se despoje de ciertas y determinadas funciones y las encargue a entidades creadas exprofesamente para ello, como personas jurídicas distintas del Estado; hecho que se lo conoce como descentralización administrativa”.<sup>5</sup>

La descentralización no es incompatible con la estructura constitucional de un Estado unitario, pues, a diferencia de lo que ocurre con un Estado federal, tal descentralización no es de carácter político, sino de naturaleza *administrativa*. En otros términos, la descentralización en el Estado unitario no es de tal intensidad que otorgue a las entidades descentralizadas tal grado de autonomía política que se manifieste en la existencia de instituciones y ordenamientos jurídicos locales.

Gustavo Penagos destaca que la descentralización comprende diversos grados de libertad en la toma de decisiones, en la gestión de intereses propios mediante autoridades también propias y en la expedición de normas ajustadas a la Constitución y a la ley.

---

1. Estos conceptos también se encontraban presentes en el art. 1 de la Constitución de 1998: “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*” (las cursivas me pertenecen).
2. Jorge Rodríguez Zapata, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 83.
3. Cfr. Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 2000, 8a. ed., p. 290.
4. *Ibid.*
5. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994, p. 47.

En el Estado unitario, la descentralización y la autonomía se desenvuelven con la unidad de organización de la comunidad estatal, que es de carácter político. La descentralización y autonomía en el Estado unitario se armonizan con su sujeción a los límites impuestos por una sola constitución y dentro de los esquemas orgánicos que ella establece, los cuales conjugan la autonomía local con el ejercicio de la dirección política central. Si bien existe una determinación de competencias entre el gobierno central y la administración local –en un marco jurídico en el cual el primero solo puede interferir en concretos aspectos relacionados con el ámbito local–, dichas competencias se enlazan según esquemas fundamentales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad.<sup>6</sup>

En contraste con el Estado unitario, el Estado federal se distingue por la *descentralización política*. Como señala Javier Pérez Royo, entre los caracteres que distinguen al Estado federal del Estado unitario está: “La existencia política de las unidades territoriales que se integran en el Estado Federal. El territorio no es una simple circunscripción administrativa para la prestación de servicios o para el ejercicio de derechos, como el de sufragio, sino que es el soporte físico de una voluntad política autónoma respecto de la voluntad política de la Federación”.<sup>7</sup>

La descentralización política implica que en el Estado federal *coexistan* instituciones y ordenamientos jurídicos, a saber, los que gobiernan a la federación y los propios de las unidades territoriales (que pueden denominarse estados, entidades federativas, provincias, etcétera). En consecuencia, hay *dos niveles de gobierno* –el federal y el local– y, en consecuencia, junto a los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial

---

6. Cfr. Gustavo Penagos, *La descentralización en el Estado unitario*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1997, pp. 3-30. Véase también, Pío Jaramillo Alvarado, *Derecho público interno*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953, pp. 147-149.

7. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 8a. ed., p. 993.

El art. 40 de la Constitución de México destaca de modo muy expresivo la autonomía política de las entidades federativas, sin perjuicio de que estas se encuentren unidas en una federación: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, *federal*, compuesta de *Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental*” (las cursivas me pertenecen).

Si bien es inexacto el uso del término “soberanía” –pues en rigor la soberanía la tiene el Estado federal y no las entidades federativas– la norma constitucional mexicana sirve para destacar la independencia y autonomía política de que gozan las entidades federativas en lo que se refiere a los asuntos locales, no obstante que se unen y conviven en una federación. Se expresa, así mismo, la coexistencia de los niveles de gobierno federal y local.

No está demás indicar que en el preciso caso de México, a estos niveles de gobierno se suma el municipal, pues conforme lo dispone el art. 115 de la Constitución mexicana, los estados tienen “como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre ...”. Por último, en el caso de México y de otros estados federales, se suele determinar un régimen jurídico particular para la capital federal, que es la sede de los poderes de la unión, y como tal no está sujeta a la administración o injerencia de las entidades federativas. Las capitales federales suelen regirse por el gobierno federal, no obstante lo cual, dichas capitales puede tener un sistema de gobierno propio que no desvirtúe su calidad de sede de los órganos constitucionales federales, como sucede con la ciudad de México.

que pertenecen a la federación, se encuentran los homólogos de cada entidad federativa. Por ende, al igual que en el nivel de gobierno federal, en el nivel de gobierno local existirán una Constitución, leyes e instituciones propias.

Advierte Javier Pérez Royo que los problemas político-constitucionales del Estado federal consisten en articular dos poderes que coinciden parcialmente en su ejercicio sobre la misma población y el mismo territorio, lo cual exige, por un lado, proceder al deslinde del ámbito de actuación de cada uno de ambos poderes, y, por otro lado, diseñar unos mecanismos de coordinación entre ambas esferas.<sup>8</sup> Resolver esta problemática de un modo coherente y políticamente viable es, justamente, una de las misiones más delicadas que tienen que cumplir las constituciones federales, ya que ellas determinan cuáles son los asuntos que competen exclusivamente a la federación, cuáles a las entidades federativas y qué materias que son de competencia concurrente. Las inevitables dificultades que presentan estos esquemas de distribución de competencias hacen que las constituciones federales prevean sistemas de resolución de conflictos de competencias y de las controversias constitucionales que se puedan presentar entre el nivel de gobierno federal y el local.<sup>9</sup>

Por último, como observa Javier Pérez Royo, la descentralización política requiere ineludiblemente de una autonomía económica, que incluso puede llegar al otorgamiento de un poder tributario local. Es obvio que las entidades federativas requieren de medios económicos para llevar a la práctica las competencias propias que tienen y para atender las necesidades locales. Un gobierno local autónomo sin recursos es algo ilusorio.<sup>10</sup>

---

8. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, p. 994.

9. Se puede proponer la observación de que en las constituciones de los Estados unitarios –como la ecuatoriana– también se realiza una distribución de competencias y se prevé un sistema de resolución de conflictos entre entidades territoriales y el Estado. Sin embargo, en el Estado federal la Constitución enfrenta la singular problemática de que tal distribución de competencias se realiza entre *niveles de gobierno que gozan de autonomía política*, y por tanto, que no solo contemplan el reparto de competencias administrativas, sino también legislativas y jurisdiccionales.

10. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, p. 904.

El otorgamiento del poder tributario a las entidades federativas requiere de mucha prudencia. En el preciso caso de México, singulares dificultades determinaron una decisiva limitación del poder tributario de las entidades federativas y el advenimiento de un cuestionado sistema de coordinación fiscal. La problemática mexicana puede sintetizarse en difícil situación que provocó la copia del federalismo tributario norteamericano para aplicarlo a una realidad social distinta y particular, con el resultado de un desorden tributario que se expresaba en la doble y hasta triple imposición. Sobre estos problemas, véase José María Serna de la Garza, *Las Convenciones Nacionales Fiscales y el federalismo fiscal en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, serie Estudios Jurídicos, No. 35, visible en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1325>].

## NATURALEZA Y RANGO NORMATIVO DE LAS NORMAS DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS

La nueva Constitución Política de la República del Ecuador prevé un complicado sistema de organización territorial, que en un pequeño territorio de 256.370 kilómetros cuadrados, incorpora las figuras de la región autónoma y del distrito metropolitano, junto a la ya existente división territorial en provincias, cantones y parroquias. De conformidad con el art. 238, los gobiernos autónomos descentralizados –como los denomina la nueva Constitución– gozan de “autonomía política, administrativa y financiera”, y se rigen “por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana”. Este sistema de organización territorial se acompaña del correspondiente esquema de distribución de competencias.<sup>11</sup>

El intrincado, postizo e incongruente sistema que incorpora el constituyente, que a pesar de declarar al Ecuador como Estado unitario habla, al mismo tiempo, de “autonomía política” de los gobiernos descentralizados, se vuelve más confuso con el art. 240 de la Constitución, que establece:

Art. 240. Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán *facultades legislativas* en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales *tendrán facultades reglamentarias*.

Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales (las cursivas me pertenecen).

---

11. El estudio pormenorizado del nuevo sistema y la crítica a sus innumerables desaciertos escapa a la temática de este trabajo. No obstante, me interesa destacar que el constituyente de Montecristi, que en otras materias no tiene ningún reparo en demostrar su chovinismo, en lo que se refiere a la organización territorial se “inspira” en modelos extranjeros y totalmente extraños a la realidad nacional, como el sistema español de las autonomías.

Sin perjuicio de que en otro momento exprese con detalle las merecidas críticas al sistema y algunas propuestas, en mi opinión es necesaria la existencia jurídica de regiones, pero no según los criterios artificiales de la Constitución, y menos aun copiando un sistema extranjero. El Ecuador ya tiene cuatro regiones que están determinadas, no por artilugios jurídicos o por el prurito de imitar, sino por la misma naturaleza: Costa, Sierra, Amazonía y Galápagos. Estas regiones también muestran a una población con características propias y muy identificadas con su terruño. Si el constituyente se hubiera guiado por la *virtud de la prudencia política*, hubiese partido de esta realidad social y geográfica innegable, que es *ecuatoriana y no española*, para diseñar el sistema de organización territorial de nuestro país. Sin embargo, el constituyente prefirió un sistema postizo, “inspirado” en soluciones extranjeras, como si en el Ecuador existiese algo así como Andalucía, Cataluña o el País Vasco.

Ahora bien, si el constituyente prefiere un Estado unitario –que me parece conforme con nuestras circunstancias históricas y políticas, y sobre todo, idóneo para lograr la unidad nacional–, lo deseable es que las regiones, aun cuando no tengan –ni deban tener– la autonomía política de las entidades federales, sí gocen de un marco jurídico constitucional que les asegure su activa y efectiva participación en las decisiones del gobierno central, especialmente, en delicados temas como la planificación del desarrollo y en la elaboración del presupuesto del Estado.

La redacción de la norma transcrita descubre, en primer término, un contraste entre distintos grados de facultades normativas, pues la que se otorga a las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones se califica de *legislativa*, mientras que la facultad normativa que corresponde a las parroquias sería tan solo *reglamentaria*. En este sentido, el constituyente de Montecristi estaría estableciendo una *jerarquía*, según la cual las normas que dicten los gobiernos parroquiales, que son “reglamentarias”, se subordinarían a las normas que emitan los demás niveles de gobierno (regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones), pues, en la terminología del Constituyente, estas normas provienen de una “facultad legislativa”.<sup>12</sup> Por otra parte, en atención a las competencias constitucionales que el art. 267 otorga a los diferentes gobiernos autónomos descentralizados, es claro que las juntas parroquiales constituyen el nivel que menos autonomía tiene, y por ende, el que menor capacidad normativa ostenta, ya que algunas de sus competencias deben ejercerse en coordinación con los gobiernos provinciales y cantonales, en ejecución de planes de desarrollo, o por delegación o descentralización de otro nivel de gobierno.<sup>13</sup>

Sin embargo, las denominaciones que emplea el art. 240 de la Constitución no se mantienen en otras normas constitucionales. En los arts. 262, 263 y 264 –que versan sobre las competencias de las regiones, provincias y cantones– se utiliza el término genérico “normas”, pero no se dice “leyes”; mientras que en el art. 267 –que trata sobre las competencias de las parroquias– se emplean las palabras “acuerdos” y “resoluciones”, pero no se habla de “reglamentos”. En rigor, las leyes y reglamentos tienen en común ser normas jurídicas, y, por su parte, los acuerdos y resoluciones no necesariamente incorporan instrumentos normativos, sino que también pueden con-

---

12. Más adelante, me referiré a la distinción entre ley y reglamento, y a la subordinación de este a la primera.

13. El art. 267 de la Constitución determina las competencias de las juntas parroquiales:

“Art. 267. Los gobiernos parroquiales rurales ejercerán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley:

1. Planificar el desarrollo parroquial y su correspondiente ordenamiento territorial, en coordinación con el gobierno cantonal y provincial.
2. Planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipamientos y los espacios públicos de la parroquia, contenidos en los planes de desarrollo e incluidos en los presupuestos participativos anuales.
3. Planificar y mantener, en coordinación con los gobiernos provinciales, la vialidad parroquial rural.
4. Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias, la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente.
5. Gestionar, coordinar y administrar los servicios públicos que le sean delegados o descentralizados por otros niveles de gobierno.
6. Promover la organización de los ciudadanos de las comunas, recintos y demás asentamientos rurales, con el carácter de organizaciones territoriales de base.
7. Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias.
8. Vigilar la ejecución de obras y la calidad de los servicios públicos.

En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, emitirán acuerdos y resoluciones”.

tener actos administrativos, es decir, decisiones que versen sobre un asunto concreto y particular.<sup>14</sup>

En todo este galimatías lo único que quedaría claro es que las juntas parroquiales constituyen el nivel de gobierno que menor capacidad normativa tiene, y que las normas que dichas juntas dicten deben ser conformes con las que emitan los demás gobiernos autónomos descentralizados que, según dice la Constitución, tienen “facultades legislativas”.

Ahora bien, la expresión “facultades legislativas” de los gobiernos autónomos descentralizados manifiesta una grave incoherencia del constituyente, pues en un sentido literal se podría entender que dentro del Ecuador, que se organiza como *Estado unitario*, se permite la existencia de *legisladores y de leyes locales*. ¿Cómo resolver la exquisita contradicción que nos plantea la ligereza de lenguaje que muestra el constituyente y la impropia terminología jurídica que utiliza?

Considero que, partiendo del principio de que la Constitución es un todo orgánico y que entre sus partes debe haber la debida correspondencia y armonía (*iura iuribus concordari debet*), es posible apreciar, por una parte, que se trata de una facultad normativa limitada que el constituyente otorga a los gobiernos autónomos descentralizados para el cumplimiento de sus competencias, y, por otra parte, que las normas jurídicas que dicten dichos gobiernos tienen un *rango normativo reglamentario y no legal*.

Como destaca Miguel Alejandro López Olvera, entre la ley y el reglamento únicamente hay un punto en común: ser normas de Derecho abstractas e impersonales. En todo lo demás difieren, pues cada figura se somete a un régimen jurídico particular y propio.<sup>15</sup> Este distinto régimen jurídico se observa, no únicamente en aspectos formales como el procedimiento de elaboración, sino también en la materia que se puede normar.

En efecto, el art. 118 de la Constitución dispone que la Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, la cual, de conformidad con el número 6 del art.

---

14. Sobre la distinción entre norma y acto administrativo, en cuanto la primera constituye una regla de conducta y el segundo la resolución sobre un asunto concreto y particular, véase Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ed. Legales, 2005.

15. Miguel Alejandro López Olvera, *Tratado de la facultad reglamentaria*, México, Porrúa, 2007, pp. 78-79. En algunas obras jurídicas se suele decir que los reglamentos provienen de una facultad “materialmente legislativa” de la Función Ejecutiva. Discrepo con esta denominación en cuanto alude a la legislación, pues, como se observará más adelante, el reglamento –aparte de su carácter de norma jurídica– es distinto de la ley, porque cumple una función estrictamente ligada con la actividad administrativa y su capacidad normativa se limita a precisos asuntos. Por otra parte, siguiendo el acertado criterio de Miguel Alejandro López Olvera (*ibid.*, p. 79), no está por demás señalar que el régimen jurídico del reglamento, que es distinto del que tiene la ley, permite que la facultad reglamentaria no pugne con el principio de división de funciones, según el cual no pueden reunirse en un órgano o persona las funciones de legislar, juzgar y administrar.

120, tiene la atribución de “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. Al referirse a la actividad legislativa, la Constitución no precisa una limitación de materias o de contenido, pues la ley puede regular cualquier ámbito de la vida humana en sociedad, sea de derecho público o de derecho privado, sin otro límite que el impuesto por la normativa constitucional. Es así, que el art. 132 de un modo abierto establece que “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común”.

En contraste, las normas de los gobiernos autónomos descentralizados solo pueden regular sobre las materias específicas que señalan en los arts. 262, 263, 264 y 266, las que se circunscriben a los fines y cometidos de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y municipios. En otros términos, estas normas, a diferencia de las leyes, no pueden innovar el ordenamiento jurídico más que en el específico ámbito material que precisa el Constituyente.

La materia que se regula mediante reglamento es, precisamente, uno de los aspectos que diferencian claramente a este de la ley. Como explican García de Enterría y Fernández, las normas reglamentarias solo pueden versar sobre asuntos administrativos, es decir, que estén directamente relacionados con el ámbito de las funciones y cometidos que el ordenamiento jurídico confía a la Administración Pública. Por el contrario, la ley puede prestar su fuerza propia para cualquier contenido o regular todo tipo de materia. Dicen los citados autores:

Hay aspectos del ordenamiento no administrativizados, en el sentido de que sobre ellos se construye un régimen en cuya aplicación a la Administración no se le asigna ningún papel; así, todo el orden procesal, o todo el orden del Derecho privado, confiado a los sujetos privados y a los Tribunales. El Reglamento no podría intentar regular estos aspectos, ni siquiera invocando la oportunidad de desarrollar una Ley supuestamente imperfecta o incompleta (salvo que la propia Ley expresamente le haya requerido para ello: delegación legislativa); concretamente, no cabe reconocer que la Administración pueda dictar Reglamentos que puedan suplir a las Leyes en estas materias, o, menos aún, que interpusieran entre la Ley y su aplicación una regulación propia (por ejemplo: no cabría dictar un Reglamento del libro II del Código Civil u otro que regulara cuestiones civiles no tocadas por el Código –así, el enriquecimiento sin causa–, o un Reglamento del capítulo tal o cual de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del Código Penal).<sup>16</sup>

Por otra parte, es preciso tener presente que hay materias respecto de las cuales, aun cuando la Administración Pública tenga o pueda tener un cometido o competencia, se reservan a la ley por motivos de garantía. El principio de reserva de ley, como

---

16. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Thomson Civitas, 2004, 12a. ed., p. 206.

manifiesta Miguel Alejandro López Olvera, constituye un límite infranqueable que se impone a la facultad reglamentaria y:

consiste en que, conforme a la Constitución, hay materias que solo pueden ser reguladas por una ley en sentido formal y material. En estos casos la carta magna emplea términos claros y precisos para prevenir que determinada materia debe ser regulada por una ley.

El principio de reserva de ley, que desde su aparición como reacción al poder ilimitado del monarca hasta su formulación en las Constituciones modernas, ha encontrado su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe al reglamento abordar materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos.<sup>17</sup>

La terminología del constituyente, que alude a unas “facultades legislativas” de los gobiernos autónomos descentralizados, puede explicarse por el propósito de resaltar que la autonomía incluye necesariamente una facultad normativa propia, la cual se ordena al cumplimiento de las atribuciones que la Constitución otorga a los gobiernos autónomos descentralizados. Pero de dicho propósito –expresado con una impropia terminología que refleja la levedad del constituyente– no se sigue que la Constitución otorgue a dichos gobiernos la facultad de dictar leyes locales que rijan en la respectiva circunscripción territorial. En suma, la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados no significa que estos tengan la calidad de legisladores locales, o que en el Ecuador coexistan diversos ordenamientos jurídicos –nacional y local– como sucede en el Estado federal.

La comparación que antecede permite entender que la ley constituye una norma jurídica de rango superior al reglamento, pues tiene una mayor capacidad normativa. Dicha jerarquía se explica, además, por la función propia del reglamento, que se limita al ámbito de lo administrativo y que consiste en facilitar la actividad de la Administración Pública mediante normas flexibles, movibles y que respondan a un criterio técnico.<sup>18</sup> Esto explica por qué el art. 425 de la Constitución establece que las normas de los gobiernos autónomos descentralizados ocupan un determinado lugar dentro del ordenamiento jurídico, subordinado a la ley y a otras normas de rango superior, de tal

---

17. Miguel Alejandro López Olvera, *Tratado de la facultad reglamentaria*, pp. 105-106.

18. Como señala Francisco Tinajero Villamar, “La potestad reglamentaria de la administración se justifica [...] no por una delegación legislativa, pues esta ocurre más bien con la presencia de órganos legislativos de excepción; se justifica jurídicamente la potestad reglamentaria por la necesidad de la presencia de normas movibles, flexibles, no de la rigidez de la Ley, susceptibles de fácil reforma y actualización, que emanen de un criterio técnico, no circunstancial, que suponga la realización de la amplia discrecionalidad típica de la administración pública, para la solución de asuntos que son de su competencia”. Francisco Tinajero Villamar, “La potestad reglamentaria”, en *La reforma de la Constitución*, Quito, Ildis-Jurispuce, 1988, p. 128.

manera que, en caso de conflicto, los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas deberán aplicar la norma jerárquicamente superior. Este orden jerárquico tiene su justificación en la existencia de aquel ámbito de regulación material que el Constituyente reserva a cada tipo de norma jurídica y a las funciones que estas deben cumplir en el respectivo círculo de competencias que la Constitución establece para las distintas personas públicas.<sup>19</sup>

## **ESPECIAL REFERENCIA A LA POTESTAD TRIBUTARIA**

El art. 270 de la Constitución de la República se refiere a los recursos económicos de los gobiernos autónomos descentralizados y dispone que estos “generarán sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de conformidad con los principios de subsidiaridad, solidaridad y equidad”. Por su parte, los arts. 179, 181, 186 del Código Orgánico de Organización, Autonomía y Descentralización expresamente confiere potestad tributaria a los respectivos niveles de gobierno local en lo que se refiere al establecimiento de tasas y contribuciones especiales.

La potestad tributaria de los gobiernos descentralizados se explica y justifica, en primer término, como exigencia de la autonomía –sin que importe que sea política como en el Estado federal o administrativa como en el Estado unitario–, ya que no podría tener una cabal realización si no se admite la posibilidad de que dichos gobiernos puedan formular sus presupuestos, generar sus propios recursos, y con ello, financiar el gasto público local. La autonomía, en suma, lleva consigo un grado de autogestión económica que les permita el cumplimiento de los fines y funciones que el ordenamiento jurídico encarga a los gobiernos descentralizados.

La potestad tributaria local, no obstante, tiene precisos límites que están establecidos por la Constitución y en la ley. En primer término, se circunscribe a las tasas y contribuciones especiales, pero no se extiende a los impuestos, cuya creación se reserva exclusivamente al órgano legislativo.

---

19. El art. 425 de la Constitución ecuatoriana dispone lo siguiente:

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

La potestad tributaria de los gobiernos autónomos descentralizados para crear tasas y contribuciones especiales se justifica por la relación que estos tipos de tributos tienen con el financiamiento de las funciones y cometidos que realiza la autoridad local, la prestación de servicios públicos y la realización de obras públicas. En efecto, como define Giuliani Fonrouge, la tasa es la prestación pecuniaria exigida compulsivamente por una persona pública y relacionada con la prestación efectiva o potencial de una actividad de interés público que afecta al obligado.<sup>20</sup> El hecho imponible de la tasa, justamente, es provocar la actividad de la autoridad pública en sus funciones de derecho público (por ejemplo, solicitar un permiso de construcción, de funcionamiento de un local comercial, pedir una certificación, etcétera), o bien, la prestación efectiva o potencial de un servicio público en beneficio de los vecinos (agua potable, alcantarillado, bomberos, etcétera).<sup>21</sup> Es evidente que la posibilidad de que los gobiernos descentralizados creen tasas se admite porque estas entidades públicas, que son autónomas y tienen atribuidas diversas competencias, realizan diversos actos, que en cuanto implican gasto público local, requieren del financiamiento que proviene de la figura tributaria de la tasa.

Las contribuciones especiales de mejora, por su parte, son tributos que se deben en razón de los beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades que realiza la autoridad pública.<sup>22</sup> Igual justificación que la antes expuesta sobre la tasa puede aplicarse a la contribución especial de mejora, pues los gobiernos descentralizados tienen competencia para realizar diversas obras públicas que pueden financiarse con este tipo de tributo, como es el caso de calles, parques y diversas construcciones de interés público.

Por último, cabe observar que la facultad de crear tributos mediante instrumentos normativos locales —es decir, mediante instrumentos jurídicos de rango reglamentario— comporta una excepción al principio de legalidad tributaria, según el cual los tributos únicamente pueden establecerse mediante un instrumento jurídico normativo de rango legal. No obstante, el art. 301 de la propia Norma Suprema, al delinear dicho principio fundamental de la tributación, aclara que “Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”. Esto determina, por ende, que la potestad tributaria de los gobiernos autónomos descentralizados, en cuanto se ejerce mediante un instrumento de rango reglamentario, se subordina a la legalidad, y que no es absoluta ni arbitraria, sino que encuentra sus límites en los parámetros fundamentales que el legislador determina y especifica.

---

20. Cfr. Carlos Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 2001, 7a. ed., p. 325.

21. Cfr. Sergio Francisco de la Garza, *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 2002, 24a. ed., pp. 329-331.

22. Cfr. Carlos Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, p. 328.

## SOLUCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS

Entiendo por conflicto normativo, siguiendo a Carla Huerta Ochoa, a aquella contradicción material que se presenta cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus contenidos normativos son incompatibles, es decir:

que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra. En estas situaciones el juez debe decidir cuál de las normas es aplicable al caso y debe ser satisfecha. Al hablar de una “contradicción normativa” se presume que dos normas válidas siendo potencialmente aplicables, son incompatibles, como por ejemplo, cuando una norma establece que algo está prohibido, y otra obliga a la realización de la misma conducta. Es evidente que solamente una puede ser cumplida y que por lo tanto, del incumplimiento de la otra podría derivar una sanción coactiva. Esta situación se convierte en un dilema para el sujeto normativo y, por otra parte, también configura un problema de eficacia del sistema.<sup>23</sup>

La solución de conflictos normativos en el Ecuador se basa en los principios de jerarquía y de competencia. Al respecto, el art. 425 de la Constitución dispone:

Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

La norma citada debe apreciarse dentro del contexto de la Constitución. En primer término, además de lo que en términos generales se observó al tratar de la naturaleza de las normas de los gobiernos autónomos descentralizados y de su rango normativo, debe considerarse que el art. 132 constitucional establece una reserva de ley

---

23. Carla Huerta Ochoa, *Conflictos normativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, 2a. ed., pp. 52-53. La autora destaca, como puede leerse en el texto transcrito, que se trata de dos normas válidas que se contradicen. Una norma puede ser inválida por infringir los procedimientos de creación, caso en el cual no habría conflicto normativo con las reglas de procedimiento, sino una infracción a las mismas.

para determinadas materias.<sup>24</sup> A ello se suma, por otra parte, la distinción de leyes en orgánicas y ordinarias que se corresponde con una reserva de materias que solo pueden regularse mediante las primeras, como dispone el art. 133 de la Constitución.<sup>25</sup> Estas materias reservadas a la ley, sea orgánica u ordinaria, de ningún modo pueden normarse mediante un instrumento normativo de rango reglamentario.

Sin embargo, es necesario considerar que el citado art. 425 constitucional indica también lo siguiente: “La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Este criterio de la *competencia* precisamente tiene presente que los gobiernos autónomos descentralizados tienen atribuciones que nacen directamente de la Constitución, las mismas que configuran materias propias de regulación mediante las normas que dictan dichos gobiernos.<sup>26</sup>

En suma, en atención a que la Constitución establece un círculo preciso de competencias que corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados, las regulaciones

---

24. Constitución Política de la República del Ecuador:

“Art. 132. La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”.

25. Constitución Política de la República del Ecuador:

“Art. 133. Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica”.

26. Sobre el principio de distribución de competencias como criterio de solución de conflictos normativos y la relación de dicho principio con el criterio de la jerarquía, véase Antonio Bascuñán Rodríguez, “El Principio de la Distribución de Competencia como Criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicas”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, Santiago, 1998, pp. 33-44, [[http://www.puc.cl/derecho/html/publicaciones/pdf\\_revistas/1998/N\\_especial/RCHD1998\\_Especial\\_06\\_bascunan.PDF](http://www.puc.cl/derecho/html/publicaciones/pdf_revistas/1998/N_especial/RCHD1998_Especial_06_bascunan.PDF)].

que estos emitan en ejercicio de sus competencias, y dentro del territorio respectivo, *preferirán a otro tipo de normas jurídicas*, pues existe un contenido normativo delimitado constitucionalmente que se reserva exclusivamente para la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados.

## **CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS**

### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

El control de la constitucionalidad de los instrumentos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados se encuadra dentro del sistema general que prevé la Constitución para todas las normas jurídicas. Al respecto, el art. 436 de la Norma Suprema, en su parte pertinente, dispone lo siguiente:

Art. 436. La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...]

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.
3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución [...].

Sin embargo, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se realiza una distinción entre el control constitucional de las “disposiciones legales de origen parlamentario” y el control constitucional de “actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general”. A pesar de la innovadora (e inapropiada) terminología del constituyente, sencillamente se quiso distinguir entre leyes –que naturalmente provienen de la Asamblea Legislativa– y otros actos normativos de rango distinto al de las leyes, precisamente, reglamentos e instrumentos normativos que dicten los gobiernos autónomos descentralizados. Sin embargo, llama la atención que también se aluda a “actos administrativos de carácter general”, lo que demuestra el escaso entendimiento de la Asamblea Nacional sobre la temática del acto administrativo. Un acto administrativo *no es una norma*, y no importa la circunstancia de que el primero pueda referirse a una pluralidad o a un número indeterminado de sujetos, porque lo que distingue al acto administrativo de la norma es

que no es una *regla de conducta*, sino un acto jurídico que resuelve sobre un *asunto concreto y particular*, a diferencia de la norma que regula la conducta humana de modo *abstracto e impersonal*.

Además del lenguaje inadecuado y la falta de comprensión sobre los conceptos jurídicos, considero que, en esencia, en la Ley se reiteran los preceptos que regulan el control constitucional de las “disposiciones legales de origen parlamentario” y el de los “actos normativos de origen no parlamentario”. En efecto, salvo algunos aspectos particulares, perfectamente se pudo regular de modo uniforme, en una sola parte de la Ley, el control constitucional de los dos tipos de normas, simplemente usando expresiones claras y omnicomprendivas, y refiriéndose al control constitucional de *todas* las normas jurídicas. Bien podría recordársele al Legislador el viejo consejo del Fuero Juzgo, que en su antiguo castellano se refería a cómo debe expresarse quien elabora las leyes (“*Cuemo debe hablar el fazedor de las leyes*”): “El fazedor de las leyes deve hablar poco, é bien; é non deve dar iuyzio dubdoso, mas lano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, é que lo sepan sin toda dubda, é sin nenguna gravedumbre” (sic).<sup>27</sup>

La declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, y por tanto, su nulidad, implica que dicha norma sea expulsada del ordenamiento jurídico y que no pueda ser invocada ni aplicada en el futuro, a partir de la publicación de la sentencia en el Registro Oficial. A diferencia de la Constitución de 1998, la nueva Norma Suprema no indica las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad y tampoco se refiere al efecto de dicha declaración respecto de las situaciones jurídicas firmes nacidas al amparo de la norma invalidada, es decir, si tiene efecto hacia lo venidero (*ex nunc*) o retroactivo (*ex tunc*). Sin embargo, el art. 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la declaratoria de inconstitucionalidad, en principio, tiene efecto *ex nunc*, salvo las excepciones que prevé el citado artículo:

Art. 95. Efectos de la sentencia en el tiempo. Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general.

Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

---

27. Real Academia Española, *Fuero Juzgo. En latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, Ibarra impresor, 1815, p. 3, visible en [<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08140510854669528621157/ima0255.htm>].

La aplicación de las excepciones que contempla el artículo legal citado, que emplea un lenguaje harto indeterminado, quedaría a juicio de la Corte Constitucional quien tiene la grave responsabilidad de calificar con la debida ponderación y prudencia, y de un modo suficientemente motivado, las circunstancias en las cuales se debe retrotraer o diferir la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma.

El proceso constitucional se inicia a instancia de parte, mediante formal demanda, pues la Constitución no ha otorgado a la Corte Constitucional facultades de oficio. Sin embargo, tal como establece el numeral 3 del art. 436 de la Constitución, ello no impide que, *iniciado un proceso constitucional*, la Corte de oficio extienda su juzgamiento hacia otras normas que sean conexas con la impugnada. La legitimación para iniciar un proceso de impugnación de normas jurídicas la tiene cualquier ciudadano, individual o colectivamente, como dispone el art. 439 de la Constitución.

Por último, el control constitucional de normas jurídicas tiene carácter impugnatorio (*a posteriori o ex post facto*), lo que significa que la Corte Constitucional no interviene en el procedimiento de formación de las normas jurídicas, sino que se reserva su intervención cuando la norma ya ha sido dictada, a efectos de *impugnarla* por vicio de inconstitucionalidad.<sup>28</sup>

Además del control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional –que corresponde a lo que la doctrina conoce como control concentrado–, se prevé también la facultad de los jueces ordinarios para apreciar la conformidad que debe tener cualquier norma con los preceptos constitucionales (control difuso). Al respecto, el art. 428 de la Constitución dispone:

Art. 428. Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

La solución que incorpora la nueva Constitución no satisface el derecho de las partes procesales y complica innecesariamente el sistema de control difuso de la

---

28. No obstante, al igual que la Constitución de 1998, la nueva Constitución también prevé un control preventivo que se aplica en los siguientes casos: a) tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional; b) Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados; y, c) objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

constitucionalidad. En mi opinión, el sistema de la Constitución de 1998 era más garantista, expedito y eficaz.<sup>29</sup>

## CONTROL DE LEGALIDAD

El control de legalidad de los instrumentos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados se realiza mediante proceso contencioso administrativo objetivo, de anulación o por exceso de poder. En materia tributaria, dicho control se realiza mediante proceso contencioso tributario.

Los procesos contencioso administrativo y contencioso tributario tienen carácter impugnatorio, y juzgan la conformidad del instrumento normativo con las disposiciones legales. En caso de encontrar transgresión, se invalidará la norma impugnada con efectos *erga omnes*. Al respecto, el art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone:

Art. 217. Atribuciones y deberes. Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario.

En materia tributaria, el art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial no contempla la impugnación de instrumentos normativos, pero sí lo hace el art. 220 del Código Tributario:

Art. 220. Acciones de impugnación. El Tribunal Distrital de lo Fiscal es competente para conocer y resolver de las siguientes acciones de impugnación, propuestas por los contribuyentes o interesados directos:

- 1a. De las que formulen contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se alegue que tales disposiciones han lesionado derechos subjetivos de los reclamantes;

---

29. Constitución de 1998:

“Art. 274. Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.

- 2a. De las que se propongan contra los mismos actos indicados en el ordinal anterior, sea por quien tenga interés directo, sea por la entidad representativa de actividades económicas, los colegios y asociaciones de profesionales, o por instituciones del Estado, cuando se persiga la anulación total o parcial, con efecto general, de dichos actos.

## CONCLUSIÓN

El sistema de organización territorial del Estado que incorpora la Constitución de 2008 es una manifestación de improvisación, imprudencia y falta de conciencia sobre la realidad social y geográfica del Ecuador. La descentralización es necesaria en el Ecuador, pero debe fundamentarse en las realidades nacionales y no creer ingenuamente que modelos extranjeros, por más exitosos que pudieran parecer en sus respectivos países, necesariamente pueden calar en la sociedad ecuatoriana.

Una auténtica descentralización –que debe ser acorde con la realidad nacional– exige un grado de autonomía que la Constitución debe otorgar a las entidades públicas locales, y este grado de autonomía, implica que se dote a dichas entidades de una facultad normativa que les permita atender las necesidades de sus circunscripciones territoriales y desempeñar sus competencias.

El constituyente no ha ignorado que la autonomía tiene como una de sus implicaciones la facultad normativa, pero resuelve esta exigencia con el uso de un lenguaje contradictorio, impreciso, confuso, poco técnico, y, en suma, impropio de quien tiene en sus manos, nada menos, que la elaboración de la Norma Suprema que regirá al Estado. El Ecuador es un Estado unitario y en este no puede hablarse de legisladores y de leyes locales. La descentralización en el Estado unitario es de carácter administrativo y no político, y, por ende, las entidades locales no constituyen unidades dotadas de voluntad autónoma como sucede en el Estado federal, en el cual es posible encontrar constituciones y ordenamientos jurídicos locales.

A pesar de los innumerables defectos que tiene la nueva organización territorial del Estado, debemos entender que las mal llamadas “facultades legislativas” de los gobiernos autónomos descentralizados se expresan en instrumentos normativos de rango reglamentario, que tienen autoridad para regir en las materias que son de competencia constitucional de dichos gobiernos, pero que no pueden contrariar el régimen jurídico propio del reglamento y, especialmente, el principio de reserva de ley.

La adecuada comprensión de la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados, de sus límites y de su naturaleza, permitirá la armonía del ordenamiento jurídico nacional, en el cual, según se dice, los derechos fundamentales ocupan la cúspide.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bascuñán Rodríguez, Antonio, “El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, Santiago, 1998, [[http://www.puc.cl/derecho/html/publicaciones/pdf\\_revistas/1998/N\\_especial/RCHD1998\\_Especial\\_06\\_bascunan.PDF](http://www.puc.cl/derecho/html/publicaciones/pdf_revistas/1998/N_especial/RCHD1998_Especial_06_bascunan.PDF)].
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ed. Legales, 2005.
- De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 2002, 24a. ed.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Thomson Civitas, 2004, 12a. ed.
- Giuliani Fonrouge, Carlos, *Derecho financiero*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 2001, 7a. ed.
- Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, 2a. ed.
- Jaramillo Alvarado, Pío, *Derecho público interno*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953.
- López Olvera, Miguel Alejandro, *Tratado de la facultad reglamentaria*, México, Porrúa, 2007.
- Naranjo Mesa, Vladimir, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 2000, 8a. ed.
- Penagos, Gustavo, *La descentralización en el Estado unitario*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1997.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 8a. ed.
- Real Academia Española, *Fuero Juzgo. En latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códigos*, Madrid, Ibarra impresor, 1815, [<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08140510854669528621157/ima0255.htm>].
- Rodríguez Zapata, Jorge, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996.
- Serna de la Garza, José María, *Las Convenciones Nacionales Fiscales y el federalismo fiscal en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, serie Estudios Jurídicos, No. 35, visible en [<http://www.biblio-juridica.org/libros/libro.htm?l=1325>].
- Tinajero Villamar, Francisco, “La potestad reglamentaria”, en *La reforma de la Constitución*, Quito, Ildis-Jurispuce, 1988.
- Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994.

Fecha de recepción: 13 de diciembre de 2010

Fecha de aceptación: 22 de enero de 2011

## La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados

*Juan Pablo Aguilar Andrade\**

### RESUMEN

La falta de una ley general de procedimientos administrativos ha hecho que, en el Ecuador, no exista una regulación clara sobre la forma de extinguir los actos administrativos. Ello ha generado prácticas administrativas que lindan con la arbitrariedad y no toman en cuenta los derechos generados en virtud de los actos de la administración. La reciente promulgación del Código Territorial soluciona en algo el problema, al establecer un procedimiento general para todos los gobiernos autónomos descentralizados. El presente texto analiza la forma en que el referido Código aborda el tema, forma que, si bien tiene sus particularidades, en general sigue el esquema del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, permitiendo con ello una necesaria uniformización de procedimientos.

**PALABRAS CLAVE:** Acto administrativo, recursos administrativos, revocatoria de actos, anulabilidad, declaratoria de nulidad.

### SUMMARY

The lack of a general law of administrative procedures has provoked that Ecuador does not have a clear regulation of the proceedings that must be followed to extinguish administrative acts. This situation produces administrative practices that border arbitrariness, as they do not consider the different rights that are generated as consequence of an administrative act. The recent issuance of the Territorial Code partially solves the problem, establishing a general procedure to be followed by all the decentralized autonomous governments. This article analyzes the regulations contained in the above mentioned Code, concluding that although it has its own particularities, in general, it follows the same scheme as the Statute of the Juridical and Administrative Regime of the Executive Branch, allowing, therefore, the necessary harmonization of procedures.

**KEY WORDS:** Administrative act, administrative resources, revocation of acts annulment, declaration of nullity.

FORO

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y del posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito. Actualmente, y desde hace once años, trabaja como consultor privado en el campo de su especialidad.

## INTRODUCCIÓN

El 19 de octubre de 2010 se promulgó, en el suplemento del Registro Oficial 303, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que unifica en un solo cuerpo normativo la hasta entonces dispersa legislación sobre el funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.

Mérito indudable del nuevo Código es haber establecido, al fin, un procedimiento administrativo unificado para todos los entes que integran los referidos gobiernos autónomos. Se termina así con la dispersión, cuando no inexistencia de procedimientos, y se da un paso más hacia la creación de un procedimiento administrativo único, que facilite el funcionamiento de la Administración Pública y proteja adecuadamente los derechos de los administrados.

En las páginas siguientes se pretende analizar un tema de singular importancia, que se incluye entre las regulaciones procedimentales del COOTAD: la extinción de oficio de los actos administrativos.

Si bien nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han avanzado notablemente en este campo, la falta de una legislación clara sobre la materia<sup>1</sup> ha hecho que en la práctica se enseñoree la arbitrariedad administrativa; por un lado, los funcionarios públicos se sienten habilitados para modificar y dejar sin efecto sus propios actos en cualquier momento y, por otro, las personas afectadas asumen que la autoridad, por ser tal, puede cambiar de opinión cuando a bien lo tenga, aunque ello signifique alterar derechos adquiridos al amparo de disposiciones de la propia Administración.

Esto reviste particular importancia en el ámbito de los gobiernos autónomos descentralizados, pues a ellos les corresponde resolver sobre temas tan delicados como el manejo de la propiedad, el desarrollo de actividades productivas o las relaciones vecinales.

## FORMAS DE EXTINCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los actos administrativos se expiden para surtir efectos en el tiempo y se extinguen, de manera regular, cuando los producen; cuando, en palabras de Stassinopoulos, se agota su contenido (Pérez Camacho, 2009: I, 488). Esto puede ocurrir, ya porque se cumpla aquello que ha sido ordenado (imposición de una multa, orden de derroca-

---

1. La única que existe al momento consta en un cuerpo normativo de rango inferior: el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Sobre el particular puede verse Zavala Egas (2007).

miento), ya porque se vence el plazo fijado o porque falla o se cumple la condición establecida (licencias por un período determinado o sujetas a que se haga o se deje de hacer algo). El primer inciso del art. 367 del COOTAD se refiere a esto último.

Hay también casos excepcionales en los que un hecho sobreviniente convierte en imposible el cumplimiento del acto, o en que este último puede extinguirse por voluntad de quien ha sido beneficiado con el mismo (piénsese en el caso de una licencia); nos encontramos, de ser así, frente al rechazo o la renuncia.

Pero los actos administrativos pueden extinguirse también de forma irregular, sin que se produzcan los efectos que motivaron su expedición. En este caso se habla de revocatoria del acto, que se produce por razones de conveniencia administrativa (oportunidad) o por la existencia de irregularidades invalidantes; en este último caso, la revocatoria puede dictarse en sede administrativa o a petición de parte.

No es necesario detenerse en las formas regulares de extinción de los actos administrativos. A continuación se hará referencia a la revocatoria, esto es, la forma irregular de extinción, en los casos en que esta es posible en sede administrativa. La revocatoria a petición de parte tiene que ver con los recursos administrativos que pueden presentarse para impugnar las actuaciones de la Administración, y no serán objeto de nuestro análisis.

Pero antes de revisar las posibilidades de revocatoria en sede administrativa es necesario partir de una característica de los actos administrativos que condiciona esas posibilidades: la estabilidad.

## **LA ESTABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

Inicialmente, la revocabilidad era tenida como una característica del acto administrativo;<sup>2</sup> este último, se decía, es esencialmente revocable, porque así como la Administración podía dictar actos administrativos para el cumplimiento de sus fines de orden público, estaba facultada, con miras a esos fines, a reformarlos o extinguirlos.

La primera reacción contra esta idea del acto administrativo esencialmente revocable surgió con el desarrollo de la denominada “cosa juzgada administrativa”, en virtud de la cual se sostenía la imposibilidad de que la Administración, luego de pronunciarse sobre un tema, pueda modificar lo resuelto si el acto administrativo correspondiente ya causó estado.

---

2. “Es la revocabilidad una de las características del acto administrativo, que constituye un privilegio de la Administración”, dice González Pérez (1950: 151).

Evidentemente, la cosa juzgada administrativa no pretende equipararse a la judicial, pues la imposibilidad de revisar lo resuelto existe solo para la Administración; las instancias judiciales no pierden, de ningún modo, la facultad de conocer y, de ser el caso, dejar sin efecto los actos administrativos. Lo que se pretende, simplemente, es dejar en claro que la estabilidad, y no la revocabilidad, es la característica que debe considerarse como propia del acto administrativo.<sup>3</sup>

En el Ecuador, si bien la idea de la naturaleza revocable de los actos administrativos tuvo una importante difusión hasta hace no mucho, y sigue funcionando en la práctica, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido la tesis de la estabilidad.

Ya en 1972, la Comisión de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sostenía como un principio aplicado tanto en la esfera judicial como en la administrativa que “la misma autoridad u organismo que dictó la resolución no pueden revocarla”.<sup>4</sup> En el mismo sentido se pronunció el antiguo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al sostener que “el órgano administrativo autor del acto, por regla general, no se halla autorizado a revocarlo, sobre todo cuando el acto revocatorio conlleva perjuicio o lesiona derechos de terceros”.<sup>5</sup>

Que los actos administrativos son estables e irrevocables lo sostiene también la doctrina (Jaramillo Ordóñez, 2005: 207), y autores como Granja Galindo (2002: 304) consideran esa estabilidad como “una de las principales garantías de orden jurídico que impiden la arbitrariedad”. Patricio Secaira, si bien sostiene “que de modo general todos los actos administrativos pueden ser sujetos de revocatoria”, deja en claro que ello solo es posible cuando lo permita la naturaleza de los actos y conforme lo establecido por ordenamiento jurídico (2004: 191-194), lo que a la larga lleva a la misma conclusión: solo son revocables los actos para los que una norma establezca esta posibilidad.

En el último tiempo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado repetidas veces en el sentido de que el órgano administrativo autor de un acto no tiene competencia para extinguirlo;<sup>6</sup> el mismo criterio fue sostenido por el extinto Tribunal Constitucional.<sup>7</sup>

- 
3. Entre nosotros, el concepto de cosa juzgada administrativa ha sido analizado por Francisco Tinajero (1982).
  4. Resolución de la Comisión de apelaciones del IESS, 19 de julio de 1972, publicado en “Normas, Resoluciones y Jurisprudencia”, Boletín 11, julio a septiembre de 1973, p. 74. Citado por Tinajero (1982: 120).
  5. Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, número 10, Quito, 1991, pp. 146-147. Puede verse también la sentencia de la Primera Sala en el juicio 1207, Rafael Muñoz vs. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 24 de junio de 1983, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, número 6, Quito, 1985, pp. 93-94.
  6. Pueden verse las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo publicadas en las gacetas judiciales serie XVII, No. 3, p. 894; serie XVII, No. 4, p. 1133; serie XVII, No. 5, p. 1484; serie XVII, No. 7, p. 2175; y serie XVII, No. 10, p. 3341.
  7. Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Resolución 0975-2007-RA, Registro Oficial, edición especial 50, 30 de abril de 2008.

El principal fundamento de la estabilidad de los actos administrativos se encuentra en el derecho a la seguridad jurídica, que se consagró por primera vez, de manera expresa, en el texto constitucional de 1998 (art. 23: 26), pasando luego al art. 82 de la Constitución vigente. Calificada por nuestra jurisprudencia como principio fundamental sobre el que descansa el estado social de derecho,<sup>8</sup> “uno de los fines más altos del derecho”<sup>9</sup> y garantía básica sobre la cual “se construye el sistema jurídico del país”,<sup>10</sup> la seguridad jurídica es la que nos exige proteger los derechos reconocidos en virtud de actos administrativos, a fin de preservarlos de arbitrarios cambios de criterio de la Administración.

Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia identificó el derecho a la seguridad jurídica con el sometimiento “al régimen legal vigente en el país”.<sup>11</sup> En una sentencia posterior la corte acogió el punto de vista de Alberto Wray y definió el alcance del derecho a la seguridad jurídica en los siguientes términos:

el concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo.<sup>12</sup>

---

8. Tribunal Constitucional, Resolución 795-2002-RA, Registro Oficial 94, 2 de junio de 2003.

9. Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de noviembre de 2001, Gaceta Judicial, serie XVII, número 7, p. 2052, cuarto considerando.

10. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 50-2002, 11 de marzo de 2002, Registro Oficial 575, 14 de mayo de 2002, décimo considerando.

11. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 50-2002, 11 de marzo de 2002, Registro Oficial 575, 14 de mayo de 2002, décimo considerando.

12. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, número 11, p. 3428, quinto considerando.

Como puede verse, en este caso la Corte se ocupó de uno de los aspectos de la seguridad jurídica, aquel que debe tomarse en cuenta a la hora de ejercer potestades normativas y que tiene que ver con la claridad de las normas, su no retroactividad y la posibilidad de que, atendiendo a ellas, las personas puedan prever las consecuencias de sus actos. Es lo que sostuvo, también, el Tribunal Constitucional, al afirmar que la seguridad jurídica se relaciona con la confianza en que la normativa vigente será observada.<sup>13</sup>

En una sentencia más reciente la Corte ha ampliado este enfoque al considerar que la previsibilidad, como parte de la seguridad jurídica, tiene que ver no solo con las características de las normas sino también con la actuación de los órganos administrativos, en la que debe primar la certidumbre y no la arbitrariedad.

la seguridad jurídica ... se refiere principalmente a la factibilidad de anticipar cuál será el comportamiento de las autoridades públicas en relación con el ordenamiento jurídico y la aplicación que de sus normas realicen, la que, atendiendo al principio, debería ser de completa certidumbre; lo mismo cabe decir para las expedición de una norma: ella deberá ajustarse a las disposiciones de la Carta Política, en cumplimiento del principio de supremacía constitucional, el cual finalmente otorga coherencia al ordenamiento jurídico de un Estado. Si en el ejercicio de las facultades otorgadas por ese ordenamiento las autoridades cambian de parecer arbitrariamente, sea porque no aplican las mismas reglas para todos los casos, o porque sus resoluciones no guardan coherencia con la Constitución, no habrá seguridad jurídica ni Estado de derecho ...<sup>14</sup>

El derecho a la seguridad jurídica tiene un doble contenido: el primero es aquel que se resalta en los textos jurisprudenciales que se han citado y que tiene relación y da contenido al principio de legalidad; el segundo tiene que ver con aquello que Moderne (2005: 225) llama “estabilidad razonable de las situaciones jurídicas” y que fue resaltado también en su momento por el Tribunal Constitucional ecuatoriano, que identificó a la seguridad jurídica con la estabilidad de las instituciones.<sup>15</sup>

En su relación con la seguridad jurídica, el principio de legalidad implica una calidad determinada de las normas (claridad y no retroactividad, por ejemplo) y el sometimiento de la Administración a las reglas prefijadas, como garantía de previsibilidad. La estabilidad de las situaciones jurídicas es aquello que insinúa la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema cuando habla de posibilidad de anticipar el comportamiento de las autoridades públicas, aunque ligándolo nuevamente al principio de legalidad (guardar coherencia con la Constitución).

---

13. Tribunal Constitucional, Resolución 795-2002-RA, Registro Oficial 94, 2 de junio de 2003.

14. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de enero de 2007, Gaceta Judicial, serie XVIII, No. 3, p. 817, segundo considerando.

15. Tribunal Constitucional, Resolución 002-2003-TC, Registro Oficial 102, 12 de junio de 2003.

Cuando la Constitución vigente desarrolla el contenido del derecho a la seguridad jurídica se refiere al primero de los aspectos mencionados que, como se ha visto, es también el resaltado por nuestra jurisprudencia.

Del art. 82 de la Constitución, sin embargo, no puede concluirse que ese aspecto agote la seguridad jurídica; esta última, dice ese artículo, se fundamenta en “normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, pero a partir de ese fundamento se pueden extraer consecuencias para la actuación administrativa, consecuencias que se vinculan con los principios de buena fe y de confianza legítima.

Eso es precisamente lo que hace la Ley española que regula el procedimiento administrativo, como lo explica su exposición de motivos:

En primer lugar, en el Título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente.<sup>16</sup>

No es este el lugar para discutir si existe o no identidad entre la buena fe y la confianza legítima;<sup>17</sup> lo que interesa es mostrar que, siendo una y otra consecuencia de la seguridad jurídica, imponen a partir de esta última un comportamiento determinado a la Administración en relación con los actos jurídicos que produce. En palabras de Zavala Egas (1999, I: 159), la seguridad jurídica implica que los actos administrativos no pueden “ser revocados o extinguidos solo porque hubo un cambio de criterio jurídico en la Administración”.

Hay que tomar en cuenta, además, que los principios de buena fe y confianza legítima están expresamente reconocidos en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados por el art. 382 del COOTAD.

En consecuencia, la consagración constitucional del derecho a la seguridad jurídica convierte a la estabilidad en característica de los actos administrativos y, en esa medida, las decisiones adoptadas por la Administración se convierten en vinculantes para ella y no pueden ser modificadas sino en las condiciones establecidas por la ley.

---

16. Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Puede consultarse en [[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l4-1999.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html)].

17. Al respecto puede verse González Pérez (1999: 52-55).

En el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, esto se ve reforzado por el reconocimiento legislativo de los principios de buena fe y confianza legítima, como propios de la actuación de esos entes administrativos.

De lo que se trata, entonces, es de establecer cuáles son las condiciones en virtud de las cuales puede extinguirse un acto administrativo, condiciones que deben entenderse como excepciones al principio general de estabilidad de este último.

## **REVOCATORIA DE ACTOS QUE NO GENERAN DERECHOS**

Si el fundamento de la estabilidad de los actos administrativos es la seguridad jurídica, esto es, la certeza de que la Administración se considera vinculada por sus propias actuaciones y no las modificará ni dejará sin efecto arbitrariamente, parece claro que nos encontramos frente a una característica propia de los actos que generan derechos.

En efecto, cuando un acto administrativo no afecta los derechos de las personas, es indiferente para estas lo que la Administración pueda hacer con el mismo. En otras palabras, en este caso no entra en juego el derecho a la seguridad jurídica.

Podemos pensar, por ejemplo, en los actos que producen efectos a lo interno de la Administración y no la vinculan con terceros. Esto ocurre en la fase preparatoria de los procedimientos precontractuales, en la que se expiden una serie de actos administrativos previos a la convocatoria que interesan únicamente a la Administración y que, por ende, pueden ser revocados por esta en cualquier momento, sin que ello afecte los derechos de ninguna persona.

## **REVOCATORIA DE ACTOS DE GRAVAMEN**

Son actos de gravamen aquellos que imponen cargas a las personas (la expropiación, la sanción administrativa). Tampoco en este caso la extinción del acto afecta los derechos del involucrado sino, más bien, constituye una ventaja para él en la medida en que le libera de una obligación.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, siguiendo a la legislación española,<sup>18</sup> establece un

---

18. El segundo libro del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva reproduce, con las lógicas adaptaciones, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponible en [[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l30-1992.t7.html#a105](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t7.html#a105)]. El art. 170 del Estatuto corresponde al 105 de la Ley española. Sobre el contenido de esta norma puede verse García de Enterría y Fernández (2001, I: 652).

tratamiento diferenciado para la revocatoria de los actos de gravamen. Estos últimos, dice el número 1 del art. 170, pueden ser revocados en cualquier momento por la propia Administración, “siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

Se trata, como puede verse, de garantizar que la revocatoria responda a razones de orden público y no al simple afán de favorecer al afectado, incluso desatendiendo el interés colectivo, violentando disposiciones legales o concediendo tratamientos preferenciales.

En el caso del COOTAD, sin embargo, no se hace distinción alguna en relación con el contenido de los actos administrativos, por lo que debemos entender que las normas sobre la revocatoria de estos últimos son las mismas, tanto si el acto es de favorable como si es de gravamen.

En consecuencia, las reglas que se verán enseguida en relación con las revocatorias por razones de oportunidad y de legalidad son aplicables también a la extinción de los actos de gravamen.

En todo caso, parece claro que la revocatoria debe fundamentarse en razones de orden público y no buscar simplemente la satisfacción de intereses privados. Ello se desprende de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad (art. 11: 2) y legalidad (art. 226), así como del mandato de anteponer el interés general al particular (art. 83: 7) y la caracterización de la Administración Pública como un servicio a la colectividad.

La necesidad de que la revocatoria no perjudique a terceros es también una exigencia que debe tomarse en cuenta en estos casos, y que destaca Martín Mateo (2002: 345).

## **REVOCATORIA POR RAZONES DE OPORTUNIDAD**

¿Es posible que la Administración revoque actos administrativos regulares, esto es, dictados con apego al ordenamiento jurídico vigente y sin causas de invalidez que puedan anularlos?<sup>19</sup> La respuesta lógica, si atendemos a la anotada característica de estabilidad de los actos administrativo, debería ser la negativa.

Puede ocurrir, sin embargo, que mantener las situaciones surgidas de un acto administrativo resulte, en un momento determinado, contrario al interés colectivo,

---

19. La jurisprudencia ecuatoriana considera como actos regulares aquellos que reúnen las condiciones esenciales de validez (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de noviembre de 2007, Gaceta Judicial, serie XVIII, No. 5, p. 2061, tercer considerando).

por haberse modificado las condiciones que se tomaron en cuenta al momento de expedir el acto. Es plenamente posible, ante esto, que se confiera a la Administración la facultad de revocar actos administrativos cuando existan razones de orden público que lo justifiquen.

Se habla, en este caso, de la existencia de razones de oportunidad que autorizan la revocatoria de un acto administrativo.

Debe tomarse en cuenta, sin embargo, que la existencia razones de orden público no puede convertirse en una autorización para afectar los derechos de los beneficiarios del acto administrativo, sin que exista una adecuada compensación.

La doctrina ha hecho notar que la primacía del interés público frente al privado, que se expresa en la revocatoria por razones de oportunidad, establece claros vínculos entre esta última y la expropiación (Cassagne, 2006, II: 390); García de Enterría y Fernández (2001, I: 658), refiriéndose a la legislación española, hablan de la revocatoria por razones de oportunidad como “una operación materialmente expropiatoria”.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la revocatoria de los actos administrativos por razones de oportunidad se sustenta en el principio, constitucionalmente reconocido, de prevalencia del interés público;<sup>20</sup> como contrapeso, la Constitución establece la necesidad de compensar adecuadamente a los particulares por el perjuicio que reciban como resultado de los actos de la Administración o de sus agentes, o del sacrificio de su interés particular en aras del interés colectivo.<sup>21</sup>

Los arts. 368 y 369 del COOTAD, que copian los arts. 91 y 92 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, aplican estos principios y, al tiempo que establecen la posibilidad de que la Administración revoque o reforme sus propios actos por razones de oportunidad, establecen la obligación de reconocer, previamente, la indemnización que corresponda por el daño causado al administrado.

La declaratoria se justifica, dice el art. 368, ante la existencia de razones de orden público. Se trata, por lo tanto, no un mero cambio de parecer o de un capricho de la Administración, sino de motivos suficientemente claros y fundamentados que impidan mantener la vigencia del acto original, so pena de afectar a la colectividad. Evidentemente, al motivar la revocatoria no será suficiente la mera referencia a que existen razones de orden público; esas razones deben exponerse y detallarse.

Como se dijo, la revocatoria por razones de oportunidad procede en el caso de actos administrativos regulares que, como tales, produjeron efectos legítimos mientras estuvieron vigentes; desconocer estos efectos implicaría una grave afectación a la buena fe y a la seguridad jurídica. Por eso, el artículo que se ha citado dispone la

---

20. Véanse, por ejemplo, los arts. 17: 1, 28, 83: 7, 85: 2 y 323.

21. Véanse, por ejemplo, los incisos finales del art. 11 y 323.

no retroactividad del acto administrativo de revocatoria; este último, en consecuencia, produce efectos ex nunc, sin que las situaciones generadas mientras el acto revocado estuvo en vigencia sufran modificación alguna.

En el art. 369 del COOTAD se establecen las condiciones para el pago de la indemnización, pago que debe hacerse antes de resolver la extinción del acto y luego de un procedimiento sumario instaurado de oficio o a petición de parte. El inciso final del artículo citado aclara que la indemnización no debe pagarse cuando los derechos que emanen del acto revocado hayan sido conferidos a título precario o cuando la afectación se refiere a derechos reflejos o intereses legítimos.

No requiere mayor análisis el mandato sobre los derechos conferidos a título precario, pues lo que en él consta resulta evidente y, por ello, hasta puede ser innecesario. En efecto, es claro que si desde un inicio se estableció que el acto administrativo concedía derechos con carácter precario, esto es, que podían ser dejados sin efecto en cualquier momento, no cabe reclamar una indemnización cuando se cumple lo que ya habían previsto las reglas de juego. Vale la pena, sin embargo, mencionar el caso de los derechos reflejos o intereses legítimos, que la doctrina contrapone a los derechos subjetivos.

Un derecho subjetivo, dice Gordillo (X-38), “es una protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado”, mientras que el derecho reflejo o interés legítimo es “una protección algo más debilitada ..., otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos”. Cassagne (2006, II: 371) define al interés legítimo como aquel que “ofrece al particular una garantía de legalidad, lo que importa una utilidad instrumental, donde a través de la observancia de la legalidad puede el particular obtener la tutela indirecta del propio derechos sustancial” o subjetivo.

Entre nosotros, la noción de interés legítimo ha sido desarrollada por Zavala Egas (2005, I: 121-127), quien expone un ejemplo que permite entender con claridad este concepto.

Cuando se tiene la titularidad de un derecho subjetivo –dice– la Administración está obligada a dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del titular del mismo, sin que se dependa para este resultado del ejercicio de su poder; el interés legítimo, en cambio, depende del ejercicio del poder de la Administración, esto es, cuando éste se ejercita sin que constituya una correlativa obligación, así calificada por el ordenamiento jurídico, a un derecho subjetivo de su titular. Por ejemplo, si la Administración puede, legalmente, decidir si en una extensión de terreno construye un mercado o una escuela, su poder puede ejercerse para la realización del uno o de la otra. Los vecinos pueden estar interesados en lo primero porque los favorece o, en lo segundo, porque la primera opción los perjudica más que la segunda; pero ninguno tiene derecho subjetivo, reconocido por norma jurídica alguna, para exigir que la Administración construya mercado o escuela y, en función de su inte-

rés, solo podrán exigir la conservación de su situación jurídica, si aquella ejerce su poder en forma ilegítima, recurriendo contra el acto administrativo como titulares de un interés legítimo (Zavala Egas, 2005, I: 125).

La noción de derechos reflejos o intereses legítimos fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, del que la ha tomado el COOTAD. Se trata, como puede verse, de excluir del ámbito de los derechos protegidos en el caso de una revocatoria por razones de oportunidad, a los que conforme la doctrina a la que se ha hecho referencia no pueden considerarse como derechos de una persona determinada.

No es del caso entrar en el debate sobre la existencia o no de los pretendidos derechos reflejos o intereses legítimos. Conviene sin embargo hacer notar que autores como Juan Carlos Benalcázar (s.f. nota 2) critican el concepto por poco claro y merecedor de una serie de objeciones que han superado todos los intentos de explicarlo. Se trata, dice, de una figura artificiosa que surge de una “concepción estrecha e inadecuada del derecho subjetivo”, pues “habrá un derecho siempre que la justicia obligue a adecuar el comportamiento propio a los estatutos jurídicos del otro, a sus títulos y dignidad”, con lo que la idea de derechos reflejos “desaparece como ya lo está advirtiendo un gran sector de la doctrina”.

Habría que tomar en cuenta, sobre todo, que la exclusión que comentamos contradice el principio de responsabilidad que establecen los incisos finales del art. 11 de la Constitución de la República, principio que habla en general de derechos sin establecer distinciones entre ellos.

De todos modos, de lo que se trata es de dejar en claro que la indemnización solo corresponde cuando el afectado por la revocatoria puede justificar la existencia de un daño concreto que disminuya su patrimonio.

Cassagne, refiriéndose a la legislación argentina,<sup>22</sup> señala la necesidad de establecer en qué momento debe pagarse la indemnización y qué debe comprender esta. Como se ha visto, el primer tema es abordado por el art. 369 del COOTAD, que dispone que el pago se haga antes de resolver la revocatoria; nada se dice sobre el otro asunto, pero parece adecuada la respuesta del autor citado, quien aplica las reglas que rigen en materia de expropiación y considera que “debería indemnizarse el valor objetivo del bien (lo que comprende toda clase de derechos objeto de sacrificio patri-

---

22. El art. 18 de la Ley 19.549, de procedimiento administrativo, solo establece el principio general: “También podrá ser revocado, modificado o sustituido [el acto administrativo regular] por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios”. Esta Ley puede consultarse en [[www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/LEY/LEY19549.htm](http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/LEY/LEY19549.htm)].

monial) y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata (con exclusión del lucro cesante eventual o relativo a otros daños)” (Cassagne, 2006, II: 390-391).

Finalmente, y aplicando el mandato del art. 173 de la Constitución, el segundo inciso del art. 369 del COOTAD se refiere a la impugnabilidad de la revocatoria, y dispone que la resolución de extinguir el acto administrativo surta efecto aun cuando se plantee una acción judicial en su contra.

## **REVOCATORIA POR RAZONES DE LEGITIMIDAD<sup>23</sup>**

### **LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

La revocatoria por razones de legitimidad parte de la existencia de irregularidades o vicios que afecten la validez del acto administrativo; cuando esas irregularidades o vicios no pudieren ser convalidadas o subsanadas, dice el primer inciso del art. 370 del COOTAD, el acto debe extinguirse. Nos encontramos, en este caso, ante el problema de la nulidad de los actos administrativos.

Conforme el art. 1697 del Código Civil, son nulos los actos jurídicos que carecen de alguno de los requisitos que la ley prescribe para que tengan valor, “según su especie y en atención a la calidad o estado de las partes”. Las nulidades, dice el mismo Código, son absolutas y relativas. Las primeras, conforme el art. 1698 y tal como lo explica nuestra jurisprudencia, se producen cuando existe “objeto ilícito; causa ilícita; falta de objeto; falta de causa; falta de formalidades legales, siempre que consten como requisitos necesarios e imprescindibles; incapacidad absoluta de uno de los intervinientes, y, violación de prohibiciones legales para su otorgamiento o celebración”.<sup>24</sup> Cualquier otro vicio, conforme la norma citada, produce nulidad relativa.

La nulidad absoluta implica una irregularidad de tal magnitud que afecta no solo a las partes contratantes, sino al orden público; se trata, en palabras de Claro Solar (1992, VI, XII: 601), de “un vicio tal y de tanta gravedad”, que compromete “la moralidad y el prestigio mismo de la ley”. Por eso el art. 1699 del Código Civil establece la posibilidad de que la nulidad absoluta sea alegada no solo por las partes contratantes, sino por todo el que tenga interés en hacerlo y por el ministerio público “en interés de la moral o de la ley”; incluso se llega a establecer una salvedad al princi-

---

23. No entramos aquí en la distinción que suele hacerse entre revocación (por el mismo órgano que dictó el acto) y anulación (por un órgano distinto).

24. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 1 de octubre de 1999, Gaceta Judicial, serie XVII, número 2, p. 391, tercer considerando.

pio dispositivo<sup>25</sup> para permitir que el juez pueda declarar la nulidad aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el contrato. Como lógica consecuencia del interés público involucrado, el art. 1699 impide que un acto nulo pueda sanearse por la ratificación de las partes, o por el paso del tiempo si no han transcurrido más de quince años.

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa, a la que se refiere el art. 1700 del Código Civil, interesa únicamente a determinadas personas: aquellas que tienen interés directo en el acto; en consecuencia, solo podrá ser declarada por el juez a pedido de ellas. Existe, así mismo, la posibilidad de sanear el acto por la ratificación de las partes o por el transcurso de al menos cuatro años.

El Derecho Administrativo recoge del Civil la distinción entre nulidad absoluta y relativa cuando establece la existencia de causales de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad, y da a cada una las mismas características que se han anotado en los párrafos anteriores (García de Enterría y Fernández, 2001, I: 611 y 632). Nuestra jurisprudencia sostiene expresamente esto cuando establece que en el ámbito administrativo “se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical) ...; y, la anulabilidad (o nulidad relativa)”.<sup>26</sup>

Hay que tomar en cuenta, sin embargo, como hace notar Cassagne (2006, II: 249-250), que mientras en el Derecho privado resulta clara la distinción entre motivos de orden público (nulidad absoluta) e irregularidades que se circunscriben al interés privado (nulidad relativa), en el ámbito del Derecho Administrativo “el interés general se encuentra presente en todos los supuestos de invalidez”. Lo que ocurre, dice el autor citado, es que ese interés general es indisponible “cuando se halla en juego el orden público administrativo”, al que identifica como “un tipo de interés general más intenso, jurídicamente protegido con un grado mayor que el principio de conservación”.

El COOTAD mantiene, tomándola del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva,<sup>27</sup> la distinción entre nulidad de pleno derecho y anu-

---

25. En virtud del principio dispositivo, “la iniciativa del proceso corresponde a las partes y de ninguna manera al órgano jurisdiccional” (Troya Cevallos, 1976, I: 136).

26. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de noviembre de 2007, Gaceta Judicial, serie XVIII, No. 5, p. 2061, tercer considerando.

27. El texto original del Estatuto (suplemento del Registro Oficial 411 de 31 de marzo de 1994) contenía la distinción entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables en sus arts. 94 y 95. En 2002, cuando se promulgó como libro II del Estatuto el Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva (Registro Oficial 733 de 27 de diciembre de 2002), se establecieron nuevas reglas sobre nulidad de pleno derecho y anulabilidad en los arts. 129 y 130, pero no se derogaron expresamente los citados arts. 94 y 95. Los arts. del COOTAD que regulan el tema se han redactado tomando textos, tanto de los originales art. 94 y 95, como de los arts. 129 y 130 vigentes a partir de 2002. Estos dos últimos arts. fueron copiados, con ligeras modificaciones, de los arts. 62 y 63 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

labilidad, a la que suma una tercera categoría: la de las irregularidades no invalidantes, esto es, los defectos de forma que no producen anulabilidad. El art. 372 del COOTAD considera como irregularidad no invalidante la omisión de requisitos, siempre que no se trate de aquellos indispensables para que el acto alcance su fin o que la omisión deje en indefensión al interesado.

La declaratoria de nulidad de un acto administrativo tiene efectos *ex tunc*, pues no puede admitirse que aquello que no tiene valor pueda producir efectos jurídicos. Que la nulidad vuelve las cosas al estado que hubieran tenido de no mediar el acto nulo, es un principio del Derecho que el COOTAD recoge cuando dispone, en el segundo inciso de su art. 370, que la revocatoria de un acto administrativo por razones de legitimidad, tiene efectos retroactivos.

No se hace otra cosa, en este punto, que recoger el principio general que el art. 1704 del Código Civil establece en materia de nulidad: la “nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que si bien los efectos de la nulidad se proyectan hacia el pasado, en los hechos ocurre que los actos nulos producen efectos que no admiten retroceso. Estos efectos, dice Sayagués (1986, I: 522), deben tomarse en cuenta para determinar el alcance de la extinción del acto.

Íntima relación con el tema de la nulidad de los actos jurídicos tiene el concepto de inexistencia.

En el ámbito del Derecho Civil, autores como Claro Solar (1992, VI, XII: 587-590) sostienen la necesidad de distinguir entre los actos nulos y los actos inexistentes. Esto porque del mandato del art. 1697 del Código Civil, en virtud del cual es nulo todo acto “a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”, se desprendería que si lo que falta es uno de los requisitos esenciales para el perfeccionamiento jurídico del acto, no puede hablarse de nulidad sino de inexistencia:

el Código ha sabido distinguir la inexistencia del acto o contrato, por la falta de algún requisito exigido por la ley para su perfeccionamiento, de la nulidad del acto o contrato por la falta de algún requisito prescrito por la ley para el valor del mismo acto o contrato; y por eso al referirse a los requisitos necesarios para el valor del acto o contrato da por establecido que el acto o contrato existe (Claro Solar, 1992, VI, XII: 588).

---

Administrativo Común, ley que puede consultarse en [[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l30-1992.t10.html#balloon1](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t10.html#balloon1)].

Este es también el punto de vista de nuestra jurisprudencia. Hay que distinguir, dice una sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, tres grados de ineficacia de los actos jurídicos: la máxima o inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa;<sup>28</sup> la falta de consentimiento, dice otra sentencia, torna indiscutible que el contrato no existe.<sup>29</sup>

En el Ecuador, en el ámbito del Derecho Administrativo, la teoría de la inexistencia ha sido recogida por Jaramillo Alvarado (1953: 276) y por Granja Galindo (2002: 312) y ha sido aplicada por la Procuraduría General del Estado, según la cual la validez de los actos depende de que reúnan los requisitos que la ley prevé para cada caso; todo lo que se ejecute al margen de la ley “constituye lo que el derecho administrativo singulariza como ‘Acto Inexistente’, el mismo que por su naturaleza no genera obligación ni efecto jurídico alguno”.<sup>30</sup>

Salta a la vista que, cuando se trata de actos administrativos, la teoría del acto inexistente debe enfrentarse a las dificultades que surgen de la presunción de legitimidad, que para el caso del COOTAD está consagrada en su art. 366. En efecto, si fuera posible sostener la inexistencia de un acto, los obligados a cumplirlo podrían eludir su obligación argumentando una violación legal, pero esto significaría destruir la presunción de legitimidad.

No se trata, en consecuencia, de un problema secundario, pues como se ha visto sería posible eximirse de cumplir un acto administrativo si se alega su inexistencia (volviendo con ello inútil la presunción de legitimidad), mientras que un acto que existe, aunque sea irregular, debe cumplirse hasta que se declare la nulidad.<sup>31</sup> A diferencia del acto inexistente, que simplemente no existe, el acto nulo requiere un procedimiento previo para ser expulsado del ordenamiento.

Incluso autores como García de Enterría y Fernández, que aceptan la teoría de la inexistencia, la consideran limitada por las particularidades del Derecho Administrativo,<sup>32</sup> que reducen “la categoría del acto inexistente refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no solo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efecto” (2001, I: 610).

- 
28. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de mayo de 2001, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 6, página 1527, noveno considerando.
29. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de junio de 1974, Gaceta Judicial, serie XII, No. 6, p. 1240, cuarto considerando.
30. Oficio 15846 de 5 de abril de 2005, publicado en el Registro Oficial 32, 6 de junio de 2005.
31. Sobre la nulidad y la presunción de legitimidad, ver más adelante el apartado sobre la nulidad de pleno derecho.
32. Sobre las dificultades para definir la categoría de inexistencia, a partir de la jurisprudencia francesa, puede verse Long (2000: 416-421).

En el caso del COOTAD, la posibilidad de aceptar la teoría de la inexistencia se ve limitada por el hecho de que la letra c) del art. 372 considera como nulos a los actos de contenido imposible, que son un ejemplo clásico de acto inexistente si atendemos a lo que sostienen García de Enterría y Fernández, “ya que, normalmente la imposibilidad de contenido se traduce en imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno” (2001, I: 617).

De todos modos, de aceptarse que existen casos en que no debe hablarse de actos nulos sino de actos inexistentes, hay que admitir que se trataría de casos absolutamente excepcionales e, incluso, improbables, en los que no quepa duda sobre la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad; piénsese, por ejemplo, en la resolución de expropiar inmuebles que se encuentran fuera de su territorio, adoptada por un Concejo Municipal.

## **LAS IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES**

El inciso final del art. 372 del COOTAD establece que el defecto de forma no produce anulabilidad del acto administrativo, salvo que se trate de requisitos formales indispensables para que el acto alcance su fin o que den lugar a la indefensión de los interesados.

El cumplimiento de formalidades no es un fin en sí, sino un medio para alcanzar los fines del ordenamiento jurídico; por eso, el art. 169 de la Constitución dispone que no se sacrifique la justicia por la mera omisión de formalidades.

Si bien este último se considera como un principio de la Administración de Justicia tanto en el anterior texto constitucional como en el vigente, nuestra jurisprudencia lo ha extendido a otros ámbitos.<sup>33</sup> Y es correcto que así sea, pues no es dable que se imponga una ciega aplicación de formalismos, sin tomar en cuenta si con ello se sacrifican los derechos de las personas o las finalidades de orden público que tiene a su cargo la Administración. En este sentido, es perfectamente aplicable a los procedimientos administrativos lo que nuestra jurisprudencia afirma en el caso del procedimiento judicial: la vigilancia del cumplimiento de las formalidades “no puede volverse tediosa o inútil, al extremo de que el rigorismo o el formulismo procesal, sean la primera pauta de procedimiento. No puede confundirse la justicia, con el legalismo, cuya rigidez resulta proclive a la injusticia”.<sup>34</sup>

---

33. Puede verse, por ejemplo, la Resolución 020-99-RA-III.S, de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, de 25 de enero de 1999.

34. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de enero de 1981, Gaceta Judicial, serie XIII, No. 10, p. 2294, primer considerando.

El incumplimiento de formalidades afecta la validez de un acto administrativo solo cuando ellas resultan indispensables para la adecuada formación de la voluntad administrativa, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los procedimientos de selección necesarios para que los entes administrativos adjudiquen un contrato; o cuando de la omisión de una formalidad pueden derivarse afectaciones a los derechos de los administrados.

El vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental –dicen García de Enterría y Fernández (2001, I: 636)–, solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado o de la propia administración.

Es necesario, conforme lo dicho, que la omisión de formalidades dé como resultado una resolución que, de habérselos cumplido, hubiera sido distinta. Esto debe apreciarse, no en relación con cada formalidad aisladamente, sino tomando en cuenta el conjunto del procedimiento.

Si pensamos en el derecho a la defensa, por ejemplo, no basta con que se haya omitido una formalidad que hubiera permitido al interesado exponer sus argumentos, pues bien puede ser que estos últimos se hayan presentado en otra parte del procedimiento, sin que la formalidad omitida permitiera agregar nada. El Tribunal Supremo español lo explica muy bien en una sentencia de unificación de doctrina:

si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello. Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso administrativa ... Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa

eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquél acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad ...<sup>35</sup>

En otra sentencia, el mismo Tribunal se refiere a los defectos en la notificación y establece que estos no producen invalidez si no generan indefensión.<sup>36</sup>

Se trata, entonces, no solo de una formalidad que ha sido dejada de lado, sino del hecho de que esa formalidad haya afectado, efectivamente, los derechos del interesado.

El incumplimiento de los plazos establecidos para un procedimiento es un caso claro de omisión formal, al que deben aplicarse los criterios anteriores. El número 3 del art. 130 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva contiene una referencia expresa a este tema, cuando dispone que las actuaciones administrativas realizadas fuera de tiempo producen anulabilidad solo “cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho”.

No hay en el COOTAD una norma equivalente, pero parece claro que el principio general sobre la omisión de formalidades puede aplicarse también en materia de plazos, pues si estos últimos no son de tal naturaleza que puedan afectar la formación de la voluntad administrativa o los derechos de los administrados, su incumplimiento no debe verse como motivo de invalidez del acto.<sup>37</sup>

Esta afectación se produce, por ejemplo, cuando el plazo se ha fijado para establecer el período dentro del cual la administración puede pronunciarse sobre un determinado tema; si lo hace fuera de ese plazo, resulta evidente que su pronunciamiento carecerá de valor. Pensemos, por ejemplo, en los plazos que se establecen para el ejercicio de la potestad sancionadora, a los cuales se refiere un claro antecedente jurisprudencial.

---

35. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de unificación de doctrina de 11 de julio de 2003, ponente Eduardo Espín Templado, segundo considerando. Puede consultarse en [[www.poderjudicial.es/searchdoAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3137700&links=falta%20de%20audiencia&optimize=20030923](http://www.poderjudicial.es/searchdoAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3137700&links=falta%20de%20audiencia&optimize=20030923)].

36. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 17 de junio de 2010, ponente José Antonio Montero Fernández, quinto considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5671785&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100721>].

37. Puede verse, en jurisprudencia española, la sentencia de 29 de abril de 2010 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, magistrado ponente José Antonio Montero Fernández, tercer considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5601943&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100527>].

Cierto es que el art. 192 de la Constitución Política del Estado establece, refiriéndose al sistema procesal, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades;<sup>38</sup> mas ocurre que el lapso durante el cual una autoridad puede ejercer su acción sancionadora no es una simple formalidad sino una condición indispensable, exigida por la seguridad jurídica, que mira a la capacidad de ejercicio de la atribución de la autoridad y que, por lo mismo, se enmarca dentro de las limitaciones que a su conclusión se establece, mediante la caducidad, conforme unánimemente acepta la doctrina administrativa ... Concluido el término para el ejercicio de la potestad sancionadora, la autoridad pierde toda facultad para ello y, en consecuencia, esa carencia jamás puede ser considerada, cualesquiera que fuere los efectos de la misma, como una simple formalidad ya que mira sustancialmente al orden público.<sup>39</sup>

Como bien anota Blanquer (2006, II: 260), no se trata de que la omisión de formalidades como las que se han anotado carezca por completo de importancia. Todo lo contrario, las deficiencias procedimentales pueden acarrear tanto la responsabilidad de la Administración como la de sus funcionarios, sin que ello afecte la validez del acto administrativo de que se trate.

## LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

La especial gravedad de los vicios de un acto administrativo da origen a la nulidad de pleno derecho, nulidad que por eso mismo no puede convalidarse en ningún caso, tal como lo manda el art. 371 del COOTAD.

Autores como Cassagne (2006, II: 253) consideran que la “nulidad absoluta y manifiesta” hacen que el acto carezca de presunción de legitimidad; entre nosotros Benalcázar (2005: 68 y 70) y Granja Galindo (2002: 303-304) sostienen que la nulidad de pleno derecho convierte al acto en ineficaz, sin que sea aplicable la presunción de legitimidad. En Costa Rica, el art. 169 de la Ley General de la Administración Pública establece que “no se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución”.<sup>40</sup>

Para otro sector de la doctrina, la presunción de legitimidad implica que el acto se tiene por válido y, por lo tanto, debe cumplirse, mientras no exista una declaración expresa de nulidad. Para Vidal Perdomo (2008: 301), “los actos tienen imperio mientras la autoridad judicial no los declare contrarios a derecho”; en el Ecuador, Secaira

---

38. Como se dijo, este principio consta, en la Constitución vigente, en el art. 169.

39. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 17 de mayo de 2000, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 3, p. 904, primer considerando.

40. Ley 6227 de 2 de mayo de 1978. Puede consultarse en [<http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>].

comparte esta opinión cuando afirma que la presunción de legitimidad dura “hasta cuando autoridad pública competente declare lo contrario” (2004: 182).

En la jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional se han expuesto las dos posiciones. Para el Pleno del Tribunal, “un acto pierde la presunción de legitimidad cuando ha sido dictado por una autoridad pública, que no tiene competencia para ello, o que no lo haya dictado de conformidad con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario a dicho ordenamiento, o bien que se lo dicte sin fundamento o suficiente motivación”.<sup>41</sup> La Tercera Sala, en otro caso, sostuvo que “mientras no se lo declare ilegal, nulo o inconstitucional, el acto está revestido de la presunción de legitimidad”.<sup>42</sup>

En realidad, si bien desde el punto de vista teórico se puede sostener la invalidez de los actos nulos de pleno derecho, sin necesidad de declaración previa, este planteamiento tropieza con un serio problema, derivado precisamente de la presunción de legitimidad, al momento de ponerlo en práctica.

En efecto, la referida presunción no es sino una técnica para conseguir que no sea el arbitrio de los administrados el que decida si un acto administrativo se cumple o no, pues bastaría invocar la existencia de una irregularidad para que el acto pierda su efectividad. Admitir que la nulidad de pleno derecho opera sin necesidad de declaración previa de autoridad competente es, entonces, tanto como destruir la presunción de legitimidad.

García de Enterría y Fernández recuerdan, además, que el problema de la eficacia de los actos administrativos es un problema de hecho, en la medida en que la Administración está autorizada para imponerlos y hacerlos cumplir, pese a que el destinatario pueda considerarlos inválidos (2001, I: 575).

El camino para el administrado, en el marco de la presunción de legitimidad, no es otro que la utilización de los recursos que el ordenamiento jurídico le ofrece para impugnar la validez de los actos administrativos. En el caso del Ecuador, las medidas cautelares y la acción de protección son caminos adecuados cuando está de por medio la violación de derechos constitucionales,<sup>43</sup> mientras que las acciones contencioso administrativas permiten impugnar las actuaciones administrativas que quebranten la legalidad;<sup>44</sup> todo esto, sin perjuicio de los recursos que pueden intentarse en la vía administrativa.

---

41. Tribunal Constitucional, Resolución 0105-2003-RA y, en igual sentido, Resolución del Pleno 0219-2003-RA y de la Primera Sala 0086-2003-RA. Todas las resoluciones citadas por Oyarte (2006: 103).

42. Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Resolución 043-III en el caso 0067-97-RA, citado por Oyarte (2006: 101).

43. Constitución de la República, art. 88; Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Jurisdiccional, suplemento del Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009, arts. 26-42.

44. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968, arts. 1-3; Código Orgánico de la Función Judicial, suplemento del Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009, arts. 216 y 217.

En todo caso, es claro que la nulidad de pleno derecho es el resultado de vicios especialmente graves que deben estar expresamente tipificados por la Ley, sin que sea admisible la interpretación extensiva o la analogía.

En el COOTAD, las causas de nulidad de pleno derecho se enumeran en el art. 371 y son las que se detallan a continuación:

### **Los que lesionen de forma ilegítima los derechos y libertades consagrados en la Constitución**

Si, conforme el mandato del número 9 del art. 11 de la Constitución de la República, “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, es evidente que las actuaciones de la Administración Pública que afecten esos derechos no pueden tenerse como válidas.

La norma habla de lesión ilegítima; en consecuencia, para que se configure la causal es necesario que se trate de una afectación de derechos que no esté autorizada por la Constitución o la ley.

### **Los dictados por órgano incompetente en razón de la materia, del tiempo o del territorio**

En virtud del principio de legalidad, recogido por el art. 226 de la Constitución de la República, los órganos administrativos no pueden ejercer más competencias que las “que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

En consecuencia, el órgano que actúa fuera del campo de competencias que se le han asignado violenta el mandato constitucional, sin que sea admisible dar valor a su actuación.

La norma, sin embargo, especifica que no toda incompetencia da lugar a la nulidad de pleno derecho, pues se refiere expresamente a incompetencia en razón de la materia, el tiempo o el territorio, y no menciona la incompetencia en razón del grado.

Esto se explica porque se considera que cuando el acto administrativo lo dicta un órgano subordinado jerárquicamente a aquél que tenía la competencia para hacerlo, o viceversa, bien puede el órgano competente, que es parte del mismo ente administrativo, ratificar lo actuado si lo considera procedente. Esto es, no existe una grave afectación al ordenamiento jurídico, en la medida en que el vicio se produce siempre al interior de una estructura jerárquica que, de ser el caso, puede reaccionar convalidando el acto viciado.

## **Los que tengan un contenido materialmente imposible**

La causal habla de actos de contenido materialmente imposible. Nos encontramos, entonces, en el terreno de una imposibilidad de hecho, no de una imposibilidad jurídica, pues en este último caso lo que existe es una ilegalidad que debe ser valorada a fin de establecer si encaja en los supuestos de nulidad de pleno derecho o si se trata de una simple anulabilidad.

La imposibilidad de hecho es tal, ya porque el contenido del acto no se compadece con la realidad (la orden de derrocar una pared que no existe), ya porque va contra las leyes físicas (el mandato de que una persona realice determinada actividad, al mismo tiempo, en dos sitios distintos). García de Enterría y Fernández se refieren también a la imposibilidad de carácter ideal o lógico y a la que surge del contenido ambiguo de determinados actos (2001, I: 616).

En relación con el primer caso, citan un dictamen del Consejo de Estado Español de 1 de abril de 1965, según el cual cuando se aprecie dentro de un acto “que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea, puede decirse, en buena doctrina, que el acto administrativo en cuestión resulta de imposible contenido”.

El segundo caso tiene que ver con actos en los que no queda claro el alcance de lo que se dispone, como la orden de imponer una multa sin especificar su monto o como la disposición redactada en términos tan oscuros, que no permiten conocer qué es lo que se pretende que se haga o se deje de hacer.

De todas maneras, para que pueda hablarse de una causal de nulidad de pleno derecho, la imposibilidad debe ser de origen, esto es, debe haber existido al momento de dictarse el acto, pues en el caso de imposibilidades sobrevenidas (muerte del sancionado, destrucción del bien declarado de utilidad pública) no existe nulidad, sino ineficacia del acto.

Vale la pena indicar que los actos de contenido imposible han sido considerados como actos inexistentes, pues en ellos sí el destinatario del acto no está en condiciones de cumplirlos. La inclusión de este supuesto entre las causales de nulidad de pleno derecho resulta, por ello, indicativa de la no aceptación de la teoría de la inexistencia por parte del COOTAD.

## **Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta**

Se refiere esta causal a cualquier infracción de orden penal (delito o contravención), ya sea ella el objeto del acto (la autorización para derrocar un inmueble que forme parte del patrimonio cultural),<sup>45</sup> ya un antecedente para que este se haya dictado (la adjudicación de un contrato a cambio de una comisión o una prima).<sup>46</sup>

La pregunta que cabe hacer es si la existencia del delito puede ser establecida por la propia Administración, o si es necesario que esta haya sido previamente determinada por medio de un proceso penal.

García de Enterría y Fernández, al comentar la norma española de la que se deriva la del COOTAD, sostienen que no es necesaria una declaración de los jueces penales que establezca la existencia del delito, para que pueda anularse el acto administrativo. “Tal declaración, dicen, puede ser imposible cuando el autor muera antes de dictarse la sentencia penal o sea inimputable o no sea habido, circunstancias todas ellas que no tienen por qué impedir las consecuencias estrictamente administrativas de su acción, si esta es, en efecto, una acción antijurídica y está tipificada como delito en las Leyes penales” (2001, I: 620).

Blanquer, sin embargo, considera que la nulidad no puede declararse mientras no exista sentencia penal firme (2006, II: 282) y parece ser esta una posición más adecuada, en la medida en que no es aceptable que la determinación de si existe o no una infracción quede en manos de un funcionario administrativo; esa determinación corresponde exclusivamente a los jueces.

La causal operaría, entonces, cuando la existencia del delito se determine mediante sentencia, y solo en ese caso podría tramitarse el procedimiento para declarar la nulidad, en el que necesariamente se debería contar con aquellas personas cuyos derechos puedan verse afectados como consecuencia de esta última. Esta es, por otra parte, la forma en que el art. 411 del mismo COOTAD regula el caso de revisión por la existencia de un delito como antecedente del acto revisado.

---

45. Segundo artículo agregado a continuación del 415 del Código Penal por la Ley 49, Registro Oficial 2, 25 de enero de 2000: “La misma pena prevista en el artículo anterior ... se aplicará al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, modificaciones, alteraciones o derrocamiento que causen la destrucción o dañen bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado”.

46. Código Penal, art. 260: “Serán castigados con prisión de dos a cuatro años ... los funcionarios y empleados públicos o sus agentes que, encargados de la adquisición o compra de arts. y enseres para la Administración, recibieren comisiones o primas, alteraren los precios en los arts., las planillas, etc., y los vendedores o proveedores que tomaren parte o se prestaren para estas combinaciones ilícitas”.

## **Los dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la Administración**

No se trata, en este caso, de cualquier omisión en el procedimiento pues, como se vio anteriormente, las omisiones de esta clase pueden, incluso, no ser de carácter invalidante; esta causal habla de prescindir total y absolutamente del procedimiento, lo que tampoco puede entenderse como la inexistencia de un procedimiento, pues por simple que sea todo acto administrativo tendrá como antecedente alguna forma procedimental.

La causal se refiere, entonces, a la realización de un procedimiento distinto al previsto (como cuando se tramita una cotización cuando el procedimiento era la licitación) o la omisión de las partes fundamentales del procedimiento, de tal manera que este último, como dicen García de Enterría y Fernández, se vuelve inidentificable (2001, I: 621), lo que ocurre cuando la omisión de reglas esenciales, a las que se hace referencia enseguida, se lleva al extremo de dejarlas todas de lado y convertir al procedimiento en un trámite que nada tiene que ver con el previsto en las normas.

La segunda parte de la causal se refiere, precisamente, a esta omisión de partes fundamentales cuando habla del incumplimiento de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos administrativos, como las que se relacionan con el quórum o con la necesidad de contar con informes previos para tomar determinadas decisiones.

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la intervención de funcionarios extraños a los llamados a tramitar el procedimiento es una violación de una regla esencial de este último.<sup>47</sup>

En la jurisprudencia española reciente, se consideran trámites esenciales que no pueden omitirse el informe previo del Consejo de Estado,<sup>48</sup> la autorización ambiental,<sup>49</sup>

---

47. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de febrero de 1998, Gaceta Judicial, serie XVI, No. 11, p. 2985, sexto considerando.

48. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 18 de mayo de 2010, ponente Eduardo Espín Templado, segundo considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5617632&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100610>].

49. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 24 de marzo de 2010, ponente María Isabel Perello Domenech, primer considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5583729&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100513>].

la memoria económico-financiera para la determinación de una tasa<sup>50</sup> o la consulta previa.<sup>51</sup>

### **Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición**

Si bien se habla de actos expresos o presuntos, se trata, fundamentalmente, de una causal que tiene su razón de ser en la necesidad de regular la institución del silencio administrativo positivo. En efecto, que la falta de respuesta de la Administración deba entenderse como aceptación de lo pedido por el administrado no implica que pueda aceptarse todo, incluso el surgimiento de derechos para los cuales el solicitante carece de requisitos.

El tema ha sido ya precisado por nuestra jurisprudencia. Para el extinto Tribunal Constitucional, por ejemplo, “los efectos del silencio administrativo previstos en el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado ... tienen su límite en que dicha petición o pretensión sea legal y posible, sin que pueda adquirirse por el silencio administrativo más de lo que el ordenamiento jurídico expresamente pudo otorgar”.<sup>52</sup>

Igual es el criterio de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia según la cual, “para que el silencio positivo opere se requiere, como condición inexcusable, que la petición sea justa, oportuna, que no esté prohibida por la ley, que se encuentre dentro de las previsiones legales que a ella corresponda y que sea dirigida a la autoridad competente”.<sup>53</sup>

Como queda claro en la causal, la importancia que esta tiene en el ámbito del silencio administrativo no implica que no sea aplicable a los actos expresos, si en

---

50. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de febrero de 2010, ponente Ángel Aguillo Avilés, duodécimo considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5583715&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=2010051>].

51. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 20 de enero de 2010, ponente Óscar González González, segundo considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5036995&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100211>].

52. Primera Sala del Tribunal Constitucional, Resolución 408-RA-01-1S, Registro Oficial 493, 14 de enero de 2002. En el mismo Registro Oficial se publica la Resolución 363-RA-01-1S, de la misma Sala, que repite el mismo criterio. En el mismo sentido se pronuncia el Pleno del Tribunal en la Resolución 128-2000-TP, suplemento del Registro Oficial 126, 24 de julio de 2000.

53. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 364/99 de 13 de diciembre de 1999, Registro Oficial 19, 17 de febrero de 2000, cuarto considerando.

ellos la Administración ha conferido facultades o derechos a quienes no podía obtenerlos conforme a las normas aplicables.

García de Enterría y Fernández llaman la atención sobre lo que consideran el centro de gravedad de la causal: la noción de requisitos esenciales. Esta, dicen, debe entenderse caso por caso y se aplicará siempre que la carencia no sea fácilmente remediable (2001, I: 627). Para Blanquer, son esenciales los requisitos “relativos a la estructura definitoria del acto” y que han sido impuestos expresamente por mandato legal (2006, II: 285).

La falta de requisitos esenciales, según García de Enterría y Fernández, debe ser incontrovertible, porque de otro modo “se abriría una brecha en el sistema legal que terminaría por desnaturalizar la figura” (2001, I: 627).

### **Aquellos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales**

Al parecer, falta una coma en la causal, porque las disposiciones sancionadoras serán siempre desfavorables para quien las sufre, sin que pueda pretenderse la existencia de disposiciones sancionadoras favorables. Al parecer, se pretende hacer referencia tanto a disposiciones sancionadoras, como a disposiciones no favorables para el administrado o aquellas que restrinjan sus derechos individuales.

Evidentemente, de lo que se trata es de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y el principio de irretroactividad.

La seguridad jurídica, dice el art. 82 de la Constitución de la República, “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. La irretroactividad de las normas es la lógica consecuencia de este derecho, que la misma Constitución aplica al prohibir, en el número 3 de su art. 76, la imposición de sanciones por actos que, al momento de ejecutarse, no hayan estado tipificados como infracciones.

Como se dijo al inicio, nuestra jurisprudencia ha identificado a la seguridad jurídica como el “conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros”.<sup>54</sup> Siendo así, imponer sanciones o cargas a los administrados, o restringir sus derechos, solo puede hacerse a futuro y sobre la base del ordenamiento vigente; de ninguna manera con efecto retroactivo o, peor aún, pretendiendo aplicar normas a situaciones ocurridas antes de su promulgación.

---

54. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 11, p. 3428, quinto considerando.

## **Los que tengan por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto**

La finalidad es un elemento esencial del acto administrativo. Todo poder, dice nuestra jurisprudencia citando a García de Enterría y Fernández, “es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”.<sup>55</sup>

Cuando esa finalidad de orden público no se cumple, nos encontramos frente a la que se denomina desviación de poder, que implica el uso de instrumentos administrativos para la satisfacción de fines ajenos a los propios del interés colectivo.

El Consejo de Estado francés estableció la nulidad de los actos administrativos como consecuencia de la desviación de poder en el fallo *Pariset*, en 1875, considerando que las potestades públicas se habían ejercido “para un objeto diferente de aquél que se le había otorgado” (Long, 2000: 17). Posteriormente se consideró que existía desviación de poder cuando las potestades administrativas se utilizaban para satisfacer venganzas personales (fallo *Fabregue* de 1909), para obtener ventajas en negocios particulares (fallo *Delle Rault* de 1934) o para beneficiar a personas allegadas (fallo *Delle Soulier* de 1954) (Long, 2000: 18).

Nos encontramos, en consecuencia, ante actos administrativos que pueden no ser ilegales y satisfacer las exigencias formales del ordenamiento jurídico, pero que desvían al poder administrativo de la satisfacción de los intereses colectivos, al cumplimiento de fines particulares.

## **Los que no se encuentren debidamente motivados**

Esta causal no hace sino reproducir el mandato de la letra l) del número 7 del art. 77 de la Constitución de la República, en virtud del cual deben considerarse nulos los actos de los poderes públicos que no sean debidamente motivados.

Para que exista motivación, la norma constitucional exige que se enuncien las normas o principios jurídicos en los que se sustente la resolución y se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Se trata, en consecuencia, de

---

55. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de mayo de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 9, p. 2966, tercer considerando. En el mismo sentido puede verse la sentencia de la misma sala, de 25 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 10, p. 3346, primer considerando.

poner en conocimiento de quien quiera saberlo, cuáles son las razones que llevan a la Administración a tomar una determinada decisión y cómo es así que lo resuelto se enmarca en las previsiones del ordenamiento jurídico. No serán suficientes, en consecuencia, enunciados de tipo general (“por convenir al interés público”, “por ser lo más conveniente”, etc.), si no vienen acompañados de una explicación suficiente de por qué esos enunciados se cumplen en el caso concreto.

Aunque refiriéndose a las sentencias judiciales, la Corte Suprema de Justicia ha explicado con detalle la importancia de la motivación<sup>56</sup> y ha dejado en claro que la motivación de los hechos debe considerarse incompleta si no viene acompañada de la fundamentación del derecho.<sup>57</sup>

## La anulabilidad

Cualquier irregularidad del acto administrativo que no sea de las enunciadas como causales de nulidad de pleno derecho, producen la anulabilidad del acto. Cuando un acto es anulable, la Administración lo puede convalidar y el acto será válido a partir de la convalidación. Así lo dispone el art. 372 del COOTAD.

Esta norma enumera algunos supuestos de anulabilidad y se refiere, entre ellos, a la desviación de poder. Anteriormente, sin embargo, se estableció que esta última era considerada como causa de nulidad de pleno derecho por la letra h) del art. 371 del COOTAD, por lo que conviene aclarar que la satisfacción ilegítima de intereses particulares, que es el supuesto de la citada letra h), es solo una de las formas de desviación de poder.

El Consejo de Estado francés, por ejemplo, se refiere al caso en el que un acto se expida en razón del interés público, pero no de aquel para el cual se confirieron las potestades administrativas correspondientes (Long, 2000: 19). Blanquer pone el ejemplo de un guardia civil trasladado de un lugar a otro, supuestamente para cumplir fines organizativos, pero, en realidad, con el propósito de sancionarlo.

Son fines públicos –dice el autor citado– tanto el mantenimiento de la disciplina en un cuerpo sometido a disciplina castrense como la satisfacción de las necesidades del servicio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; pero esos dos fines organizatorio y disciplinario son distintos, por lo que una potestad atribuida para cumplir un fin público no puede encubrirse en el ejercicio de otra potestad diferente conferida para satisfacer otro fin público distinto (Blanquer, 2006, II: 267).

---

56. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de noviembre de 1999, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 2, p. 363.

57. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de abril de 2001, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 6, p. 1516, segundo y tercer considerando.

La desviación de poder se asimila, también, a la simulación que tiende a presentar al acto de tal manera que quede oculto su contenido real (Long, 2000: 19-20).

La incompetencia en razón del grado, dice el art. 372 del COOTAD, debe ser convalidada por la autoridad jerárquica superior, debiendo entenderse que esta última es la titular de la competencia. La falta de autorizaciones, según la misma norma, se convalidada con su otorgamiento por el órgano competente.

Como se vio al tratar de las irregularidades no invalidantes, el inciso final del art. 372 del COOTAD dispone que “el defecto de forma de los actos administrativos solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados”.

Debemos entender, entonces, que si la irregularidad no es de aquellas que se calificaron anteriormente como no invalidantes, lo que tenemos es una causal de anulabilidad. Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que esto ocurrirá si la falta de requisitos formales no es de tal naturaleza que pueda encuadrarse en la causal de infracciones procedimentales que genera nulidad de pleno derecho.

La referencia a los requisitos que causen indefensión parece un error, pues como se vio en su momento, la lesión ilegítima de derechos constitucionales es un motivo de nulidad de pleno derecho. No es posible, en consecuencia, que la afectación al derecho al debido proceso, que es la que produciría indefensión, se tenga como causa de anulabilidad cuando encaja perfectamente en el referido supuesto de nulidad de pleno derecho.

## **Declaratoria de nulidad. Lesividad**

Cuando se trata de irregularidades que producen la nulidad de pleno derecho, el art. 370 del COOTAD dispone que el acto sea anulado por la propia Administración. No lo dice la norma, pero parece claro que la anulación debe ser hecha por el órgano del que emanó el acto, o por su superior jerárquico, y que se lo puede hacer, tanto de oficio, como a petición de parte; esto último, en atención al derecho de petición consagrado por el número 23 del art. 66 de la Constitución de la República. En todo caso, deberá tramitarse un procedimiento previo y, cuando existan personas cuyos derechos puedan ser afectados, abrir la posibilidad de que estas puedan exponer sus puntos de vista.

A diferencia de la legislación española<sup>58</sup> y del art. 167 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que establecen la posibilidad de que la declaración de nulidad de pleno derecho pueda hacerse en cualquier tiempo,

---

58. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 102.1. Puede consultarse en [[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/130-1992.t7.html#a102](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/130-1992.t7.html#a102)].

el COOTAD nada dice sobre el particular. Deben aplicarse, en consecuencia, las reglas generales del Código Civil en materia de nulidad absoluta (art. 1699), y reconocer que la Administración puede declarar la nulidad de pleno derecho, siempre que hayan transcurrido menos de quince años desde la expedición del acto.

En el caso de actos anulables, si la Administración decide no convalidarlos no está facultada para declarar ella misma la nulidad, sino que debe recurrir a la acción de lesividad. Esta última es la que corresponde plantear a la Administración para anular sus propios actos, cuando no puede hacerlo por sí misma.

En el Ecuador, ya desde la época del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia ha sostenido consistentemente, como regla general, que la Administración no está facultada para revisar sus propios actos, salvo que una norma se lo permita expresamente.<sup>59</sup> Para ello se basó inicialmente en la clara referencia que contiene la letra d) del art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, al establecer quiénes pueden “demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración”, se refiere al “órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo”.<sup>60</sup>

Posteriormente, la acción de lesividad se ha desarrollado en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y en la actualidad se la reconoce expresamente en el número 11 del art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.

---

59. Puede verse Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de abril de 1989, *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, número 10, Quito, 1991, p. 147; Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de junio de 1983, *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, No. 6, Quito, 1985, pp. 93-94. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencias de 29 de febrero de 2000 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 3, p. 894), 15 de noviembre de 2000 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 5, p. 1484), 23 de agosto de 2001 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 7, p. 2175) y 27 de mayo de 2002 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 10, p. 3341).

60. Como se ve, la norma no establece expresamente la necesidad de recurrir a la acción de lesividad, no define los casos en que debe hacerse ni fija el término para plantear la acción; se limita a determinar la posibilidad de que la Administración se presente como actora ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para demandar que se revoque un acto suyo que no sea conforme a derecho, cuando no pueda revocarlo por sí misma “en virtud de lo prescrito en la ley”. Parecería que la norma citada no establece la acción de lesividad, sino que determina que esta puede plantearse en los casos en que una disposición legal niegue a la Administración la posibilidad de revocar sus propios actos. Sin embargo, no es este el criterio asumido por la jurisprudencia ecuatoriana que ha sostenido, primero, que la Administración no está facultada para revocar sus propios actos y, segundo, que la revocación solo puede hacerse por el juez, una vez que se acuda ante él con la acción de lesividad. Francisco Tinajero Villamar, quien fuera profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sostuvo siempre la necesidad de recurrir a la acción de lesividad para revocar los actos administrativos, tal como lo expone en el prólogo al texto de Pablo Tinajero (1998: 16). Este último, por su parte, si bien acepta la letra d) del art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como fundamento suficiente de la acción de lesividad, reconoce las dificultades que surgen del texto y propone, inclusive, un proyecto de reforma que regule en detalle la referida acción.

En el caso del COOTAD, la potestad que el art. 370 confiere a la Administración para dejar sin efecto sus actos nulos de pleno derecho, y la exigencia de recurrir a la acción de lesividad cuando se trate de actos anulables, a la que se refiere el art. 373, hacen innecesaria la discusión acerca de si la potestad de revocar los propios actos es inherente a la Administración o se requiere, para ejercerla, de expresa habilitación legislativa.<sup>61</sup>

Conforme el segundo de los artículos citados, la Administración no puede por sí misma dejar sin efectos sus actos irregulares, si la irregularidad es de aquellas que producen la anulabilidad. Cuando esto ocurra, dice el primer inciso, la Administración podrá, de oficio o a petición de parte, emitir un acto administrativo que declare lesivo para el interés público el acto irregular. Para proceder a la referida declaratoria debe tramitarse un procedimiento que permita exponer sus puntos de vista a las personas que puedan verse afectadas por la anulación del acto; la declaración de lesividad debe ser hecha por la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo y, dice el segundo inciso del art. 373, exige “la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo”.

La declaración del acto como lesivo debe hacerse dentro de los tres meses siguientes a la iniciación del procedimiento; transcurrido este plazo, el procedimiento caduca.

Una vez declarada la lesividad, se debe plantear la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso administrativa. Para ello, la Administración tiene el plazo de tres meses, a partir de la declaratoria.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo para declarar el acto como lesivo, el inciso final del art. 373 faculta a la máxima autoridad del respectivo gobierno autónomo descentralizado a suspender la ejecución del acto que se pretende declarar lesivo, “cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o le cause daños a terceros”.

Al final del primer inciso del art. 373 se incluye un texto que, por absurdo, resulta inaplicable. La declaratoria del acto como lesivo, dice el referido inciso, debe hacerse a fin de proceder a su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, “previa su extinción”.

Estas tres últimas palabras están sin duda demás, pues contradicen lo que hasta allí disponía la norma que se ha citado. En efecto, si la propia Administración no puede revocar el acto anulable, cómo es que puede extinguirlo como requisito previo para presentar la acción de lesividad; más aún, si el acto ya se extingue antes de presentar la acción, ¿qué sentido tiene esta última?

---

61. Sobre este tema puede verse Aguilar (2005).

Hay, por otro lado, una clara contradicción entre el texto que se comenta y el ya citado inciso final del art. 373, pues este último confiere únicamente la potestad de suspender la ejecución del acto y no de extinguirlo, como dice la parte final del primer inciso.

### **No transmisibilidad de vicios, conversión y conservación de actos**

Los arts. 374 al 376 del COOTAD expresan el principio favor acti, en la medida en que establecen técnicas que buscan la conservación de los actos administrativos. Son estas técnicas la transmisibilidad, la conversión y la conservación.

El primero de los artículos citados se refiere a la transmisibilidad, en virtud de la cual la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de un acto no se transmiten a los actos posteriores dentro de un procedimiento, cuando sean independientes del primero.

Tampoco la nulidad o anulabilidad parcial del acto implicará la de otras partes independientes del mismo, “salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”.

La conversión implica que los actos nulos o anulables que contengan elementos constitutivos de otro acto distinto, producirán los efectos de éste.

La conservación, finalmente, se expresa en el mandato del art. 376 que ordena a quien declare la nulidad de un acto disponer siempre la conservación de los actos o partes del procedimiento, “cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Aguilar, Juan Pablo, “Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana”, en *Ruptura*, No. 49, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2005.

Benalcázar, Juan Carlos, *Fundamentos constitucionales del acto administrativo estable*, s.f., en [[www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2764&Itemid=134](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2764&Itemid=134)].

— *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ediciones Legales, 2005.

Blanquer, David, *Curso de Derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 2001.
- Gonzales Pérez, Jesús, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, en *Revista de Administración Pública*, vol. I, No. 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pp. 149-161.
- *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, t. III, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- Granda Galindo, Nicolás, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2002.
- Jaramillo Alvarado, Pío, *Derecho público interno*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953.
- Jaramillo Ordóñez, Herman, *Manual de Derecho administrativo*, Loja, Universidad Nacional de Loja, 2005.
- Long, Marceu, y otros, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 2002.
- Moderne, Franck, *Principios generales del Derecho público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Oyarte, Rafael, *La acción de amparo constitucional*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006.
- Pérez Camacho, Efraín, *Derecho administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Sayagués, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, Martín Bianchi, 1986.
- Secaira, Patricio, *Curso breve de Derecho administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Tinajero, Francisco, “La cosa juzgada en lo administrativo”, en *Revista de Derecho*, No. 42, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1982.
- Tinajero, Pablo, *La acción de lesividad*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Biblioteca de Jurisprudencia, 1998.
- Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de Derecho procesal civil*, Quito, Ediciones de la Universidad Católica, 1976.
- Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, Bogotá, Legis, 2008.
- Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional*, Guayaquil, Edino, 1999.
- *Derecho administrativo*, t. I, Guayaquil, Edino, 2005.
- *Derecho administrativo*, t. II, Guayaquil, Edino, 2007.

Fecha de recepción: 6 de enero de 2011  
Fecha de aceptación: 26 de febrero de 2011

## Garantías en los estados de emergencia

*Miguel Alejandro López Olvera\**

### RESUMEN

Las causas por las cuales se puede decretar el estado de emergencia han variado en el tiempo según las circunstancias de cada época y de cada país.

Dichas situaciones de emergencia pueden obedecer a causas naturales o humanas. Pueden producirse por fenómenos físicos o climatológicos, por conmociones interiores, ataques exteriores, o incluso por desequilibrios económicos o sociales sectoriales o generales.

Y, para hacer frente a estos estados excepcionales, el derecho internacional ha delimitado una serie de principios que deben ser respetados por los gobiernos locales.

**PALABRAS CLAVE:** Emergencia, Estado de emergencia, Garantías constitucionales, Principios supranacionales.

### ABSTRACT

The reasons that may lead a government to decree a state of emergency have varied along time, accordingly to the circumstances of each country and each period.

Emergency situations may derive from natural or human causes. They may be provoked by a physical or weather phenomenon, by internal commotion, by exterior attacks, or by economic, social, sectorial or general imbalances.

International law has established principles that must be respected by local governments in order to confront these exceptional measures,

**KEY WORDS:** Emergency, state of emergency, constitutional guarantees, supranational principles.

FORO

---

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas.

## INTRODUCCIÓN

La declaración de emergencia no es un instituto aplicable a todas las causas y situaciones consideradas como anormales; es un instituto del Estado de derecho, y, como tal, requiere en su aplicación de prudencia e inteligencia.

En México, como en muchos otros países del mundo, se presentan situaciones llamadas de emergencia. Estas situaciones pueden derivar de muy diferentes fenómenos, de la naturaleza, económicos, políticos, químicos, sanitarios, etcétera.

Y si no se toman las medidas necesarias, estas situaciones pueden derivar en desastres;<sup>1</sup> pero, también, al tomar dichas medidas para enfrentar estas situaciones de emergencia, el Estado tiene la obligación de respetar ciertos límites que le impone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM), los tratados internacionales sobre derechos humanos y las leyes.

Como es sabido, a través de la historia, en muchos países se ha tenido la “necesidad” de establecer procedimientos especiales para superar estados de emergencia provocadas por diversas razones, especialmente por situaciones económicas, desastres naturales, conflictos internos, etcétera.

Muchas de estas situaciones de emergencia han sido crónicas en Latinoamérica, pues no obstante lo dispuesto por las Constituciones de nuestros países, se han utilizado por gobiernos de facto o en épocas de normalidad, llegándose en la mayoría de las ocasiones a desvirtuar las instituciones constitucionales, lo que se ha traducido en la restricción (cuando no en la violación sistemática) de muchos de los derechos fundamentales.

Además, en muchas ocasiones, por ejemplo en Argentina, se han prolongado por mucho tiempo al punto que se ha llegado a afirmar “que la excepción ha sido la normalidad constitucional”.<sup>2</sup>

Es por ello que hemos considerado de interés realizar este estudio cuya finalidad es resaltar aquellos principios consagrados tanto en la CPEUM como en las normas de carácter internacional y supranacional, que sirven de límite a los poderes estatales

- 
1. El art. 3, fracción XVIII de la Ley General de Protección Civil, define al desastre “como el estado en que la población de una o más entidades federativas, sufre severos daños por el impacto de una calamidad devastadora, sea de origen natural o antropogénico, enfrentando la pérdida de sus miembros, infraestructura o entorno, de tal manera que la estructura social se desajusta y se impide el cumplimiento de las actividades esenciales de la sociedad, afectando el funcionamiento de los sistemas de subsistencia”.
  2. Ver Agustín Gordillo, “El Estado de derecho en estado de emergencia”, en *La Ley*, Buenos Aires, 12 de octubre de 2001, pp. 1-3; Agustín Gordillo, “El estado de derecho a estado de emergencia”, en Ricardo Luis Lorenzetti, dir., *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-63; Julio César Crivelli, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

en el dictado de normas que dan validez a una situación de emergencia, para no caer en excesos o inconstitucionalidades.

## **CAUSAS DE LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA**

En las constituciones modernas se ha hecho el intento, especialmente en las posteriores a la Segunda Guerra Mundial (debido a las experiencias de las dictaduras totalitarias, permanentes y absolutas), de establecer disposiciones para regular tanto las causas por las cuales se puede establecer una situación de emergencia, como las autoridades facultadas para decretarlas, que, en algunos países, no se atribuyen únicamente al Ejecutivo, sino que se precisa la intervención de los órganos legislativos, y de manera creciente, también la de los tribunales, así como las limitaciones a que están sujetas, tanto por lo que se refiere a las materias susceptibles de restricción, como el tiempo en el cual las declaraciones respectivas tienen validez.<sup>3</sup>

Cabe aclarar que dentro de la doctrina internacional<sup>4</sup> se conoce al estado de emergencia como los siguientes nombres: “estados de excepción”, “estado de sitio”, “estado de urgencia”, “estado de alarma”, “estado de prevención”, estado de guerra interna”, “suspensión de garantías”, “ley marcial”, “poderes de crisis”, “poderes especiales”, “toque de queda”, etcétera; sin embargo, en este trabajo utilizaremos la expresión “situación de emergencia”, por su uso generalizado dentro de las normas federales que regulan dichas situaciones.

Según el art. 3, fracción XVII de la Ley General de Protección Civil, emergencia es la “Situación anormal que puede causar un daño a la sociedad y propiciar un riesgo excesivo para la seguridad e integridad de la población en general; se declara por el Ejecutivo Federal cuando se afecta una entidad federativa y/o se rebasa su capacidad de respuesta, requiriendo el apoyo federal”.

Las causas por las cuales se puede decretar el estado de emergencia han variado en el tiempo según las circunstancias de cada época. De acuerdo con las normas constitucionales, se han configurado varias categorías según su gravedad. Así, se han presentado situaciones provocadas por desastres naturales o por crisis de carácter económico.

Las situaciones de emergencia pueden obedecer a causas naturales o humanas. Pueden producirse por fenómenos físicos o climatológicos, por conmociones interio-

---

3. Héctor Fix-Zamudio, “Prólogo”, en Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-III, 1999, p. XVI.

4. Ver Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-III, 1999.

res, ataques exteriores, o incluso por desequilibrios económicos o sociales sectoriales o generales.

Para que sobrevenga una emergencia, afirma Horacio Tomás Liendo (h), la mutación de la realidad debe ser calificada por su profundidad, su inevitabilidad –una vez aparecida– y, sobre todo, por la ineficacia de los medios normales para atemperar sus consecuencias o superar el obstáculo para la realización del bienestar general.<sup>5</sup>

Una emergencia puede referirse a desastres provocados por fenómenos de la naturaleza, como ciclones, temblores, inundaciones, o situaciones provocadas por el hombre, entre las cuales podríamos mencionar las conmociones interiores o trastornos en la economía. Pero lo que caracteriza a un estado de emergencia son la generalidad, la profundidad y la afectación del bienestar general.<sup>6</sup>

Según la Ley General de Protección Civil, una emergencia puede producirse por fenómenos geológicos, fenómenos hidrometeorológicos, fenómenos químico-tecnológicos, fenómenos sanitario-ecológicos o por fenómenos socio-organizativos.

El artículo 3 de dicha ley, en sus fracciones XI, XII, XIII, XIV y XV, define a las anteriores situaciones de la siguiente forma:

XI. Fenómeno Geológico: Calamidad que tiene como causa las acciones y movimientos violentos de la corteza terrestre. A esta categoría pertenecen los sismos o terremotos, las erupciones volcánicas, los tsunamis o maremotos y la inestabilidad de suelos, también conocida como movimientos de tierra, los que pueden adoptar diferentes formas: arrastre lento o reptación, deslizamiento, flujo o corriente, avalancha o alud, derrumbe y hundimiento.

XII. Fenómeno Hidrometeorológico: Calamidad que se genera por la acción violenta de los agentes atmosféricos, tales como: huracanes, inundaciones pluviales, fluviales, costeras y lacustres; tormentas de nieve, granizo, polvo y electricidad; heladas; sequías y las ondas cálidas y gélidas.

XIII. Fenómeno Químico-Tecnológico: Calamidad que se genera por la acción violenta de diferentes sustancias derivadas de su interacción molecular o nuclear. Comprende fenómenos destructivos tales como: incendios de todo tipo, explosiones, fugas tóxicas y radiaciones.

XIV. Fenómeno Sanitario-Ecológico: Calamidad que se genera por la acción patógena de agentes biológicos que atacan a la población, a los animales y a las cosechas, causando su muerte o la alteración de su salud. Las epidemias o plagas constituyen un desastre sanita-

---

5. Horacio Tomas Liendo (h), *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1990, p. 26.

6. Horacio Tomas Liendo (h), *ibíd.*, afirma: “Cuando una sociedad se enfrenta con una situación que no puede superarse mediante la normal y previsible evolución de los hechos y mediante la aplicación del derecho vigente hasta ese momento, puede decirse que se encuentra en estado de emergencia. Ésta puede abarcar todo el ámbito territorial en el que se desenvuelve o solo una parte y, a su vez, afectar la generalidad de las actividades sociales o limitarse a algunas de ellas”.

rio en el sentido estricto del término. En esta clasificación también se ubica la contaminación del aire, agua, suelo y alimentos.

XV. Fenómeno Socio-Organizativo: Calamidad generada por motivo de errores humanos o por acciones premeditadas, que se dan en el marco de grandes concentraciones o movimientos masivos de población.

La finalidad esencial de las declaraciones de emergencia es defender las instituciones constitucionales democráticas de los riesgos producidos por graves conflictos o acontecimientos, y, en última instancia, para proteger los derechos humanos esenciales de los gobernados frente a los peligros de una crisis política, social, económica o de catástrofes naturales.<sup>7</sup>

## **LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LOS ESTADOS DE EMERGENCIA**

Fue durante el siglo pasado, y en particular luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando los derechos humanos adquirieron una dimensión internacional mediante la incorporación de sus normas a una gran diversidad de tratados y convenios de alcance regional y universal, transformándose así en una de las ramas más dinámicas y revolucionadas del derecho internacional público contemporáneo. El reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional puso de relieve las profundas transformaciones operadas en el campo de las relaciones jurídicas internacionales y en el ámbito de las relaciones internacionales en general.<sup>8</sup>

En México, en la actualidad, de acuerdo con la tesis de jurisprudencia LXXVII/99, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que:

estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional: por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del

---

7. Héctor Fix-Zamudio "Prólogo", en Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-III, 1999, p. XIX.

8. Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, p. 15.

propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos esta sea competencia de las entidades federativas.<sup>9</sup>

Con estos argumentos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación “considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local”.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos amplían la esfera de derechos de los individuos y los derechos de incidencia colectiva garantizados, principalmente, en la primera parte de la Constitución mexicana, y que, obviamente no se contraponen a ella sino que la complementan.

La protección de los derechos humanos o derechos esenciales así entendidos va unida necesariamente a la restricción del ejercicio del poder estatal. La comunidad internacional reconoce la existencia de estos derechos y obliga objetivamente a los Estados a no vulnerar ni obstaculizar su pleno goce y ejercicio, así como garantizar la vigencia sociológica de aquellos en su territorio, por el bien común, so pena de reparar y responder frente a la comunidad internacional.

En la actualidad es ya incuestionable que los tratados internacionales de derechos humanos gozan de operatividad; es decir, se debe garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos como autoejecutivos (*self executing*) en dicho instrumento y debe adecuar las normas programáticas con la ley necesaria o medidas de otro carácter, en un tiempo razonable, ya que al incurrir en mora responde frente a la comunidad internacional en virtud de la operatividad del tratado internacional.

Los derechos, garantías y libertades estipulados en un tratado internacional de derechos humanos, por su naturaleza, son operativos, ya que el objeto y razón de ser de una convención de derechos humanos, así como la clara intención de las partes, es reconocer a favor de las personas ciertos derechos y libertades, y no regular sus relaciones entre sí.<sup>10</sup>

Cabe destacar que el 7 de mayo de 1981 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el 16 de diciembre de 1998 México se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>11</sup> lo cual constituyó, sin lugar a dudas, un avance significativo en la protección de los derechos humanos.

---

9. *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, México, SCJN, novena época, t. X, pleno y salas, noviembre de 1999, pp. 46-48.

10. Juan Carlos Vega y Marisa Adriana Graham, dirs., *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 43.

11. Véase [<http://www.corteidh.or.cr/paises/mexico.html>].

La Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados parte se obligan a garantizar y hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. Por ello, las obligaciones fundamentales que consagra la Convención Americana para proteger los derechos y libertades indicados en sus artículos 3 a 27 son la de adaptar el derecho interno a lo prescrito en aquella y la de reparar, para garantizar así todos los derechos consagrados.<sup>12</sup>

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.<sup>13</sup>

Asimismo, la Convención contiene un extenso listado de garantías individuales y de derechos fundamentales, de los cuales en su gran mayoría son de aplicación directa a cualquier tipo de proceso o procedimiento.

Esta y otras normas internacionales, a la inversa de las disposiciones de los primigenios tratados de integración latinoamericana, están destinadas en el nuevo contexto económico mundial a constituir la base del sometimiento del Estado nacional y sus normas internas a la normativa supranacional que emerge y seguirá emergiendo lenta, pero segura, de los órganos y convenios de esta naturaleza.<sup>14</sup>

Precisamente, en los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos se exigen como requisitos previos para la proclamación de un estado de emergencia, diversos supuestos que, como veremos más adelante, ya son principios generales, no solo simples normas jurídicas.

Una vez integrada en el ordenamiento, aquellas normas se aplicarán en los supuestos y en la forma prevista en el propio derecho internacional: derecho para que el que, en caso de conflicto entre una norma interna –cualquiera que sea su forma y su rango– y una norma internacional, ha de prevalecer siempre esta última. Es, por

---

12. CIDH, Caso Garrido y Baigorra, Argentina, párrafo 71.

13. CIDH. Opinión consultiva OC-2/82, párrafo 29.

14. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, reimpresión de la 5a. ed., cap. IV, p. 18.

tanto, posible que en un tratado o en una norma derivada terminen por imponerse, en su aplicación, a la Constitución misma.

Es importante destacar que los tratados de derechos humanos no regulan relaciones recíprocas entre Estados, sino que en el centro de la protección esta el ser humano, creándose así una suerte de “orden público internacional” donde, por primera vez, la persona humana, y no los Estados constituyen el eje principal de protección de dichos tratados internacionales.<sup>15</sup>

Por eso, afirma Agustín Gordillo, cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derechos humanos), carece de asidero pretender que la ratificación vale solo frente a los demás Estados, y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.<sup>16</sup>

## **PRINCIPIOS A LOS QUE DEBEN SUJETARSE LAS DECLARACIONES DE EMERGENCIA**

La declaración de emergencia es una institución del Estado de derecho; como tal, debe reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantía jurídica para preservar los derechos humanos en dichas situaciones de emergencia, que ya desde finales del siglo XIX hasta la década de los ochenta en el siglo XX se fueron construyendo como principios del derecho público que recibimos como una expresión mayoritaria y en algún modo pacífica de la concepción política, social y jurídica del Estado.<sup>17</sup>

Aunque como afirman Héctor Gros Espiell, Rodolfo Piza R. y Daniel Zovatto,<sup>18</sup>

los estados de excepción constitucional han servido en nuestros países como marco de innumerables excesos, persecuciones y otros distintos modos de violación de los derechos humanos, severamente condenables a la luz de los instrumentos internacionales, tanto del ámbito universal como regional, de los textos de las respectivas Constituciones y de la conciencia moral de los pueblos.

---

15. Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, p. 16.

16. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, cap. VI, p. 2.

17. *Ibid.*

18. “Los Estados de excepción en América Latina y sus incidentes en la cuestión de los derechos humanos en caso de disturbios internos”, en Diego García Sayan, *Estado de emergencia en la región andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pp. 21-58.

Por eso, la validez de las medidas excepcionales fundadas en la emergencia encuentran importantes limitaciones. Tales limitaciones son de tipo formal y material. Las de tipo formal, que algunas ya son principios, se desarrollan más ampliamente en este apartado y se configuran con el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La situación de emergencia debe ser definida por el Congreso; b) La norma de emergencia debe dirigirse a un fin legítimo; es decir, que no debe haber sido sancionado para otorgar ventajas a algunos particulares, sino para la protección de un interés superior, básico y general de la sociedad; c) La legitimación de emergencia debe encontrar limitada su vigencia en el tiempo de la subsistencia de la situación excepcional que le dio origen, o sea, debe ser transitoria; d) Las normas de emergencia pueden suspender o modificar temporariamente los principios generales del derecho vigente, pero sin afectar las reglas constitucionales básicas, y e) Los medios empleados para paliar la emergencia debe ser razonables, guardando proporción con el fin público perseguido.

Además, el estado de emergencia supone: a) situaciones de excepcionalidad; b) debe ser declarada por ley; c) las restricciones deben de ser transitorias, nunca permanentes; d) los medios adecuados a la finalidad propuesta (razonabilidad); e) las garantías no quedan suspendidas en su totalidad, sino solo en cuanto a su ejercicio sea incompatible con el poder de policía; y f) las restricciones deben ser generales.<sup>19</sup>

No obstante lo anterior, para que su regulación se ajuste a las exigencias de las normas internacionales, los estados de emergencia deben de respetar los siguientes principios.

## PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Etimológicamente, *razonabilidad* o *razonable* proviene del latín *rationabilis*, que significa arreglado, justo, conforme a razón. Así, razonable es todo aquello que nuestra sana facultad de discurrir nos indica que es justo.<sup>20</sup>

Este principio se satisface cuando existe una adecuada proporción entre los fines perseguidos por la norma y los medios empleados para lograrlo.

---

19. Corte Suprema de Mendoza, Fallo No. 93199150. En autos *Graffigna, Luis Alberto c/Bodegas y viñedo GIOL E.E.I.C. s/ ordinario-inconstitucionalidad*.

20. Véase Susana Cayuso, "La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales", en *Pensamiento constitucional*, año 6, No. 6, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 384-400; Ricardo Haro, "La razonabilidad y las funciones de control", en *Ius Et Praxis. Derecho en la región*, año 7, No. 2, Chile, Universidad de Talca, 2001, pp. 179-186; Patricio Alejandro Maraniello, "El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional", en Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, coords., *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 369.

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.<sup>21</sup>

Al respecto, afirma María Angélica Gelli que es posible abrir el control de razonabilidad en dos pautas respecto a fines y medios de las normas. Por un lado, cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda relación de causalidad con el fin, aunque aquel no sea el único con el que se lo pueda alcanzar. Según se utilice la primera o segunda pauta de razonabilidad el control será más o menos estricto.<sup>22</sup>

Es decir, la autoridad administrativa debe sujetar el dictado de sus actos administrativos a determinados principios y límites, como son la razonabilidad, que solo puede estar basada, según el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en una adecuada fundamentación del derecho que lo sustenta, así como en una motivación suficiente, que tienen por objeto poner de manifiesto su juridicidad; asimismo, debe estar apoyado o tener en cuenta hechos ciertos, acreditados en el expediente relativo, o públicos y notorios y, finalmente, ser proporcional entre el medio empleado y el objeto a lograr.<sup>23</sup>

De acuerdo con los artículos 38 y 39 de la Ley General de Protección Civil,

En caso de riesgo inminente, sin perjuicio de la emisión de la declaratoria de emergencia y de lo que establezcan otras disposiciones, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, Estatal y Municipal ejecutarán las medidas de seguridad que les competan, a fin de proteger la vida de la población y sus bienes, la planta productiva y el medio ambiente, para garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

- 
21. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XVI, diciembre de 2007, tesis P/J. 130/2007, p. 8. RUBRO: GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.
  22. María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 226.
  23. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, t. VIII, octubre de 1991, p. 181. RUBRO: FACULTADES DISCRECIONALES, OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR LA AUTORIDAD, CUANDO ACTUA EN EJERCICIO DE.

Además,

Las Unidades Estatales o Municipales de Protección Civil, así como las del Distrito Federal, podrán aplicar las siguientes medidas de seguridad:

- I. Identificación y delimitación de lugares o zonas de riesgo;
- II. Acciones preventivas para la movilización precautoria de la población y su instalación y atención en refugios temporales, y
- III. Las demás que en materia de protección civil determinen las disposiciones reglamentarias y la legislación local correspondiente, tendientes a evitar que se generen o sigan causando riesgos.

Asimismo, las Unidades a que se refiere este artículo y la Secretaría de Gobernación podrán promover ante las autoridades competentes, la ejecución de alguna o algunas de las medidas de seguridad que se establezcan en otros ordenamientos.

De tal suerte que tanto la administración como los jueces, cuando analizan la constitucionalidad de una ley o decreto restrictivo de derechos, deben tener muy presente si esta ecuación entre medio y fines se cumple cabalmente.<sup>24</sup>

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este obliga a que la administración pública se someta a la ley, ajustando sus actuaciones en todo momento a una norma legal preexistente.<sup>25</sup> La ley constituye el límite de la administración.<sup>26</sup> La mejor vía para que la administración observe este principio se manifiesta en los sistemas de control hacia la administración, y en los mecanismos que deben tener los ciudadanos para exigirles responsabilidades por sus acciones o sus omisiones.

En virtud de este principio no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la ley; solo “en nombre de la ley” se puede exigir la obediencia. La ley otorga, y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales, son solo servidores de la ley.<sup>27</sup>

Históricamente, la primera garantía, y quizá la más importante, consistió en preestablecer las reglas de juego; vale decir, “prever lo imprevisible”. Esta ha sido y es, sin

---

24. Mauricio Obrario, “Comentarios sobre el caso ‘Smith, Carlos Antonio’”, en *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, 26 de abril de 2002, pp. 7-8.

25. César Carlos Garza García, *Derecho constitucional mexicano*, México, McGraw Hill, 1997, p. 41.

26. Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, p. 14.

27. *Ibid.*

duda, una de las más arduas tareas del legislador, que debe fijar de antemano las reglas que servirán de base y de límite al poder para conjurar las situaciones de emergencia.

La ley, en general, afirmaba Montesquieu, es la razón humana en cuanto se aplica a todos los pueblos de la Tierra; y las leyes civiles y políticas de cada nación no deben de ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana.<sup>28</sup>

Las autoridades administrativas no pueden basarse, a falta de leyes expresas, en el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública, pues, en tal caso, el proceder o las determinaciones de dichas autoridades administrativas se extralimitarían al grado de que los particulares quedarían sujetos a su capricho; al contrario, las autoridades administrativas deben ceñir sus determinaciones a los términos claros y precisos de la ley, porque de lo contrario esas determinaciones conculcarían garantías individuales.<sup>29</sup>

En un comienzo, este principio solo tuvo vigencia en el orden interno, pero hoy reviste un alcance universal, debido al gran número de Estados que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana y Europea de Derechos Humanos.

En esta materia, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley General de Protección Civil, dispone:

En una situación de emergencia, el auxilio a la población debe constituirse en una función prioritaria de la protección civil, por lo que las instancias de coordinación deberán actuar en forma conjunta y ordenada, en los términos de esta Ley y de las demás disposiciones aplicables.

## **PRINCIPIO DE PROCLAMACIÓN**

Se trata de un requisito de forma, consistente en la necesidad de que la entrada en vigor del estado de emergencia vaya procedida de una medida de publicidad, bajo la norma de declaración oficial.

El significado de la proclamación es asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de las medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos.

Reviste particular importancia comprender la complementariedad que existe entre este principio y el de legalidad, puesto que la referencia a una situación excepcional

---

28. Cit. por José Ovalle Favela, "Artículo 16", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I, México, Porrúa, 2000, p. 182.

29. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, t. LXXII, p. 3129.

“proclamada oficialmente” que contiene el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –y que fue una iniciativa francesa– tiene por objeto, entre otros, asegurar que el reconocimiento de los derechos a suspender las obligaciones resultantes del Pacto no puedan invocarse para justificar una violación de las disposiciones jurídicas constitucionales internas relativas a los estados de emergencia.<sup>30</sup>

Al respecto, el artículo 37 de la Ley General de Protección Civil, dispone que

Las declaratorias previstas en este capítulo deberán ser publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, sin perjuicio de que se difundan a través de otros medios de información. La declaratoria de emergencia podrá publicarse en dicho órgano de difusión con posterioridad a su emisión, sin que ello afecte su validez y efectos.

Y así lo podemos constatar, que en las mismas declaratorias de desastre natural o de emergencia, siempre se establece que dichas declaratorias se publicarán en el *Diario Oficial de la Federación* y en uno de los diarios de mayor circulación en el Estado donde haya ocurrido la situación de emergencia.

## PRINCIPIO DE NOTIFICACIÓN

A diferencia de la proclamación, que en tanto medida de publicidad está dirigida fundamentalmente a informar a la comunidad de un país, la notificación tiene como ámbito específico la comunidad internacional.

La comunicación, que debe ser inmediata, debe señalar expresamente a las disposiciones cuya aplicación se suspende y las razones que motivan el mismo conducto, el levantamiento del estado de emergencia.<sup>31</sup>

Según el párrafo tercero del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

De esta manera, un país o una entidad federativa que ha declarado el estado de emergencia, aunque lo haya hecho de conformidad con las normas nacionales, si no

---

30. Rubén Citara, “La emergencia del estado y sus circunstancias”, en Sebastián Alanis D., coord., *El derecho administrativo de la emergencia III*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 32; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, p. 28.

31. Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, p. 29.

lo ha comunicado, no podrá invocar frente al orden internacional el derecho que este le reconoce a suspender ciertas normas en circunstancias excepcionales.

## PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD

La enunciación de este principio, implícito en la naturaleza misma del estado de emergencia, apunta fundamentalmente a señalar su necesaria limitación en el tiempo y evitar así la indebida prolongación del mismo. El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra expresamente al señalar que las medidas que se adopten deben serlo “por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”.<sup>32</sup>

Así lo dispone el artículo 40 de la Ley General de Protección Civil, que establece: “Cuando se apliquen alguna o algunas de las medidas de seguridad previstas en el artículo [39], se indicará su temporalidad y, en su caso, las acciones que se deben llevar a cabo para ordenar el retiro de las mismas”.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una tesis aislada, señala lo siguiente:

Las medidas de seguridad previstas por el artículo 78 de la Ley de Protección Civil para el Estado de Nuevo León, definidas por el artículo 83 de la propia ley, como las disposiciones de inmediata ejecución que dicta la autoridad correspondiente para proteger el interés público o evitar los riesgos, altos riesgos, emergencias o desastres que puedan ocurrir en los establecimientos a que se refiere dicha ley, *son medidas provisionales* que no implican una privación de la libertad, de las propiedades, posesiones o derechos, sino que su objetivo consiste en tomar decisiones, en virtud de la urgencia del caso, para evitar un riesgo o desastre que perjudique el interés público, esto es, *su efecto es provisional* [...].<sup>33</sup>

También resulta interesante señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aun antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, basándose en las normas contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y deberes de Hombre de 1948, ya había reafirmado el principio de temporalidad en distintas oportunidades, denunciando el carácter “rutinario” de la aplicación del estado de emergencia en países tales como Argentina (informe especial de 1980). En este último caso, la Comisión solicitó que “el gobierno considere la posi-

---

32. Rubén Citara, “La emergencia del estado y sus circunstancias”, p. 32; Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, p. 28.

33. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, tesis P. CXXXVII/2000, t. XII, septiembre de 2000, p. 38.

bilidad de derogar el estado de sitio en vistas de que, según la reiteradas declaraciones del gobierno de Argentina, no persistirán las causas que lo motivaron”.<sup>34</sup>

Así lo ha dicho también la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar que

Las medidas de seguridad decretadas con carácter provisional en materia de protección civil no son actos privativos, sino disposiciones precautorias que tienen efectos inmediatos para enfrentar una necesidad colectiva urgente y apremiante, por lo que no se requiere otorgar al afectado el derecho a la defensa antes de su ejecución. En ese sentido, la verificación de lugares de riesgo y la desocupación o el desalojo de casa-habitación, de edificios, escuelas, zonas industriales y comerciales ante la eventualidad de un desastre, a que se refieren las fracciones I y VII del artículo 67 de la Ley de Protección Civil para el Estado de Hidalgo, son de ejecución inmediata, sin que previamente deba concederse al afectado el derecho a la defensa previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que tales actos no implican una privación definitiva de la libertad, de la propiedad, posesiones o derechos, sino que constituyen actos de molestia de carácter provisional regidos por el artículo 16 Constitucional, que impone a la autoridad el deber de fundar y motivar legalmente el acto; a menos que dicha medida, por las características del riesgo, emergencia o desastre, deba tornarse en definitiva, caso en el cual la autoridad deberá instaurar el procedimiento correspondiente, concediendo al gobernado la garantía de audiencia.<sup>35</sup>

## PRINCIPIO DE AMENAZA EXCEPCIONAL

Este principio define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hechos (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto de “circunstancias excepcionales”.

En cuanto a sus efectos, la situación del peligro debe afectar a toda la población o a la totalidad del territorio o una parte de él.<sup>36</sup>

34. Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, p. 33.

35. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Segunda Sala, tesis 2a. LXII/2007, t. XXV, junio de 2007, p. 348.

36. Ver Mario A. Midón, *Decreto de necesidad y urgencia en la Constitución nacional y los ordenamientos provisionales*, Buenos Aires, La Ley, 2001; Cecilia María Allona, “El control judicial de razonabilidad en época de emergencia”, en María Eva Miljiker, coord., *El derecho administrativo de la emergencia*, I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002, pp. 97-114.

## PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Este requisito apunta a la necesaria adecuación de que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Enunciando de manera similar tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, implica que las restricciones o suspensiones impuestas lo sean “en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación”.

Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana han abogado por el respeto del principio de proporcionalidad. La primera al formular observaciones en distintos informes anuales o especiales sobre países; por ejemplo, en el informe anual de 1978 y 1980 sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador y en el informe especial sobre Argentina de 1980, en particular, su respuesta al gobierno argentino a propósito del examen del caso 3390. Por su parte, la Corte Interamericana, en su opinión consultiva O.C.8/87, señaló que la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar a las distintas situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella.<sup>37</sup>

## PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El artículo 27 de la Convención Americana, al igual que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

El hecho de que la prohibición de toda forma de discriminación no figura entre los derechos enumerados en el párrafo 2, del artículo 27 de la Convención Americana, no constituye un obstáculo para considerarlo implícitamente inderogable, pues ambos textos consideran el principio de no discriminación como una condición esencial para ejercer el derecho de suspensión que dichos instrumentos reconocen a los Estados parte. Coincidentemente, en su Observación General 5/13, el Comité de Derechos Humanos sitúa el principio de no discriminación en el mismo plano, y hasta lo incluye en la misma frase que los derechos cuyo ejercicio no se pueden suspender, cuando afirma: “sin embargo, el Estado Parte no puede suspender ciertos derechos ni puede adoptar medidas discriminatorias por diversas causas”.

---

37. Véase la Opinión Consultiva OC-0/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 22. Se puede consultar en [<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>].

**PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD, CONCORDANCIA  
Y COMPLEMENTARIEDAD DE LAS DISTINTAS NORMAS  
DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Estos tres principios tienden a armonizar las distintas obligaciones asumidas por los Estados en el orden internacional y a reforzar la protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementaria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos bajo un estado de emergencia.

El primer principio tiene como finalidad compatibilizar las distintas normas internacionales que regulan la materia, puesto que un mismo Estado puede a la vez ser parte en varias convenciones internacionales y regionales. Por ejemplo, un país que es parte en la Convención Americana y en el Pacto no podrían invocar ante la Comisión Interamericana, a raíz de este principio, la suspensión del ejercicio de un derecho admitido en el Pacto, pero prohibido en la Convención Americana.

El principio de concordancia entre la finalidad de la derogación y los derechos reconocidos en el orden internacional aparece claramente establecido en el artículo 5.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando estipula que las restricciones impuestas no pueden estar “encaminadas a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto”.

De conformidad con los criterios establecidos por la Corte Interamericana, los estados de emergencia tiene como única justificación válida la defensa del sistema democrático, entendiendo por tal aquel que establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana. De esta manera, el Estado de derecho es el marco jurídico de regulación de los estados de emergencia. La única justificación es la defensa del orden democrático, el que a su vez está definido no como un sistema político, sino como un conjunto de valores que se apoya en el conjunto de los derechos humanos. Estado de derecho, democracia y derechos humanos conforman así una unidad que la emergencia no puede romper ni en forma excepcional ni transitoria.

Y así lo ha reiterado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al avalar medidas tendientes a la protección de los derechos de las personas involucradas en una situación de emergencia. La siguiente tesis aislada así lo corrobora:

**CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. ANÁLISIS DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 39, FRACCIÓN I.**

A través de este numeral, se establecen facultades para el Ejecutivo Federal que le autorizan a otorgar facilidades en el pago de contribuciones o, inclusive, a eximir de la obliga-

ción fiscal, cuando se actualicen circunstancias excepcionales de orden social o económico que afecten severamente a la población. En estas situaciones excepcionales, por ende, pueden adoptarse medidas exonerativas o facilitadoras de orden fiscal debidamente justificadas, que contrarresten los efectos negativos que puedan perjudicar de manera crítica al propio fisco, reducir sustancialmente la capacidad contributiva de sus deudores o deprimir determinados sectores de la producción. En relación con estas, debe considerarse que todas aquellas disposiciones encaminadas a afrontar un determinado estado de cosas mediante la adopción de mecanismos o instrumentos extraordinarios para lograr el propósito establecido, deben valorarse tomando en cuenta que las medidas “ordinarias” resultaban insuficientes para afrontar la situación de emergencia. Naturalmente, por tratarse de casos excepcionales y por la necesidad de que el alcance de las medidas guarde congruencia con la causa y finalidad que las anime, el régimen excepcional que sea decretado debe ser justificado y debe ser determinado en condiciones razonables, sustentándose en hechos reales, a fin de que pueda ser examinado por el juzgador en cada oportunidad, mediante la aplicación de un escrutinio constitucional determinado. En tal virtud, apreciando que los decretos que llegue a expedir el Ejecutivo con fundamento en dicho numeral se encaminan a combatir las causas que dieron origen a su emisión –contingencias de orden económico, social, ecológica, etcétera–, es claro que las medidas determinadas deben guardar la debida relación de conexidad con dichas causas y dirigirse a conjurar o evitar la crisis, o bien, a impedir la extensión de sus efectos.<sup>38</sup>

## DECLARATORIAS DE EMERGENCIA

En nuestro país, las declaratorias de emergencia han sido dictadas principalmente por fenómenos de la naturaleza. Y es un tema de la mayor trascendencia, ya que en muchas regiones de nuestro país son constantes los embates de la naturaleza.

Por ejemplo, la contingencia climatológica derivada de la inundación significativa que afectó a los municipios de Hidalgotitlan, José Azueta, Isla, Playa Vicente y Texitepec del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, así como la emergencia provocada por el deslave ocurrido el 4 de noviembre de 2007, que generó un taponamiento del Río Grijalva entre las presas Malpaso y Peñita, en los seis municipios de Tabasco o la emergencia provocada por la ocurrencia de lluvias atípicas los días 1 y 2 de junio de 2008 en 7 municipios del Estado de Chiapas.

En estos casos, se declaró la emergencia en los municipios de Hidalgotitlan, José Azueta, Isla, Playa Vicente y Texitepec del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, en los Municipios de Cárdenas, Centro, Cunduacán, Huimanguillo, Jalpa de

---

38. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Primera Sala, tesis 1a. CXXXIX/2005, t. XXII, noviembre de 2005, p. 36.

Méndez y Nacajuca en el Estado de Tabasco y en el caos del estado de Chiapas se declaró la emergencia en los Municipios de Frontera Hidalgo, Huehuetán, Mazatán, Metapa, Villa Comaltitlán, Suchiate y Unión Juárez del Estado de Chiapas.

Otro ejemplo significativo en esta materia es el Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de abril de 2009, por medio del cual se ordenaron, por parte del presidente de la República, varias medidas de tipo sanitario para proteger a la población del mencionado virus.

Cabe señalar que este decreto violentó diferentes principios y normas internacionales, supranacionales y constitucionales que México está obligado a cumplir.

Violentó, por ejemplo, el principio de temporalidad, en virtud de que el mencionado decreto no señaló la limitación en el tiempo, pues, aunque la amenaza ya había pasado, el decreto seguía vigente.

Existen otras violaciones de tipo constitucional, que excedería el alcance de este trabajo.

## CONCLUSIÓN

El poder de emergencia es muy delicado; es como el poder sobre la vida y la muerte que un general tiene en el campo de batalla, no puede ser malversado. Reposa en la seguridad de que el Estado, creado para realizar el bien común, será el mejor custodio en la emergencia de los bienes supremos de la nación: su identidad y su futuro.<sup>39</sup>

Gracias a la evolución que ha tenido el derecho hasta nuestros días contamos con medios más democráticos para salvar dichas situaciones de emergencia, que, si bien aún no se concretan en un verdadero Estado de derecho, sí podemos afirmar que el poder del Estado está cada vez más acotado por los derechos con los que cuentan hoy los habitantes de esta gran nación.

Uno de estos avances son, sin duda, los instrumentos que nos ofrece hoy el derecho internacional, vigente, operativo y aplicable a las situaciones a las que el derecho interno ha quedado rezagado.

---

39. *Emergencia nacional y derecho administrativo*, p. 10.

## BIBLIOGRAFÍA

- Allona, Cecilia María, “El control judicial de razonabilidad en época de emergencia”, en María Eva Miljiker, coord., *El derecho administrativo de la emergencia*, I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002.
- Citara, Rubén, “La emergencia del estado y sus circunstancias”, en Sebastián D. Alanis, coord., *El derecho administrativo de la emergencia III*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- Crivelli, Julio César, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.
- Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-III, 1999.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Prólogo”, en Leandro Despouy, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM-III, 1999.
- García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.
- García Sayan, Diego, *Estado de emergencia en la región andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987.
- Garza García, César Carlos, *Derecho constitucional mexicano*, México, McGraw Hill, 1997.
- Gelli, María Angélica *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, reimpresión de la 5a. ed.
- “El Estado de derecho en estado de emergencia”, en *La Ley*, Buenos Aires, 12 de octubre de 2001.
- “El estado de derecho a estado de emergencia”, en Ricardo Luis Lorenzetti, dir., *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- Midón, Mario A., *Decreto de necesidad y urgencia en la Constitución nacional y los ordenamientos provisionales*, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- Obrario, Mauricio, “Comentarios sobre el caso ‘Smith, Carlos Antonio’”, en *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, 26 de abril de 2002.
- Opinión Consultiva OC-0/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 22. Se puede consultar en [<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cf>].
- Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, t. I, México, Porrúa, 2000.
- Tomas Liendo, Horacio, *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1990.
- Vega, Juan Carlos, y Marisa Adriana Gram, dirs., *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

Fecha de recepción: 17 de diciembre de 2010

Fecha de aceptación: 22 de enero de 2011

## Los asociaciones público-privadas (APP):\* una opción para contratación administrativa en Latinoamérica

Javier Robalino Orellana\*\*

### RESUMEN

*Las APP son una opción frente a modalidades de contratación administrativa más agresivas como aquellas típicas de la época de las privatizaciones. Las APP conjugan la indispensable colaboración entre el sector público y el privado.*

PALABRAS CLAVE: Administraciones públicas, inversión privada, estado jerárquico, asociaciones público-privadas.

### SUMMARY

APPs constitute an alternative to other modalities of administrative contracts that are more aggressive, such as those that belong to the privatization periods. In this line, APPs conjugate the indispensable collaboration between the public and the private sectors.

KEY WORDS: Public-private associations, Public administrations, private investment, hierarchy state.

FORO

## INTRODUCCIÓN

Latinoamérica se encuentra dividida. Por un lado, encontramos Administraciones Públicas orientadas a una mayor participación privada en la gestión de los servicios públicos, el desarrollo de nuevas infraestructuras, y, en general, la promo-

---

Nota del autor: Agradezco a Mario Navarrete por su apoyo en esta investigación.

\* La mayor parte de la doctrina las denomina *Public Private Partnerships* o PPP.

\*\* Profesor y Director del Área de Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito.

ción de emprendimientos importantes para el desarrollo social. En este grupo de países encontramos a Chile, Perú y Colombia, cuyas Administraciones Públicas se encuentran comprometidas con la promoción de la inversión nacional y extranjera en sectores estratégicos y otros. Incluso, países como Brasil y México, típicamente celosos y protectivos de ciertas áreas, se encuentran promoviendo una mayor participación privada.

Por otro lado, encontramos a otras Administraciones Públicas en proceso de tomar el control de actividades delegadas o concesionadas a la iniciativa privada. En otras palabras, estas Administraciones Públicas han decidido alejarse de un modelo en el cual el sector privado ha tenido un rol más activo. Entre ellas, encontramos los casos de Venezuela, Ecuador, Nicaragua y Argentina. En el último caso, esta reacción a la participación privada en ciertas actividades del Estado puede tener su origen en un cierto fracaso de las privatizaciones ocurridas en la década de 1990. En el caso de Ecuador, la migración a un modelo estatista y nacionalista tiene un claro origen político pendular; se trata sin duda de una reacción al modelo neoliberal implementado en los años 1990.

Es menester que Latinoamérica encuentre un punto medio entre una total privatización de ciertos sectores de la economía, y la consecuente reacción histórica, la nacionalización y estatización de inversiones nacionales y extranjeras y el cierre de un país a nuevos proyectos y fuentes de recursos, estas últimas que suelen producir la evidente consecuencia del freno al crecimiento económico y el empobrecimiento nacional, hasta que un nuevo ciclo de inversión, lustros después, revive la economía nacional.

¿Existe la posibilidad de que Latinoamérica encuentre un equilibrio entre el sector público y el sector privado? Las denominadas Asociaciones Público-Privadas o Proyectos de Participación Público-Privada podrían ser una opción para el desarrollo sostenible de la región.

## BREVE RESEÑA HISTÓRICA

En la década de 1990, Argentina lideró a la región latinoamericana en uno de los procesos más innovadores, y entonces exitoso, mediante el cual se privatizaron decenas de empresas y entidades de propiedad del Estado federal y seccional de Argentina.<sup>1</sup> Entre las privatizaciones más relevantes se cuentan las de las telefónicas, el

---

1. La primera ley de concesiones argentina data de 1967; fue modificada en 1989 para regular proyectos de iniciativa privada. Desde los inicios de 1990, esta forma de contratación ha permitido la construcción de proyectos de servicios sanitarios, puertos, proyectos ferroviarios y más de diez mil kilómetros de carreteras y autopistas. Para

agua potable, Aerolíneas Argentinas e YPF. Asimismo, se fomentaron muchos procesos de concesión de actividades estatales, como fueron la exploración de hidrocarburos, el transporte de gas, entre otras. Cabe mencionar que la privatización, entendida como la transferencia de un activo del sector público al privado, no es lo mismo que la concesión, pues en esta última solo se autoriza la realización de una actividad del Estado por parte de un privado. Sin embargo, en ambos casos, existe una participación del sector privado en una actividad que antes la realizaba el Estado o que es reservada al Estado.

Con un poco de retraso frente a Argentina, Ecuador comenzó procesos encaminados a delegar a la iniciativa privada una mayor participación en ciertos sectores del accionar estatal. Así, en 1992, el presidente Durán Ballén expidió varias normas que permitían tanto la privatización como la concesión de ciertas áreas al sector privado.<sup>2</sup> Estas reformas no llegan a cuajar en cuanto a las privatizaciones, en las que el Ecuador realiza poquísimos ejercicios.<sup>3</sup> Sin embargo, en materia de concesiones, el Ecuador logra incentivar la inversión privada en varios proyectos de relevancia nacional, los cuales se proyectan hasta la década siguiente.<sup>4</sup>

A diferencia de Argentina y Ecuador, Colombia decide promover categóricamente y atraer la inversión privada en áreas reservadas al Estado a partir del primer mandato del presidente Uribe en el año 2002. Colombia desarrolla importantes reformas encaminadas a promover la inversión en áreas tales como el petróleo y la minería. Asimismo, promueve la desinversión estatal en ciertas empresas públicas como aquellas de distribución de derivados y telecomunicaciones: Terpel e ISSA son dos ejemplos relevantes. Hasta la fecha, Colombia continúa desarrollando exitosos programas de atracción de inversión privada. En la misma línea de Colombia se encuentra el Perú, que espera recibir importantes montos de inversión privada en proyectos de electricidad, gas, petróleo y vialidad.

Sea por una crisis económica como la Argentina, o por el mayor incremento de un determinado *commodity* como sucedió con el petróleo ecuatoriano,<sup>5</sup> o por razones

---

más información sobre este tema, ver el reporte de la Unidad de Inteligencia Económica: ¿Sociedades para el Progreso? Evaluando el ambiente para proyectos público-privados en Latinoamérica y el Caribe, disponible en: [<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2195791>].

2. Ley de Modernización, Privatización y Prestación de Servicios por la Iniciativa Privada, R.O. No. 349, publicada el 31 de diciembre de 1996. Luego se expiden otras normas tales como la Ley de Telecomunicaciones, Ley de Régimen del Sector Eléctrico, reformas a la Ley de Hidrocarburos, entre otras.
3. En el Ecuador se privatizó solo Ecuatoriana de Aviación, Cemento Nacional, entre otras pocas entidades. Ni las empresas eléctricas ni la petrolera del Estado llegaron a ser privatizadas.
4. Así, pues, en el Ecuador se desarrollan varios proyectos de vialidad, aeropuertos, puertos, generación de electricidad, oleoductos, y prospección petrolera.
5. El Ecuador expidió la Ley No. 42-2006 orientada a obtener mayor réditos de la actividad petrolera. Ley No. 42, R.O. 257 del 25 de abril de 2006.

políticas como aquellas vistas en Bolivia y Venezuela,<sup>6</sup> es previsible que las Administraciones Públicas latinoamericanas y mundiales sigan oscilando entre mayor y menor participación privada en la gestión de ciertas actividades. Tales oscilaciones podrían ser perniciosas para el desarrollo sostenido y sustentable de estos países en tanto en cuanto los gobiernos de turno requieran acceder a extremos, en un afán de desconocer el pasado reciente como consecuencia de una oferta política.

## ORIGEN DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Tradicionalmente se ha construido una distinción marcada entre la sociedad civil y la Administración Pública, arrojando como resultado la dicotomía público-privada.

Para Max Weber y Robert Dahl, una clara diferenciación de los roles del gobierno y del gobernado es necesaria; esta distinción subyace la concepción racional weberiana de un Estado jerárquico: “[E]l aparato burocrático del estado está encargado de la completa despersonalización en la administración del gobierno, y esto solo se puede lograr a través de una sistematización racional de la ley que permita distinguir claramente entre lo público y lo privado”.<sup>7</sup>

Bajo esta concepción, el Estado únicamente gobierna la sociedad civil, mas no requiere de su colaboración para gobernar. Como se puede observar, la teoría política ha erigido una distinción absoluta entre lo público y lo privado como respuesta a los sistemas de gobierno personalistas en los que se asociaba indeleblemente a la cosa pública con un individuo omnipotente.

Bajo este concepto de jerarquía, los gobiernos asignan recursos mediante expresiones de voluntad vinculantes como actos legislativos y sentencias. El gobierno dicta regulaciones, impone multas y recauda tributos. Los mercados, por el contrario, asignan recursos a través de decisiones individuales que no obedecen a una planificación previa dictada por un órgano supremo; así, los mercados reflejan un orden privado de asignación de bienes, servicios y riqueza, que se opone diametralmente a un sistema público.<sup>8</sup>

Son los economistas institucionales<sup>9</sup> quienes estudian los mecanismos usados para coordinar, controlar, asignar recursos y, consecuentemente, determinar los resul-

---

6. Por ejemplo, el Decreto de Nacionalización del Gas de 2006 o las nacionalizaciones en Venezuela de sectores estratégicos y no estratégicos. Véase además el caso de la Ley No. 42 de Ecuador.

7. Traducción libre de Max Weber, citado por Gregory Shaffer, en *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Washington D.C., 2003.

8. Oliver Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

9. Para más información sobre esta teoría económica, ver: Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, CUP, 2002.

tados económicos; esta corriente estudia distintos sistemas de gobernabilidad, opuestos al concepto de gobierno.<sup>10</sup> Oliver Williamson, premio Nobel de Economía, ha cifrado sus esfuerzos académicos en el análisis económico de diferentes modelos de gobierno aplicados a la gestión empresarial; los conceptos básicos que subyacen sus teorías pueden ser aplicados a la economía política en general.<sup>11</sup>

Las asociaciones público-privadas representan un tercer tipo de gobernanza, en ella se complementan la jerarquización pública y el orden privado de asignación de bienes a través de redes de colaboración. Estas asociaciones juntan a los actores públicos y privados para abordar cuestiones de política pública y lograr un modelo de organización ecuánime.<sup>12</sup>

En un mundo cada vez más complejo, los estados prefieren delegar funciones tradicionalmente públicas al sector privado. Los gobiernos pretenden, según teóricos políticos modernos, organizarse a sí mismos a través de redes interorganizacionales que suman los esfuerzos públicos y privados;<sup>13</sup> parece que el rol de los gobiernos se ha trastocado, en Occidente han dejado de ser los productores de bienes y los proveedores de servicios y se han transformado en los supervisores de quienes hacen el trabajo.<sup>14</sup>

La idea de que las funciones públicas están gobernadas por diferentes combinaciones de actores públicos y privados no es completamente nueva como sugieren algunos académicos. La fina línea divisoria entre lo público y lo privado ha sido estudiada por el realismo legal;<sup>15</sup> sin embargo, ha adquirido singular relevancia en un mundo moderno, complejo, con sociedades que deben adaptarse a cambios demográficos y tecnológicos. Estas redes de interacción y colaboración público-privada se establecen, en gran medida, por la interdependencia de recursos. Ningún actor posee todo el conocimiento y la información requerida para afrontar problemas complejos.<sup>16</sup>

---

10. Desafortunadamente, ni las voces autorizadas en lingüística han logrado llegar a un consenso alrededor de la traducción de la palabra *governance*. Este término, que procede del francés antiguo *gouvernance*, fue adoptado por los franceses hace pocos años, cuando detectaron y estudiaron este problema; una solución que ahora muy pocos discuten. *Gouvernance* era hasta hace bien poco una palabra francesa tan en desuso como su equivalente *gobernanza* en castellano. En este ensayo se utilizarán *gobernanza* y *governabilidad* como sinónimos.

11. Ver, por ejemplo, Oliver Williamson, *Economic Organization: Firms, Markets, and Policy Control*, New York, New York University Press, 1989.

12. Gregory Shaffer, *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Washington D.C., 2003.

13. Rod Rhodes, Sarah A. Binder, Bert A. Rockman, eds., *The Oxford Handbook of Political Sciences*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

14. Donald Kettl, *Sharing Power: Public Governance and Private Markets*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1993.

15. Gregory Shaffer, *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*.

16. Jan Kooimna, "Activation in Governance", en Henrik Bang, edit., *Governance as Social and Political Communication*, Reino Unido, Manchester University Press, 2003.

Donde Weber vio organizaciones burocráticas solventes y experimentadas ejerciendo el control, los teóricos modernos ven a un número cada vez mayor de organizaciones estatales dependiendo de entidades privadas para adquirir conocimientos e implementarlos efectivamente a la hora de gobernar.<sup>17</sup> Sin embargo, en un nivel internacional, las organizaciones internacionales y los representantes gubernamentales retienen recursos legales fundamentales, por lo que siguen siendo los participantes más importantes en las redes y relaciones en comento.

## **NATURALEZA DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA**

La asociación público privada es, como su nombre lo indica, una asociación, es decir, la conjunción de capitales públicos y privados para el desarrollo de un fin común. En este sentido, la asociación público privada no es ni una privatización exclusivamente ni tampoco una concesión.

La asociación público privada es la creación de un vehículo o de un proyecto, en conjunto, entre un órgano público y un sujeto privado, mediante aportes mutuamente acordados.

Los aportes que las partes realizan a la asociación pueden ser variados. Por ejemplo por vía de capitalización, emisión de valores, titularización, “know how”, “good will”, y otras formas de intangibles, en cuyo caso el esfuerzo de valoración de las mismas es indispensable para alcanzar un equilibrio financiero en la ecuación contractual.

## **BENEFICIOS DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA**

La Asociación Público Privada presenta varios beneficios relevantes. A continuación se expresan varios de ellos.

- Permite promover la coordinación y gestión conjunta de proyectos entre el sector privado y el público.
- Fomenta la compatibilización de intereses de los sectores públicos y privados.
- Permite la coexistencia de las fortalezas de los sectores público y privado.
- Fomenta la sostenibilidad de los proyectos, evitando reacciones extremas a favor o en contra del sector privado o del sector público.

---

17. Gregory Shaffer, *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*.

## LIMITACIONES DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Entre las principales limitaciones que observamos para el fomento y desarrollo de la asociación público privada como un medio sostenible de interacción de los sectores público y privado en un país se encuentran los siguientes:

- Falta de voluntad política.
- Ausencia de potestad para el desarrollo de la asociación público privada.
- Falta de seguridad jurídica.
- Rechazo a mecanismos mercantiles de asociación y financiamiento, o con la misma moneda, rechazo a mecanismos públicos de asociación, considerando que una APP requiere la combinación equilibrada del derecho público y del derecho privado.

## POSIBLES ESTRUCTURAS DE UNA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA: LA EXPERIENCIA DE EUROPA CENTRAL Y EUROPA DEL ESTE

En los grandes proyectos de infraestructura se pueden diferenciar, principalmente, las siguientes fases:<sup>18</sup> financiación, diseño, construcción, operación, mantenimiento y administración. Por supuesto, existen otras etapas contractuales y de ejecución menores, pero, para los fines demostrativos que pretendemos, baste mencionar las que señalamos.

Cada etapa puede ser realizada por el gobierno o entregada a uno o varios actores privados. En Estados Unidos, el Consejo Nacional para la Asociación Público Privada, a base de un informe elaborado por la Oficina General de Contabilidad de ese país, distingue trece posibles configuraciones contractuales.

En Europa, las modalidades más utilizadas son:

- **Operación y Administración (O&A):** Un socio público –ya sea un Estado federal o un gobierno local– contrata con un socio privado para proveer o mantener un servicio específico. Bajo esta modalidad contractual, el socio público

---

18. Para más información sobre este punto véase *Public-Private Partnerships: Terms Related to Building and Facility Partnerships*, United States General Accounting Office, abril 1999, disponible en: [<http://www.gao.gov/special.pubs/Gg99071.pdf>]; o el estudio encargado por la Comisión de Mercado Interno y Protección al Consumidor del Parlamento Europeo: *Public-Private Partnerships: Models and Trends in the European Union*, febrero 2006, disponible en: [[http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0602\\_ppp\\_briefingnote\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0602_ppp_briefingnote_en.pdf)].

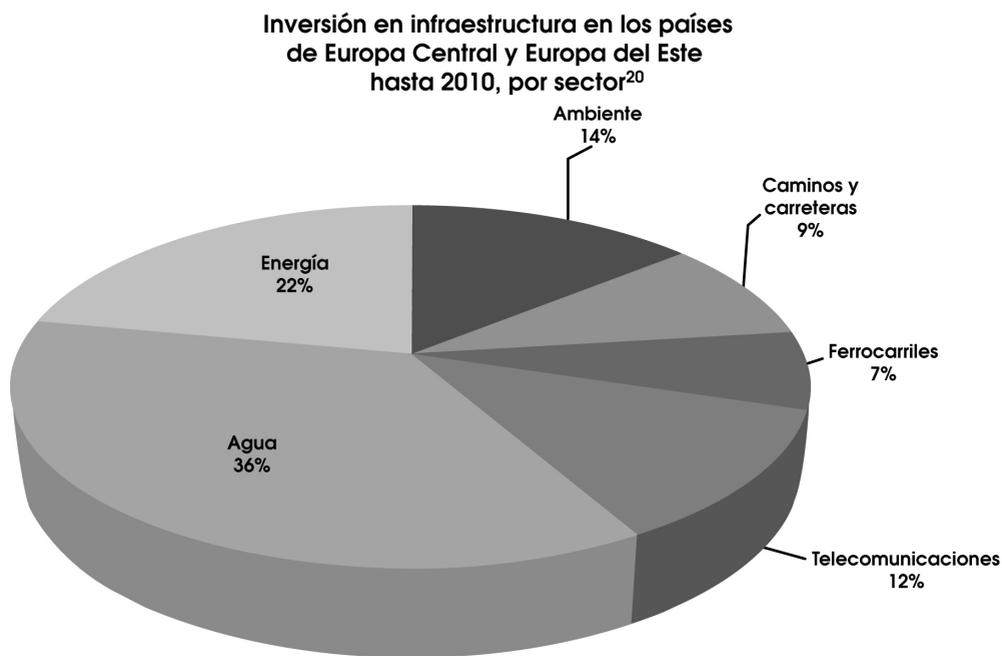
mantiene el dominio de la instalación, mientras que la administración depende exclusivamente del socio privado. El sector privado es pagado a partir de una renta fija o en un sistema de premios e incentivos vinculados con el logro de metas preestablecidas.

Esta modalidad permite una mejora sustancial en el servicio y la inversión en desarrollo tecnológico porque, como es obvio, el socio privado siempre intentará reducir costos de operación siendo más eficiente.

- **Diseño y Construcción (D&C):** Un socio privado construye y diseña un proyecto para una agencia pública. Este tipo de asociación permite un ahorro sustancial de tiempo, dinero, permitiendo al mismo tiempo localizar una mayor cantidad del riesgo en el sector privado. El socio público es dueño de los activos y es responsable de la operación y el mantenimiento.
- **Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación, Mantenimiento y Transferencia (DCFOMT):** En esta forma de contratación, el socio privado se encarga de todas las fases del proyecto y mantiene el dominio del bien hasta la finalización del contrato, momento en el que es transferida al estado. Esta modalidad no es utilizada muy frecuentemente en los Estados Unidos; se considera que entregar todas las fases a un solo contratista desprovee de sentido las asociaciones público-privadas porque no permite la participación de varios actores especializados, sino tan solo el trabajo de una empresa o compañía.
- **Desarrollo y Financiamiento (D&F):** El socio privado financia la construcción o expansión de las instalaciones a cambio de que se le permita construir locales comerciales, y/o instalaciones industriales en el lugar. El contratista privado contribuye con el capital y, si se pacta, podría incluso operar las instalaciones bajo la tutela del gobierno.
- **Arrendamiento exento de impuestos:** Un socio público financia la construcción de instalaciones públicas mediante un préstamo realizado a instituciones financieras privadas. Generalmente, el socio privado adquiere el dominio del bien, pero luego lo transfiere al socio público. La parte del dinero destinada a pagar el arrendamiento está exenta de impuestos.
- **Llave en mano:** Es un modelo integrado de asociación en el que la parte privada tiene la responsabilidad de diseñar, construir y operar las instalaciones. La combinación de estas diferentes responsabilidades bajo un ente único permite mejorar la eficiencia y libera al gobierno de gastos por mantenimiento, que generalmente son sustanciales. En este modelo, el riesgo recae sobre la parte privada; sin embargo, el privado generalmente renuncia al control en importantes fases del ciclo de vida de las instalaciones en vista de que el dominio de ellas generalmente queda en manos de la parte pública.

Los países de Europa Central y de Europa del Este requieren de una inversión sustancial para alcanzar los niveles de desarrollo de Europa occidental;<sup>19</sup> por esto, están experimentando niveles sin precedentes de inversión en proyectos diseñados para modernizar su infraestructura pública y social; la Unión Europea y, específicamente, los bancos que financiaran este inmenso proyecto han elegido asociaciones público-privadas como la alternativa principal de contratación por el conocimiento y experiencia que el sector privado puede aportar además de la eficiente implementación de los proyectos con cargas presupuestarias reducidas.

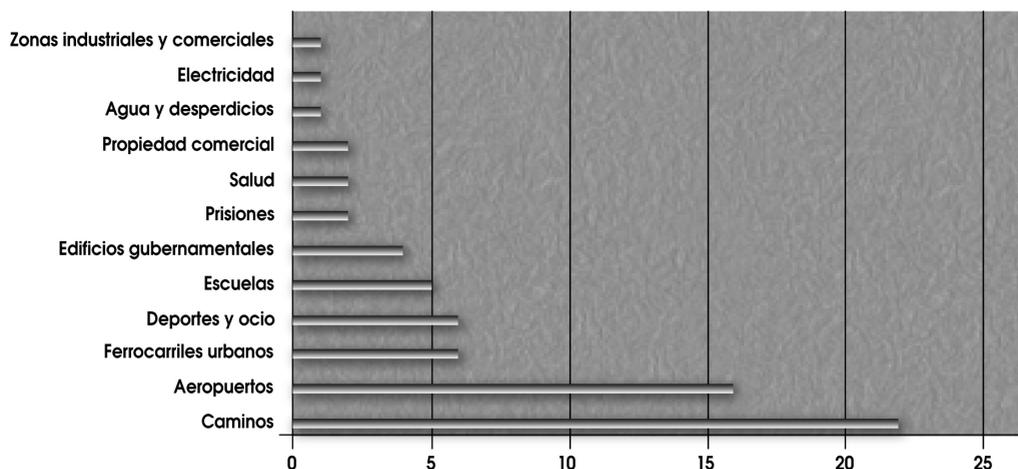
Se calcula que existen alrededor de quinientos billones de euros para trabajar en los proyectos que intentan elevar la calidad los servicios de los países de Europa Central, que se están dividiendo de la siguiente manera:



19. PricewaterhouseCoopers realizó una importante investigación sobre los proyectos de infraestructura que utilizarán alguna forma de asociación público privada en Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y Ucrania. El documento está disponible en: [<http://www.pwc.com/gx/en/engineering-construction/new-europe-infrastructure>].

20. Los datos de este y gráfico fueron obtenidos de cálculos realizados por el Banco Europeo de Inversión en 2005, sobre las necesidades de los nuevos miembros de la Unión Europea, 1995-2010.

### Oportunidades de desarrollo de infraestructura por sector<sup>21</sup>



De cualquier manera, para que este ambicioso proyecto tenga éxito, sería recomendable –y no solamente para los países europeos– la creación de legislación específica que gobierne las asociaciones público-privadas y la creación de concejos que se especialicen en este tipo de contratación para que puedan aportar con experiencia y asesoramiento legal y financiero.

## CONCLUSIONES

Latinoamérica, en particular los países que han optado por una posición pendular y reactiva a la libre empresa, deben optar por las APP, como una opción para el desarrollo conjunto de proyectos, en los cuales se conjuguen los intereses de los sectores públicos y privados, de una manera equilibrada.

Asimismo, Latinoamérica debe optar por las APP como una forma de asociación virtuosa orientada a reducir la carga política que en un momento tuvieron las privatizaciones, las delegaciones a la iniciativa privada, y ciertas formas de concesiones, las que en el mediano plazo han sido percibidas como expresiones liberales de la ges-

21. Los datos fueron obtenidos del documento *Delivering the PPP promise:*

*A review of PPP issues and activity*, preparado por la PricewaterhouseCoopers, disponible en [[http://www.pwc.com/da\\_DK/dk/publikationer/assets/updated\\_promise\\_report.pdf](http://www.pwc.com/da_DK/dk/publikationer/assets/updated_promise_report.pdf)].

ción de ciertas actividades o sectores, en particular aquellos estratégicos. Las APP sin duda reducen el costo político asociado a la *pérdida de soberanía o propiedad de los recursos del Estado*.

Las APP son formas adecuadas de estructuración de proyectos que se pueden adaptar a formas comerciales o privadas de financiamiento o captación de fondos, como son aquellas aplicables a los créditos multilaterales para el sector privado (*i.e.* IFC, del Banco Mundial, por sus siglas en inglés), o puede ser la titularización o la emisión de obligaciones, las que no son viables, de manera general, al sector público.

Si bien las APP se están aplicando, se lo hace, en la mayoría de países como variaciones de la contratación administrativa tradicional o como expresiones mutantes del derecho de las privatizaciones. Es menester dar a estas formas de contratación un contenido específico, para lo cual algunos países latinoamericanos deberán emprender reformas al respecto.

## BIBLIOGRAFÍA

- Akintoye, Akintola, Mathias Beck y Cliff Hardcastle, *Private Public Partnerships. Managing risks and opportunities*, Oxford, Blackwell Publishing Company, 2003. [[http://books.google.com.ec/books?id=InW1roxDfi4C&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs\\_similarbooks\\_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=InW1roxDfi4C&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs_similarbooks_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false)].
- Bult-Spiering, Mirjam, *Strategic Issues in Public-Private Partnerships. An International Perspective*, Oxford, Blackwell Publishing Company, 2006. [[http://books.google.com.ec/books?id=dzqSpVSBBC\\_oC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs\\_similarbooks\\_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=dzqSpVSBBC_oC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs_similarbooks_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false)].
- Geddes, Michael, *Making Public Private Partnership Work*, USA, Cower Publishing Company, Burlington, 2005. [[http://books.google.com.ec/books?id=ZCs4EFQb3qsC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs\\_similarbooks\\_s&cad=1#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=ZCs4EFQb3qsC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs_similarbooks_s&cad=1#v=onepage&q&f=false)].
- Grimsey, Darrin, y Mervin Lewis, *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2007. [<http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=FGAIdvk7lcgC&oi=fnd&pg=PR6&dq=Public+Private+Partnership+case+law&ots=ly-JKSU2-p&sig=03LY6VebYuhA6bRfsky5Esc4rPg#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false>].
- Hodge, Graeme, y Carsten Greve, *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, USA, Edward Elgar Publishing Limited, 2005. [[http://books.google.com.ec/books?id=pKAvNQmpXkUC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs\\_similarbooks\\_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=pKAvNQmpXkUC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs_similarbooks_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false)].

- Marin, Philippe, *Public Private Partnership for Urban Water Utilities: Review of Experiences in Developing Countries*, Washington D.C., The World Bank, 2009. [<http://books.google.com.ec/books?id=D7YsorFRVLkC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>].
- Osborne, Stephen, *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, England, Routledge, 2000. [<http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=Hx10MFJCHogC&oi=fnd&pg=PR13&dq=Public+Private+Partnership+case+law&ots=oAhCC15wvj&sig=w2WcmMTJnr7AZpdJQLkHptRoasA#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false>].
- Warner, Michael, y Rory Sullivan, *Putting Partnerships to Work Strategic Alliances for Development Between Government, the Private Sector and Civil Society*, UK, Greenleaf Publishing Limited, 2004. [[http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=UOYFHXQQOoC&oi=fnd&pg=PA8&dq=public+private+partnerships+in+venezuela&ots=CeeSn\\_id4Y&sig=IaSxonZ5AW5kncPgDlwRDav3pII#v=onepage&q=public%20private%20partnerships%20in%20venezuela&f=false](http://books.google.com.ec/books?hl=es&lr=&id=UOYFHXQQOoC&oi=fnd&pg=PA8&dq=public+private+partnerships+in+venezuela&ots=CeeSn_id4Y&sig=IaSxonZ5AW5kncPgDlwRDav3pII#v=onepage&q=public%20private%20partnerships%20in%20venezuela&f=false)].
- Yescombe, E.R., *Public-Private Partnerships, Principles of Policy and Finance*, Gran Bretaña, Elsevier Ltd., 2007. [[http://books.google.com.ec/books?id=fyHWtz7OepsC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs\\_similarbooks\\_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=fyHWtz7OepsC&printsec=frontcover&dq=Public+Private+Partnership+case+law&lr=&source=gbs_similarbooks_s&cad=1#v=onepage&q=Public%20Private%20Partnership%20case%20law&f=false)].

Fecha de recepción: 10 de enero de 2011  
Fecha de aceptación: 26 de febrero de 2011

## Democracia, motín y función policial

Daniel Márquez\*

### RESUMEN

En este artículo se tratará de determinar si la historia que se vivió en el Ecuador el 30 de septiembre de 2010 puede considerarse como "motín", "un intento de golpe de Estado" o una "propuesta laboral".

Por otro lado se habla sobre la democracia, referida a la participación activa del ciudadano, como también de las instituciones públicas y privadas que deben encontrarse en estricto apego a los derechos fundamentales. En virtud de la antes mencionada democracia, se consigue el "orden público", en el que la función policial es de gran importancia, debido a que ella tiene la misión de buscar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos.

PALABRAS CLAVE: Motín; golpe de Estado; propuesta laboral; función policial, democracia.

### SUMMARY

The purpose of the article is to determine if the events occurred in Ecuador on September 30, 2010, may be considered as a "riot", an "attempt of *coup d'état*" or as a "labor claim".

The article analyzes democracy, referred as the active participation of citizens as well as of both public and private institutions, in strict observance of the fundamental rights. It concludes that public order is achieved as consequence of the above mentioned democracy, and in this context it deduces that the function of police institutions is of great importance, as they have the mission of attaining the necessary conditions for the full exercise of civil rights.

KEY WORDS: Riot, *coup d'état*, labor claim, police functions, democracy.

FORO

---

\* Licenciado, maestro y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es pasante de la licenciatura en filosofía.

## INTRODUCCIÓN

Los recientes hechos del 30 de septiembre de 2010 en Ecuador mostraron una cara interesante de las disfunciones en la actividad policial: fuimos testigos de cómo unos agentes de policía que reclamaban prestaciones laborales repentinamente entraron en un estado de fractura de la institucionalidad al agredir al Presidente de esa nación y retenerlo sin su consentimiento en un hospital.

La historia del “motín” de un sector de la policía ecuatoriana es simple; sin embargo, sus motivos intrínsecos tienen cierto grado de complejidad hermenéutica.

Como lo destaca Ralf Dahrendorf, dondequiera que los hombres viven juntos y sientan las bases de la organización social, hay puestos cuyos ocupantes tienen poderes de mando en ciertas circunstancias y sobre ciertos puestos, y hay otros puestos cuyos ocupantes están sometidos a aquellos mandos.<sup>1</sup>

Aunque posiblemente esa afirmación no podría predicarse de toda clase de organizaciones sociales, es evidente que sí está presente en algunas de ellas, en particular, en los cuerpos militares y de policía. En esas organizaciones excesivamente jerárquicas encontramos de manera concreta la idea de autoridad. Por esta entendemos el poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho; una potestad, facultad o legitimidad; el prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia; también se relaciona con la persona que ejerce o posee cualquier clase de autoridad.<sup>2</sup>

En este contexto: a) la palabra autoridad denota una relación de supra a subordinación; b) el factor supraordinado prescribe al subordinado cierta conducta en forma de una orden o de una prohibición; c) el factor supraordinado tiene el derecho de hacer tales prescripciones; la autoridad es una relación legítima de supra y subordinación. La autoridad se basa en una expectativa asociada a una posición social; d) el derecho de autoridad se limita a ciertos contenidos y a personas específicas; y e) la inobediencia a las prescripciones es sancionada; un sistema de leyes (o un sistema de costumbres cuasi-legales) protege la efectividad de la autoridad.<sup>3</sup>

En otro orden de ideas, la palabra motín proviene del francés *mutin* que significa insumiso, rebelde. Se refiere a un movimiento desordenado de una muchedumbre, por

- 
1. Ralf Dahrendorf, “Hacia una teoría del conflicto social”, en Amitai Etzioni y Eva Etzioni, comps., *Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 1a. ed. en esp., 1a. reimp., p. 103.
  2. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; consultado el 2 de diciembre de 2010.
  3. Amitai Etzioni y Eva Etzioni, comps., *Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 1a. ed. en esp., 1a. reimp., p. 103.

lo común contra la autoridad constituida;<sup>4</sup> por último, se entiende por un movimiento desordenado de una muchedumbre, por lo común contra la autoridad constituida.

¿Qué sucedió en Ecuador entre el 29 y 30 de septiembre de 2010? ¿Se puede estimar la acción de protesta policial como motín? Vayamos a los hechos. El miércoles 29 de septiembre de 2010 a las 19:42 horas, el Pleno de la Asamblea Nacional de Ecuador ratificó el texto original de 14 artículos de la Ley de Servicio Público que fueron objetados parcialmente por el Ejecutivo.<sup>5</sup>

Al día siguiente, a las 07:30 horas, aproximadamente 500 miembros de la Policía tomaron el Regimiento Quito 1, central de la Policía en la ciudad de Quito, capital del Ecuador. Los policías señalaban que su acción era para reclamar que la Ley Orgánica de Servicio Público, aprobada en la noche anterior por la Asamblea Nacional, les recortaba beneficios económicos.

También se destaca que a las 09:00 horas algunos sectores de las Fuerzas Armadas realizaban acciones de apoyo a la medida de los miembros de la Policía en las calles de Quito.

A las 09:40 horas de ese día, el presidente Rafael Correa acudió al Regimiento Quito 1, donde dio un improvisado discurso desde una ventana del Regimiento dirigido a los policías insubordinados, se quitó la corbata y se abrió la camisa para mostrar que no llevaba protección antibalas, y dijo que no daría marcha atrás en la Ley de Servicio Público. No pudo dialogar con los insubordinados y señaló que si lo quieren matar, que

---

4. Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consulta del 2 de diciembre de 2010.

5. Sitio electrónico de la Asamblea Nacional de Ecuador, donde se encuentra el detalle del tema. Visible en: [<http://www.asambleanacional.gov.ec/201009304371/noticias/boletines/pleno-ratifico-el-texto-original-de-14-articulos-de-la-ley-de-servicio-publico-que-fueron-objetados-parcialmente.html>], consultada el 22 de noviembre de 2010. Se trata de los arts. 4, 7, 22, 25, 31, 33 (incisos 3o. y 4o.), 48, 83, 89, 130, 134, 135, Disposición General Vigésimo Primera y Disposición Transitoria Décima. Las normas establecen: El art. 4 se refiere a que las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán amparados por el Código del Trabajo. Se ratificó el texto del art. 7, respecto de las responsabilidades y sanciones por nepotismo, así como el art. 22, en torno a los deberes de las servidoras y servidores públicos. Los arts. 25, que se refiere a las legales de trabajo (ordinaria y especial), las especiales con duración menor, para el caso de servidores que ejecuten trabajos peligrosos, en ambientes insalubres u horarios nocturnos y aquellas instituciones que en forma justificada requieran que sus servidores laboren en diferentes horarios a las jornadas ordinarias; 31 y 33, que se refieren a las comisiones de servicio sin remuneración y a los permisos, respectivamente. En el caso del art. 48, el texto ratificado prevé las causales de destitución. El art. 83, establece quiénes están excluidos de la carrera del servicio público. El art. 89, también ratificado, determina que los servidores públicos de carrera, además de los derechos contemplados en el art. 23 de esta ley, gozarán de las siguientes garantías adicionales: a) Estabilidad en sus puestos de trabajo, y, b) Derecho preferente a que, en caso de supresión de su actual puesto, sea trasladado a puestos vacantes de naturaleza similar. Los arts. 130, 134 y 135 se refieren a las normas técnicas para la certificación de calidad de servicio, que serán emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales; el incumplimiento de las resoluciones del Ministerio del ramo; y los beneficiarios y las pensiones, esta última relativa a la pensión vitalicia mensual equivalente al setenta y cinco por ciento de la remuneración vigente a favor de los expresidentes y exvicepresidentes constitucionales de la República que sean elegidos por votación popular y se hayan posesionado en el cargo, se exceptúan los mandatarios a quienes se les revoque el mandato.

lo maten, pero que no daría “ni un paso atrás”. Al intentar retirarse del Regimiento en medio de la turba, Rafael Correa fue agredido: recibió baldazos de agua y fue empujado, su escolta disparó bombas lacrimógenas para facilitar la evacuación del Presidente.

Se traslada al presidente Rafael Correa al Hospital de la Policía, contiguo al Regimiento, debido a una reciente operación en su rodilla derecha en la cual se le realizó un implante. Es atendido médicamente, sin embargo una vez recuperado se le informa que no se le permitirá salir del hospital hasta no derogar la Ley de Servicio Público.

En este contexto, a las 10:05 horas, policías y militares toman la pista del Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, impidiendo salidas y llegadas de vuelos nacionales e internacionales. Más tarde, a las 10:24 horas se afirma que algunos miembros de la Policía Nacional habían secuestrado al Primer Mandatario del Ecuador. A las 11:00 horas Ecuador está desprotegido. Bancos, tiendas, centros comerciales y otros cierran y se declara la suspensión de clases hasta nueva orden. El caos inicia en la ciudad.

Así, a las 11:30 horas inician las primeras manifestaciones a favor del mandatario Correa en diversos lugares de la capital del país. A las 12:30, a través de una declaración telefónica, el presidente Rafael Correa habla de un intento de “golpe de Estado” y acusa al expresidente del Ecuador y exgeneral del Ejército, Lucio Gutiérrez, de estar tras la insubordinación policial y denuncia que hay policías violentos que intentan ingresar en la habitación del hospital en donde se encuentra recluido.

A las 13:00 horas se inicia una movilización ciudadana hacia los exteriores del Hospital de la Policía Nacional donde se encuentra secuestrado el Presidente para rescatarlo. Acuden ciudadanos desarmados, miembros del gabinete presidencial, autoridades del Estado, servidores públicos, etc.; sin embargo, la policía reprime con bombas lacrimógenas a la población civil que intenta durante horas llegar hasta las puertas del hospital.

A las 13:30 horas el secretario jurídico de la Presidencia de la República solicita en conferencia de medios que las Fuerzas Armadas tomen el control de la situación y de la seguridad del presidente Rafael Correa. A esa misma hora, en el Regimiento Quito 1, el policía Florencio Ruiz, acompañado por generales de la Policía de Ecuador, llamó a sus compañeros a deponer su actitud confiando “en la sensibilidad del señor presidente” Rafael Correa. Se aclaró que la acción de los policías no es política ni contra Correa o su gobierno y advirtió que “hay partidos que se podrían aprovechar de ella”; además, leyó una solicitud para que se mantengan bonificaciones y condecoraciones eliminadas por la Ley de Servicio Civil, de iniciativa oficial, y que no se modifique la seguridad social policial ni su cesantía, que deberá ser pagada en efectivo y no en bonos.<sup>6</sup>

---

6. *El Universal* de Caracas, nota: Policía de Ecuador afirma que motín no es contra Correa, nota del 30 de septiembre de 2010, visible en: [[http://www.eluniversal.com/2010/09/30/int\\_ava\\_policia-de-ecuador-a\\_30A4542931.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/09/30/int_ava_policia-de-ecuador-a_30A4542931.shtml)],

Sin embargo, a las 13:50 horas se decreta Estado de Excepción en todo el territorio ecuatoriano por un lapso de 5 días. Ese mismo 30 de septiembre de 2010, pero a las 13:55 horas, el presidente ecuatoriano Rafael Correa acusó a la Asamblea de su país de conspirar para dar golpe de Estado. Además, el gobierno había anunciado horas antes que el Presidente consideraba la posibilidad de disolver la Asamblea y llamar a elecciones generales anticipadas, luego de que su bloque legislativo rechazara parcialmente la ley en cuestión.<sup>7</sup>

En este contexto, a las 14:30 horas el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, en conferencia de medios, exhortaron a la Policía Nacional a deponer la actitud de ciertos elementos de la Policía y de las Fuerzas Armadas, llamándolos a la cordura y a resolver el conflicto mediante el diálogo.

Por lo anterior, a las 17:30 horas la cúpula militar y el Ministro de Defensa llegan al aeropuerto de Quito para dialogar con la tropa. Como resultado de lo anterior, a las 19:40 se abren definitivamente las actividades del aeropuerto.

A las 21:00 horas se inicia un operativo con 700 miembros de las Fuerzas Armadas para sacar al Presidente de la República del Hospital de la Policía, en medio de fuego cruzado murió un miembro de un grupo especial de la Policía que resguardaba el vehículo en el cual estaba siendo trasladado el Mandatario.

Como se advierte, los eventos no son claros, la posición de los elementos policíacos se podría interpretar como una “simple protesta laboral”, que ni siquiera se podía estimar como motín; sin embargo, da la impresión de que un inadecuado manejo de la crisis llevó a su escalamiento y, como consecuencia, a los eventos que conocemos.

Sin embargo, al científico social le corresponde analizar hechos y no realizar afirmaciones sin sustento, así, sin entrar en la especulación de si efectivamente se trató de un “motín” o de un “intento de golpe de Estado”, a nosotros nos interesa clarificar de qué manera la Constitución protege los derechos de las fuerzas policiales en casos de este tipo y su compatibilidad con sus deberes y obligaciones institucionales.

Así, en la presente indagación nos ocuparemos de responder la siguiente pregunta: ¿Las características de la función policial en un Estado democrático, en concreto los derechos y obligaciones que se asignan a quienes ejercen la función policial, y la

---

consultada el 24 de septiembre de 2010. Para una narración detallada de los hechos véase la Boletines Oficiales motín policial en Ecuador del 30 de septiembre de 2010 “El día en que fue una odisea llegar hasta el presidente Correa”, publicado el jueves 4 de noviembre de 2010 a las 10:28 horas, entrevista de José Hernández, subdirector regional Quito de diario *Expreso* al ministro del Interior Gustavo Jalkh, visible en: [[http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=838%3Ael-dia-en-que-fue-una-odisea-llegar-hasta-el-presidente-correa&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es](http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=838%3Ael-dia-en-que-fue-una-odisea-llegar-hasta-el-presidente-correa&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es)], consultada el 22 de noviembre de 2010.

7. Nota de Felipe Delgado de Agencia AFP, visible en: [<http://www.radiobiobio.cl/2010/09/30/rafael-correa-denuncia-que-manifestantes-intentan-ingresar-a-su-habitacion-en-hospital/>], consultada el 22 de noviembre de 2010.

supuesta búsqueda de reivindicaciones laborales, justifican una protesta? ¿Una insubordinación policial fractura gravemente la institucionalidad de un país?

Consideramos que la respuesta a estas preguntas puede dar luz a un debate que se inició en México a partir de dos reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 8 de marzo de 1999 y 18 de junio de 2008, respectivamente, en la primera se establece que militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del ministerio público y miembros de las instituciones policiales se registrarán por sus propias leyes; en la segunda, se priva a los agentes del ministerio público, peritos y elementos policíacos despedidos injustificadamente del derecho a volver a sus cargos, solo se les garantiza una indemnización.

Para iniciar el debate adelantamos que el estatuto policial no elimina para los policías sus derechos como gobernados, reformas como la mencionada para México, rompen de facto con esos derechos fundamentales, y, así, tenemos el absurdo de la Constitución que viola a la Constitución. Aquí debemos cuestionar si la incompetencia de las autoridades para apearse al Estado de derecho debe suplirse por el órgano jurisdiccional, lo que rompe con el principio de tutela judicial efectiva y la reparación integral de los derechos vulnerados.

## DEMOCRACIA Y FUNCIÓN POLICIAL

La democracia o lo democrático, como sustantivo y adjetivo, puede entenderse de diversas maneras desde la posición etimológica *demos* pueblo y *krátos* gobierno o poder, o sea, poder del pueblo; hasta la famosa definición de Abraham Lincoln: *el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*.<sup>8</sup>

Norberto Bobbio considera que la única forma de entender a la democracia como contrapuesta a las formas de gobierno autocráticas es considerarla como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.<sup>9</sup>

En esta línea de argumento, pero con una visión más integral, Jorge Carpizo,<sup>10</sup> nos proporciona dos definiciones de democracia:

---

8. Discurso de Gettysburg de 19 de noviembre de 1863: “*government of the people, by the people, for the people*”.

9. Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2005, 3a. ed., 3a. reimp., p. 24.

10. Jorge Carpizo, “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, en *Latinoamericana de Derecho: Revista de Derecho*, No. 7-8, México, 2007, p. 243 (también visible en: [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt8.pdf>]).

como el método y la técnica que permite al ciudadano elegir a los dirigentes, quienes se encuentran controlados y son responsabilizados en los marcos que señala el orden jurídico del país, con la finalidad de garantizar el goce de los derechos humanos. (...)

...democracia es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido en varios órganos con competencias propias y equilibrios y controlados entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente.

Como se advierte, para que exista la democracia en un Estado no solo se requieren elecciones *libres*, sino que se precisa una serie de instituciones para garantizar equilibrios en el ejercicio de las funciones públicas, control y responsabilidad (las *reglas del juego* y la toma de decisiones). Además, es necesaria una finalidad ética vinculada con la garantía de los derechos humanos o fundamentales.

Así, la democracia presupone una serie de estructuras que no solo permitan elecciones competidas, que fortalezcan el régimen de partidos y que se abra la economía a la *libre competencia*, sino que, además, requiere la participación activa del ciudadano, y, por supuesto, que los actores institucionales (públicos o privados) se apeguen estrictamente a las reglas plasmadas en la Constitución y las leyes, tutelando en todo momento los derechos públicos-subjetivos del gobernado, lo que es reflejo del bien común, y aceptando las responsabilidades en que incurran.

En este sentido, en la democracia los derechos fundamentales amparados en la Constitución de un país, son universales; por lo tanto, debemos destacar de inmediato que ningún estatuto especial, ni el de policía o soldado, por citar los más cercanos al tema que abordamos, debe sobreponerse a la Constitución; es importante tutelar de manera especial los derechos humanos de los miembros de las ramas militarizada y semi-militarizada de un Estado.

Otra cuestión de trascendencia en la democracia es el llamado “orden público” que se considera como una situación exterior de tranquilidad en una comunidad; o sea, el mero orden de la calle, que no existan agresiones violentas, motines o revueltas, poniendo énfasis en el orden que da tranquilidad al Estado mismo.<sup>11</sup>

Sin embargo, con una visión más integral, se puede decir que el orden público consiste en las condiciones de seguridad, salubridad y tranquilidad necesarias para el goce de los derechos humanos. En un Estado social de derecho, el mantenimiento del orden público debe estar sujeto a la salvaguardia de la dignidad humana como valor

---

11. Alicia González Vidaurri, “La seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad de riesgo”, en Augusto Sánchez Sandoval, coord., *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad de riesgo*, México, Porrúa, 2007, p. 11.

supremo.<sup>12</sup> En este contexto, es insuficiente la visión pasiva de la función policíaca,<sup>13</sup> se requiere que esa fuerza paramilitar lleve su acción a su ámbito de competencia, generando un círculo virtuoso de tutela efectiva de los derechos humanos.

Por lo anterior podemos preguntar: ¿Cuál es la importancia efectiva de la función pública de policía para la ciudad?

La seguridad ciudadana se define, de una manera amplia, como la preocupación por la calidad de vida y la dignidad humana en términos de libertad, acceso al mercado y oportunidades sociales. Desde otra perspectiva, se plantea que la seguridad ciudadana tiene como principal significado el no temer una agresión violenta, saber respetada la integridad física y, sobre todo, poder disfrutar de la privacidad del hogar sin miedo a ser asaltado y poder circular tranquilamente por las calles sin temer un robo o una agresión. La seguridad sería una creación cultural que hoy en día implica una forma igualitaria de sociabilidad, un ámbito libremente compartido por todos.<sup>14</sup>

En un nivel más limitado, la seguridad pública ha sido definida como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública por medio de la prevención y represión de los delitos y las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de la policía administrativa.<sup>15</sup>

---

12. Margarita Uprimny Yepes, *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*, Colombia, Defensoría del Pueblo, s.a.e., p. 11.

13. No debemos olvidar que detrás de la Policía existe una historia. En el pasado los magistrados y militares eran los responsables de mantener la ley y el orden en las ciudades. El Imperio romano nunca tuvo una verdadera policía en la ciudad de Roma, aunque habría que destacar el papel de la guardia pretoriana en algún momento de su historia. En los principios del siglo V la función de vigilancia la ejercían los clanes de jefes de Estado. Los lores y nobles eran los responsables de mantener el orden en sus tierras, así, en ocasiones designaban a un alguacil, en algunos casos sin sueldo, para que se encargase de hacer cumplir la ley. En 1476 surge en Castilla, posiblemente, el primer cuerpo policial de Europa: la Santa Hermandad, una especie de policía nacional castellana. En 1663 Londres contrató cuidadores para resguardar sus calles en las noches. El 30 de junio de 1800 en Glasgow, Escocia, se transformó la “acción policial de Glasgow” en la Policía de la Ciudad de Glasgow, primer servicio profesional de policía en el país. En 1829 sir Robert Peel, secretario de asuntos internos, fundó la Policía Metropolitana de Londres, primera policía organizada con fuerzas civiles. En 1830 se formó el “Gibraltar Police”. Hacia 1834 se forma la Policía de Toronto en Canadá. En 1844 el cuerpo de la Guardia Civil en España. En los Estados Unidos las primeras fuerzas policiales de tiempo completo fueron el Departamento de Policía de Boston, fundada por Joseph Osier en 1839 y el Departamento de Policía de Nueva York en 1845. En México, la función de policía después de la conquista la ejercen los conquistadores españoles a través de la figura del sereno; en el siglo XIX surge el primer cuerpo policiaco en la ciudad de México. Para una historia más completa véase: Jesús Martínez Garnelo, *Seguridad Pública Nacional. Un sistema alternativo de política criminológica en México*, México, Porrúa, 1999. También consúltese: Gerardo García Luna, *Contra el crimen ¿Por qué 1661 corporaciones de policía no bastan? Pasado, presente y futuro de la policía en México*, México, s.e., 2006.

14. Irma Arriagada y Lorena Godoy, *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa*, No. 32, Santiago de Chile, CEPAL-ONU, agosto de 1999, visible en: [<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/7/4657/lcl1179e.pdf>], p. 9. Consultado el 5 de diciembre de 2010.

15. *Ibid.*, p. 9.

La seguridad pública se entiende como una función del Estado, como la manifestación efectiva de la acción gubernamental, ejercida para salvaguardar la integridad de las personas, de sus intereses y de los bienes privados y públicos,<sup>16</sup> o sea, una función integral de defensa de las condiciones de vida en la colectividad.

Sin embargo, algún sector de la doctrina argumenta, en términos generales, que la policía se encarga de la seguridad “ciudadana”.

Así, Martín Gabriel Barrón Cruz argumenta que la seguridad ciudadana tiene como objetivos fundamentales que el Estado sea el principal responsable de garantizar la seguridad de los habitantes; para ello es fundamental la colaboración y participación de la ciudadanía –pero no con el simple hecho de ella estamos hablando de seguridad ciudadana–. Además, las políticas estatales de seguridad deben buscar el respeto de las garantías individuales y los derechos humanos, por lo cual las acciones deben estar encaminadas más a acciones proactivas que reactivas en la labor de los cuerpos de seguridad.<sup>17</sup>

La visión es errónea. En primer lugar por el uso restringido de la palabra “ciudadano”, que se refiere a un sector único de una nación; en un segundo término porque se contradice al estimar como obligación del Estado el garantizar la seguridad de todos los “habitantes”, que es más amplio que “ciudadano”.

Jesús Martínez Garnelo considera que seguridad pública es el conjunto de actividades, programas, medios y técnicas establecidas por el Estado, cuyo fin directo e inmediato es el encaminar la diligenciación, valorativa y evaluativa de esos programas que representan la regulación, la prevención y el control del delito (sic).<sup>18</sup> Lo que en nuestra opinión también está equivocado, puesto que pone el énfasis en los instrumentos y se olvida de los destinatarios de la seguridad.

Al distinguir entre la función de las fuerzas armadas y la policía, Inés Margarita Uprimny Yepes señala que existe una clara diferenciación entre el papel de las Fuerzas Militares y el de la Policía Nacional. En efecto, las Fuerzas Militares han sido instituidas para la defensa de la nación en caso de que peligren la soberanía, la independencia, la integridad territorial o el orden constitucional. La misión de la Policía Nacional es diferente. Su tarea consiste en “el mantenimiento de las condi-

---

16. Cfr. *ibid.*, p. 11. Sin embargo, nosotros incorporamos un leve matiz en la definición; cambiamos la frase “de los intereses” por “de sus intereses”, estimando que tanto los intereses “públicos” o “privados” son propios de las personas en la colectividad.

17. Martín Gabriel Barrón Cruz, *Policía y seguridad en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, pp. 259-260.

18. Jesús Martínez Garnelo, *Seguridad Pública Nacional. Un sistema alternativo de política criminológica en México*, México, Porrúa, 1999, p. 57.

ciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas” y actúa además como policía judicial bajo la dirección de la rama correspondiente.<sup>19</sup>

Así, es evidente que existe un abismo conceptual entre la delimitación subjetiva relacionada con la “seguridad ciudadana” y la objetiva vinculada con “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas”.

En la Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador,<sup>20</sup> en el art. 23 se destaca que:

Art. 23. De la seguridad ciudadana. La seguridad ciudadana es una política de Estado, destinada a fortalecer y modernizar los mecanismos necesarios para garantizar los derechos humanos, en especial el derecho a una vida libre de violencia y criminalidad, la disminución de los niveles de delincuencia, la protección de víctimas y el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes del Ecuador.

Con el fin de lograr la solidaridad y la reconstitución del tejido social, se orientará a la creación de adecuadas condiciones de prevención y control de la delincuencia; del crimen organizado; del secuestro, de la trata de personas; del contrabando; del coyoterismo; del narcotráfico, tráfico de armas, tráfico de órganos y de cualquier otro tipo de delito; de la violencia social; y, de la violación a los derechos humanos.

Se privilegiarán medidas preventivas y de servicio a la ciudadanía, registro y acceso a información, la ejecución de programas ciudadanos de prevención del delito y de erradicación de violencia de cualquier tipo, mejora de la relación entre la policía y la comunidad, la provisión y medición de la calidad en cada uno de los servicios, mecanismos de vigilancia, auxilio y respuesta, equipamiento tecnológico que permita a las instituciones vigilar, controlar, auxiliar e investigar los eventos que se producen y que amenazan a la ciudadanía.

Así, la visión ecuatoriana de la seguridad “ciudadana”, aunque limitada por las razones expuestas, se relaciona adecuadamente con la garantía de los derechos humanos, en especial el derecho a una vida libre de violencia y criminalidad.

Como colofón, debemos rechazar la visión que pretende ver en la policía una forma de hacer negocio, ya que, como lo destaca Gonzalo Jar Couselo, uno de los aspectos de la crisis actual del sistema es la dificultad de tomar en cuenta las demandas del público en materia de seguridad, de tal forma que el Estado se ve cuestionado no solo desde la base misma sino, también, debido a la edificación caótica y balbuciente de lo que será un día quizá un Estado transnacional a escala europea. En

---

19. Inés Margarita Uprimny Yepes, *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*, p. 9.

20. Registro Oficial No. 35 del lunes 28 de septiembre de 2009. Suplemento.

muchos países ya se está planteando que los jefes de policía, de manera discrecional, y dejando a salvo los de naturaleza comunitaria, puedan cobrar por determinados servicios –protección en concentraciones deportivas o rescates de montaña–, con lo que, de someter la seguridad a las reglas del mercado, podría suponer que muchos ciudadanos no puedan pagar el servicio y se provoque más marginación y, en definitiva, mayor inseguridad.<sup>21</sup>

## **DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA FUNCIÓN POLICIAL**

Aquí habría que destacar que el principal derecho del agente de autoridad, y de los militares y policías en particular, es el respeto irrestricto a sus derechos humanos. Desde este punto de vista, ¿hacia dónde se deben encaminar los estándares de acción de la fuerza policial en la prevención y persecución del delito?

Además, es importante mencionar el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979 en su resolución 34/169, arts. 1 y 2, señala:

Art. 1. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.<sup>22</sup>

Art. 2. En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.<sup>23</sup>

---

21. Gonzalo Jar Couselo, *Modelos comparados de policía*, Madrid, Ministerio del Interior / Dykinson, 2000, pp. 203-204.

22. En los comentarios a) y b) contenidos en ese Código, relacionados con ese artículo, se destaca: “a) La expresión ‘funcionarios encargados de hacer cumplir la ley’ incluye a todos los agentes de la ley, ya nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios”.

23. En el comentario a) relacionado con este artículo, contenido en el Código, se destaca que: Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos a Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas

Desde esta perspectiva, la función policial en un Estado democrático consiste en respetar y proteger la dignidad humana, y mantener y defender los derechos humanos de las personas.

Inés Margarita Uprimny Yepes destaca seis principios para la actuación de la fuerza pública:

- a) Finalidad, o sea, la prevención del hecho punible o detener al infractor.
- b) Necesidad, esto es, la conducta debe ser la única posible para evitar la comisión de la conducta punible o capturar a quienes incurrir en ella. También, debe ser la conducta exigible menos lesiva a los derechos de las personas.
- c) Debida motivación, lo que implica que se deben comprender las razones que llevan a la fuerza pública a actuar, que deben ser: claras, objetivas y determinadas; o sea, que exista una sucesión de eventos que justifiquen el uso de la fuerza.
- d) Proporcionalidad, debe existir una relación entre las medidas tomadas por la fuerza pública y la conducta del delincuente o infractor y las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión del hecho punible. Esto es, debe existir una clara adecuación entre el fin buscado y los medios utilizados para ello. Se debe evitar medidas que causen daños innecesarios a la integridad de las personas y sus bienes.
- e) No discriminación, todas las personas tienen los mismos derechos y deberán ser tratadas igual por la fuerza pública.
- f) Excepcionalidad del uso de la fuerza, esto es, cuando no se pueda prevenir el delito o perseguir al que incurrió en él, sin usar otros medios.<sup>24</sup>

La Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador destaca en su art. 4o., los principios de la seguridad y del Estado:

Art. 4. De los principios de la seguridad pública y del Estado. La seguridad pública y del Estado se sujetará a los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República, los tratados internacionales de derechos humanos, y se guiará por los siguientes principios:

- a) Integralidad. La seguridad pública será integral para todos los habitantes del Ecuador, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos, para la sociedad en su conjunto, las instituciones públicas y privadas, y comprende acciones conjugadas de prevención,

---

las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

24. Inés Margarita Uprimny Yepes, *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*, p. 21.

protección, defensa y sanción. Así, se prevendrán los riesgos y amenazas que atenten contra la convivencia, la seguridad de los habitantes y del Estado y el desarrollo del país; se protegerá la convivencia y seguridad ciudadanas, se defenderá la soberanía y la integridad territorial; se sancionarán las acciones y omisiones que atenten a la seguridad pública y del Estado;

- b) Complementariedad. La seguridad pública es responsabilidad del Estado, que promoverá un orden social democrático que asegure la convivencia pacífica, con la participación y veeduría ciudadana para el mantenimiento de la paz;
- c) Prioridad y oportunidad. El Estado en sus planes y acciones de seguridad, dará prioridad a la prevención basada en la prospección y en medidas oportunas en casos de riesgos de cualquier tipo;
- d) Proporcionalidad. Las acciones de seguridad y la asignación de recursos serán proporcionales a las necesidades de prevención y protección, y a la magnitud y trascendencia de los factores que atenten contra la seguridad de los habitantes y del Estado;
- e) Prevalencia. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos y las garantías constitucionales de los habitantes, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos. Solo en casos de estados de excepción podrá temporalmente limitarse el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información de conformidad con la Constitución, y;
- f) Responsabilidad. Las entidades públicas tienen la obligación de facilitar coordinadamente los medios humanos, materiales y tecnológicos para el cumplimiento de los fines de la presente ley. La responsabilidad operativa corresponde a la entidad en cuyo ámbito y competencia radique su misión, funciones y naturaleza legalmente asignadas.

En un documento de la Comisión Económica para América Latina de agosto de 1999, se destaca que, para enfrentar los problemas de seguridad y violencia en la región, se requieren: a) Medidas de prevención, y b) Medidas de control.

En el caso de las reformas al sistema policial, se destacó que: *Las ineficiencias del sistema policial para combatir la delincuencia han evidenciado una serie de problemas, como el carácter reactivo y burocrático del sistema, la falta de profesionalización y equipamiento del personal, bajas remuneraciones, multiplicidad de funciones y también casos de corrupción.* Por lo que se propusieron las reformas siguientes: a) Crear planes estratégicos que permitan superar el carácter reactivo de la policía para que se adelante a los hechos y prevenga escenarios posibles; b) Profesionalizar a la policía poniendo en marcha programas de entrenamiento y capacitación a oficiales de policía en técnicas específicas para prevenir el secuestro, tráfico de drogas, y la formación de grupos especiales para reducir los asaltos callejeros; b) Reducir las variadas funciones de la policía, privilegiando las de control por sobre las administrativas; c) Aumentar la dotación de personal; d) Elevar los salarios de los policías

para reforzar su carácter profesional y evitar que simultáneamente ejerzan actividades de seguridad privada; y e) Reforzar la acción de organismos de control del sistema policial, apoyando la realización de juicios a policías involucrados en actividades ilícitas, y aclarando las denuncias de prácticas como la tortura o apremios ilegítimos por parte de policías.<sup>25</sup>

Como se advierte, desde 1999 ya se había emitido una alerta sobre las condiciones laborales de los policías en América Latina.

## **PROTESTA LABORAL Y FUNCIÓN POLICIAL: ESQUEMAS DEMOCRÁTICOS DE LA FUNCIÓN POLICIAL**

El Estado ecuatoriano cuenta razonablemente en su Constitución<sup>26</sup> con un esquema democrático de seguridad para sus habitantes. En materia de seguridad humana, el art. 393 destaca que: *El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno.*

En lo que se refiere a la Policía Nacional, el art. 163 de la Constitución ecuatoriana sostiene que:

Art. 163. La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional.

Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención del delito y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza.

---

25. Irma Arriagada y Lorena Godoy, *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa*, p. 37. También véase de las autoras: “Prevenir o reprimir: falso dilema de la seguridad ciudadana”, en *Revista de la CEPAL*, No. 70, abril de 2000 (visible en: [<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/4/19264/arriagada.pdf>], consultada el 5 de diciembre de 2010).

26. La Constitución Política del Ecuador en varios de sus artículos prescribe: Art. 3 “deberes primordiales del Estado”, numeral 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. Art. 83, numeral 4, destaca entre los deberes de las ecuatorianas y ecuatorianos: “colaborar con el mantenimiento de la paz y la seguridad”. Art. 147, numeral 17 entre las facultades del titular del ejecutivo ecuatoriano se encuentra: “velar por la seguridad pública”.

Para el desarrollo de sus tareas la Policía Nacional coordinará sus funciones con los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados.

Además, la Ley de Seguridad Pública y del Estado del Ecuador prescribe en su art. 1 que su objeto es regular la seguridad integral del Estado democrático de derechos y justicia de todos los habitantes del Ecuador, garantizando el orden público, la convivencia, la paz el buen vivir, en el marco de sus derechos y deberes como personas naturales y jurídicas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, asegurando la defensa nacional, previniendo los riesgos y amenazas de todo orden, a través del Sistema de Seguridad Pública y del Estado.

El Estado protegerá a las ecuatorianas y a los ecuatorianos que residan o estén domiciliados en el exterior, conforme lo previsto en la Constitución de la República, los tratados internacionales y la ley.

Así, debemos destacar que en estrecha relación con la desmilitarización está el reconocimiento del derecho de sindicación, expresión y reunión de a los miembros de los cuerpos policiales. Dificilmente se puede encomendar a la policía la función primordial de proteger los derechos y libertades de los habitantes y a su vez negársela a sus miembros.<sup>27</sup>

En el caso de Ecuador, la defensa de los derechos laborales de los policías se puede inferir del contenido de los arts. 3o., numeral 1, “goce efectivo de los derechos establecidos en la constitución”; 10 “personas y colectivos gozarán de los derechos establecidos en la constitución”; 11, numeral 2 “igualdad de derechos, deberes y oportunidades para todos”; 33 “derecho al trabajo” y 326, numeral 7 “derecho y libertad de organización y sindicación”.

Por último, tampoco podemos soslayar que el art. 66, numeral 13, de la Constitución del Ecuador, reconoce y garantiza a las personas: *El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria*. En este contexto, la protesta laboral policial podría ampararse en este precepto constitucional.

En este contexto, con independencia de que se pueda o no sentir simpatía por el maltrato que sufrió el presidente Rafael Correa por parte de integrantes del Regimiento Quito 1 de la Policía Nacional ecuatoriana, no debemos soslayar que las vías institucionales son las correctas para encausar cualquier inconformidad, incluso aquellas que impacten en los individuos que ocupan los cargos más elevados de un Estado.

---

27. Cfr. Manuel Ballbe, “La policía y la constitución”, en José María Rico, comp., *Policía y sociedad*, Madrid, Alianza, 1983, p. 94.

Aunque jurídicamente el “motín” es incompatible con las misiones encomendadas a la Policía Nacional de cualquier país, no debemos dejar de mencionar que algunas actitudes de autoridades ecuatorianas podrían haber agravado la inconformidad policial con el supuesto recorte a sus prestaciones por la Ley Orgánica de Servicio Público al asumir actitudes de provocación.

¿Cuáles son las lecciones que se pueden extraer de un proceso como el que vivió Ecuador el 30 de septiembre de 2010? La principal es que en el conflicto, en general, y en la inconformidad laboral, en particular, existen una serie de enseñanzas que no se puede soslayar.

El conflicto es, ciertamente, un momento constitutivo de la sociedad moderna caracterizada por la difusión de la subjetividad y, por lo tanto, de la complicidad de los propios intereses; sin embargo, eso parece también fijarle el límite en el sentido de que en la sociedad de masas la sola oposición de intereses y la sola competencia por intereses no puede resolver los problemas centrales. Desde este punto de vista, el conflicto parece representar la forma elemental de coparticipación de todos en el disfrute del bienestar existente, pero no proporciona una meta resolutive para la dinámica general del bienestar y para su calificación.<sup>28</sup>

Así, la misión constante, el sentido y efecto de los conflictos sociales se concretan en mantener y fomentar la evolución de las sociedades en sus partes y en su conjunto. Los conflictos son indispensables como un factor del proceso universal del cambio social.<sup>29</sup>

Esto se refrenda con el corolario de los saldos de la inconformidad policial, que obligaron al gobierno del Ecuador a realizar una operación de control de daños. Así, el jueves 7 de octubre de 2010 a las 12:37 horas, el ministro del Interior, Gustavo Jalkh, ratificó en Radio Quito que se continuará con el proceso de cambio al interior de la Policía Nacional en las líneas de reforma institucional, modernización y beneficios sociales, a través de un sistema de transparencia y rendición de cuentas, a pesar de la oposición de grupos que quieren perpetuarse en las prácticas violatorias de derechos humanos del pasado.

Además, el ministro del Interior ecuatoriano afirmó que es trascendente para el país esclarecer debidamente los niveles de responsabilidad. Enfatizó que las investigaciones proseguirán y determinarán el número de responsables y de quienes participaron directamente en estos hechos. Además, advirtió que hubo fallas de inteligen-

---

28. Umberto Cerroni, *Política. Método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*, trad. Alejandro Reza, México, Siglo XXI, 2004, 4a. ed., p. 75.

29. Ralf Dahrendorf, *Sociedad y libertad: hacia un análisis sociológico de la realidad*, pr. José Jiménez Blanco, Madrid, Tecnos, 1966, p. 118.

cia que no supo medir el impacto que las reformas tergiversadas de la Ley de Servicio Público podrían tener en ciertos niveles de la tropa, por una campaña de distorsión orquestada por gente que no quiere rendir cuentas y quiere continuar en la impunidad en materia de los derechos humanos. En torno al Estado de Excepción manifestó: “hay que mantenerse en alerta”. Aclaró igualmente que en los últimos días no se dio una elevación salarial sino una homologación pendiente en cuatro grados policiales y militares.<sup>30</sup>

Por último, el martes 12 de octubre de 2010, a las 10:39 horas, el ministro del Interior ecuatoriano, Gustavo Jalkh, afirmó en entrevista concedida a Radio Sonorama que “el único camino a seguir es el fortalecimiento de la Policía Nacional”, entidad fundamental para la protección de los ciudadanos, una vez que el 30 de septiembre pasado “falló la inteligencia política desde la perspectiva de conocer que hubo una penetración política en ciertas instancias de las filas policiales, con el objetivo de engañar a partir de la Ley de Servicio Público y provocar una sublevación sobre la base de reivindicaciones sociales inexistentes”.<sup>31</sup>

Con lo anterior, se advierte que en futuro se transformará la forma de entender a la policía en Ecuador; en otro orden de ideas se advierte que las autoridades ecuatorianas están reconociendo de manera implícita que el problema en Ecuador no fue ni un motín ni un intento de golpe de Estado, así, se llama la atención sobre el contenido de la Ley Orgánica de Servicio Público, tema que excede a este trabajo.

Así, en la medida que podamos vislumbrar las perspectivas de una nueva policía democrática, profesional y descentralizada al servicio de la comunidad, es que estamos presagiando una nueva sociedad libre y justa en la que será posible la pacífica convivencia de todos los pueblos.<sup>32</sup> Este sería el mejor deseo para la sociedad de Ecuador.

## CONCLUSIONES

Primera. Destacamos que en la organización social existen poderes de mando y puestos sometidos a ellos, lo que se presenta en los cuerpos militares y de policía. Señalamos que la palabra autoridad denota una relación de supra a subordinación y

---

30. Nota: “Policía debe reencontrarse con la sociedad ecuatoriana”. Visible en [[http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=817%3Aagustavo-jalkh-policia-debe-reencontrarse-con-la-sociedad-ecuatoriana&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es](http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=817%3Aagustavo-jalkh-policia-debe-reencontrarse-con-la-sociedad-ecuatoriana&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es)].

31. Nota: El único camino a seguir es el fortalecimiento de la Policía Nacional. Visible en: [[http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=823%3Ael-unico-camino-a-seguir-es-el-fortalecimiento-de-la-policia-nacional&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es](http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=823%3Ael-unico-camino-a-seguir-es-el-fortalecimiento-de-la-policia-nacional&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es)].

32. Jaume Curbet, “El modelo policial español”, en José María Rico, comp., Madrid, Alianza, 1983, p. 94.

que la inobediencia a las prescripciones es sancionada; un sistema de leyes o de costumbres cuasi-legales protege la efectividad de la autoridad.

Señalamos que la palabra motín proviene del francés *mutin* que significa insumiso, rebelde, que se refiere a un movimiento desordenado de una muchedumbre, por lo común contra la autoridad constituida. Con este marco referencial nos ocupamos de los sucesos de Ecuador los días 29 y 30 de septiembre de 2010, en particular del “motín” del Regimiento Quito 1 de la Policía, por supuestas reivindicaciones laborales.

Segunda. Después de disertar sobre democracia, orden público y la trascendencia de la función policial en la sociedad, estimamos que en una democracia la policía tiene como misión el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas. Delimitación que está presente, con sus bemoles, en el art. 23 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador.

Tercera. Asentamos que el principal derecho del agente de autoridad, y de los militares y policías en particular, es el respeto irrestricto a sus derechos humanos. Así, mencionamos los seis principios de acción de la fuerza pública, o sea: a) Finalidad; b) Necesidad; c) Debida motivación; d) Proporcionalidad; e) No discriminación; y f) Excepcionalidad del uso de la fuerza, que con sus diferencias se contienen en el art. 4 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador. Además, advertimos que la Comisión Económica para América Latina en un documento de agosto de 1999 ya había alertado sobre las condiciones laborales de los policías en América Latina.

Cuarta. Destacamos que la defensa de los derechos laborales de los policías se desprende del contenido de los arts. 3, numeral 1, 10, 11, numeral 2, 33 y 326, numeral 7, en relación con el art. 66, numeral 13, de la Constitución del Ecuador, donde reconoce y garantiza a las personas: *El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.*

Por lo anterior mencionamos que, aunque jurídicamente el “motín” es incompatible con las misiones encomendadas a la Policía Nacional de cualquier país, sin embargo, no debemos dejar de mencionar que algunas actitudes de autoridades ecuatorianas podrían haber agravado la inconformidad policial con el supuesto recorte a sus prestaciones por la Ley Orgánica de Servicio Público al asumir actitudes de provocación.

Por lo anterior, nos pronunciamos porque se aprenda la lección positiva que emana del conflicto para aspirar a una policía democrática más profesional y descentralizada al servicio de la comunidad, para una nueva sociedad libre y justa en Ecuador.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arriagada, Irma, y Lorena Godoy, *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa*, No. 32, Santiago de Chile, CEPAL-ONU, 1999. Visible en: [<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/7/4657/lcl1179e.pdf>], p. 9. Consultado el 5 de diciembre de 2010.
- “Prevenir o reprimir: falso dilema de la seguridad ciudadana”, en *Revista de la CEPAL*, No. 70, abril de 2000 (visible en: [<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/4/19264/arriagada.pdf>], consultada el 5 de diciembre de 2010).
- Ballbe, Manuel, “La policía y la constitución”, en José María Rico, *Policía y sociedad*, Madrid, Alianza, 1983.
- Barrón Cruz, Martín Gabriel, *Policía y seguridad en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2005, 3a. ed., 3a. reimp.
- Carpizo, Jorge, “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, No. 7-8, enero-diciembre de 2007 (también visible en: [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt8.pdf>]).
- Cerroni, Umberto, *Política. Método, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*, trad. Alejandro Reza, México, Siglo XXI, 2004, 4a. ed.
- Cisneros Farias, Germán, Jorge Fernández Ruiz, y Alejandro López Olvera, comps., *Seguridad pública. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, IJ-UNAM, 2007.
- Curbet, Jaume, “El modelo policial español”, en José María Rico, comp., *Policía y sociedad*, Madrid, Alianza, 1983.
- Dahrendorf, Ralf, *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la realidad*, Madrid, Tecnos, 1966.
- “Hacia una teoría del conflicto social”, en Amitai Etzioni y Eva Etzioni, comps., *Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 1a. ed. en español, 1a. reimp.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua, consultado el 2 de diciembre de 2010.
- El Universal* de Caracas, nota: Policía de Ecuador afirma que motín no es contra Correa, nota del 30 de septiembre de 2010, visible en: [[http://www.eluniversal.com/2010/09/30/int\\_ava\\_policia-de-ecuador-a\\_30A4542931.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/09/30/int_ava_policia-de-ecuador-a_30A4542931.shtml)], consultada el 24 de septiembre de 2010.
- Entrevista de José Hernández, subdirector regional Quito de diario *Expreso* al ministro del Interior Gustavo Jalkh visible en: [[http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=838%3Ael-dia-en-que-fue-una-odisea-llegar-hasta-el-presidente-correa&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es](http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=838%3Ael-dia-en-que-fue-una-odisea-llegar-hasta-el-presidente-correa&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es)], consultada el 22 de noviembre de 2010.

- García Luna, Gerardo, *Contra el crimen ¿Por qué 1661 corporaciones de policía no bastan? Pasado, presente y futuro de la policía en México*, México, s.e., 2006.
- González Vidaurri, Alicia, “La seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad de riesgo”, en Augusto Sánchez Sandoval, coord., *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad de riesgo*, México, Porrúa, 2007.
- Jar Couselo, Gonzalo, *Modelos comparados de policía*, España, Ministerio del Interior-Dykinson, 2000.
- Martínez Garnelo, Jesús, *Seguridad Pública Nacional. Un sistema alternativo de política criminológica en México*, México, Porrúa, 1999.
- Nota de Felipe Delgado de Agencia AFP visible en: [<http://www.radiobiobio.cl/2010/09/30/rafael-correa-denuncia-que-manifestantes-intentan-ingresar-a-su-habitacion-en-hospital/>], consultada el 22 de noviembre de 2010.
- Nota: “Policía debe reencontrarse con la sociedad ecuatoriana” visible en: [[http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=817%3Agustavo-jalkh-policia-debe-reencontrarse-con-la-sociedad-ecuatoriana&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es](http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=817%3Agustavo-jalkh-policia-debe-reencontrarse-con-la-sociedad-ecuatoriana&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es)].
- Nota: El único camino a seguir es el fortalecimiento de la Policía Nacional. Visible en: [[http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=823%3Ael-unico-camino-a-seguir-es-el-fortalecimiento-de-la-policia-nacional&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es](http://www.mingobierno.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=823%3Ael-unico-camino-a-seguir-es-el-fortalecimiento-de-la-policia-nacional&catid=55%3Aboletines-nacionales&Itemid=220&lang=es)].
- Sitio electrónico de la Asamblea Nacional de Ecuador: [<http://www.asambleanacional.gov.ec/201009304371/noticias/boletines/pleno-ratifico-el-texto-original-de-14-articulos-de-la-ley-de-servicio-publico-que-fueron-objetados-parcialmente.html>], consultada el 22 de noviembre de 2010.
- Uprimny Yepes, Inés Margarita, *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*, Colombia, Defensoría del Pueblo, s.a.e.

Fecha de recepción: 13 de diciembre de 2010

Fecha de aceptación: 26 de febrero de 2011

Patricio Cordero Ordóñez, *El silencio administrativo*, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca/El Conejo, 2009.

por Juan Carlos Benalcázar\*

El artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado –al cual debe sumarse, para la materia tributaria, el artículo 21 de la Ley No. 05, publicada en el Registro Oficial No. 396 de 10 de marzo de 1994– trae consigo una compleja problemática, que, contrariamente a lo que podría creerse, no se circunscribe únicamente a los ámbitos de la Administración Pública, sino que también afecta con fuerza a los jueces y a los administrados. La consecuencia legal estimatoria del silencio administrativo se introduce en nuestro ordenamiento jurídico

con el saludable propósito de hacer eficaz el derecho del ciudadano de recibir una respuesta de la autoridad cuando le ha formulado una petición o pretensión, pero lastimosamente se lo hace sin la suficiente reflexión respecto de las diversas vicisitudes que implica tal efecto legal, y, sobre todo, sin considerar las enormes dificultades que trae consigo en la práctica, incluso, y de manera por demás paradójica, para el propio administrado a cuyo derecho se pretende tutelar.

Desde la introducción, el libro del doctor Patricio Cordero Ordóñez advierte la complejidad del tema del silencio administrativo en el Ecuador y resalta su propósito de aportar con análisis y reflexiones que permitan resolver inconvenientes y encontrar soluciones a los diversos problemas que el mencionado fenómeno plantea. El primer comentario que merece la obra del doctor Patricio Cordero Ordóñez es, justamente, que constituye un importante aporte para la literatura jurídica nacional, no solo por la circunstancia de ser, hasta la fecha, el único trabajo ecuatoriano que de modo exhaustivo se ocupa del silencio administrativo, sino por enfrentar con suficiencia una temática que en nuestro derecho carece de regulaciones precisas, ya que demasiados vacíos dejó el legislador e innumerables dudas enfrenta el juzgador y el administrado. Precisamente, el mérito apuntado se resalta aun más porque el autor constata la escasez de aportes nacionales y la necesidad de consultar bibliografía extranjera, condicionante que de ninguna manera impide al autor ofrecer un aporte doctrinario a partir de elementos obtenidos de la realidad de nuestra legislación y de la jurisprudencia nacional (p. 16).

\* Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctor en Derecho (PhD) por la Universidad Nacional Autónoma de México. Docente de los programas de Especialización y Maestría en Derecho Administrativo (UASB-E).

Una primera revisión del libro de Patricio Cordero Ordóñez muestra un trabajo académico ordenado y completo, que consta de cuatro capítulos. Parte de la tutela del derecho de petición como fundamento, los efectos jurídicos que la ley otorga al silencio administrativo, y, de modo progresivo y lógico, en una exposición de antecedente y consecuente, continúa con la explicación de las diversas implicaciones que el fenómeno plantea.

En el capítulo primero, intitulado “Antecedentes y nociones generales”, se encuentra una exposición sobre el derecho de petición y la evolución de su regulación en el Derecho ecuatoriano. Como bien advierte el autor, el derecho de petición “no constituye solo un derecho a favor de las personas, sino que, sobre todo, genera una obligación del destinatario de la petición: responderla en tiempo oportuno. Solo ello permite que el mismo tenga eficacia; sin esta obligación, tal derecho quedaría en un simple enunciado” (p. 27).

Las acertadas apreciaciones del autor ponen de manifiesto la razón y fin de la técnica de los efectos legales del silencio administrativo: tutelar un derecho fundamental cuyo contenido esencial abarca no únicamente la garantizada posibilidad de ocurrir a la autoridad con una petición, reclamación o recurso, sino también obtener una respuesta oportuna y conforme a derecho. Este propósito se observa claramente en el encabezado del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y constituye el elemento esencial para interpretar dicha norma, que, ante todo, funciona como un mecanismo de garantía.

El capítulo segundo se ocupa de importantes elementos teóricos como el origen, fundamentos, naturaleza de los efectos legales y clasificación del silencio administrativo.

Es importante destacar que Cordero hace hincapié en que la falta de pronunciamiento sobre las peticiones que los administrados formulan a la Administración Pública constituye una omisión ilegítima, esto es, un comportamiento ilícito de la autoridad, que viola el derecho del ciudadano y que se trata de corregir con la técnica del silencio administrativo (pp. 39-42).

En este capítulo segundo, Patricio Cordero expone diversas opiniones que en la doctrina se han propuesto sobre el silencio administrativo y destaca los puntos de acuerdo y de desacuerdo. Considero que la parte más importante de este capítulo es aquella en la que el autor propone sus ideas, pareceres y, sobre todo, la postura que adopta sobre las controversias que existen en la doctrina. Precisamente, esto es lo propio de un trabajo serio de investigación, que no debe limitarse a la mera cita y glosa de material bibliográfico o de la legislación, sino que debe trascender con el apoyo de la crítica y mediante la proposición de tesis y soluciones. Es importante

subrayar que, entre otras posiciones que el autor acoge, resalta la conceptualización del silencio administrativo como un acto administrativo presunto (p. 67).

El capítulo tercero versa sobre el “Silencio Administrativo en Ecuador”. El autor destaca que la introducción del silencio administrativo positivo en nuestro país constituye una de las más importantes innovaciones jurídicas que hemos tenido en los últimos quince años. Sin embargo, también resalta los conflictos, ambigüedades e imprecisiones que todavía no han sido superados, a pesar de los esfuerzos de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la hoy Corte Nacional de Justicia (p. 75).

El desarrollo de los principios y elementos que rigen al silencio administrativo en nuestro país, justamente, es obra de la jurisprudencia y no del legislador. Por ello, el capítulo tercero tiene el acierto de realizar una exposición extensa de selectas sentencias y de formular un agudo análisis de varios pronunciamientos de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, respecto de los cuales el autor decanta aquellos que considera provechosos y útiles para formular un esquema jurídico sobre el silencio administrativo en el Ecuador. Luego de esta labor, el autor sistematiza y analiza detenidamente los criterios que dicho órgano jurisdiccional ha vertido y destaca la significación e implicaciones que traen consigo.

Por último, el capítulo cuarto se ocupa de “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”. Podría llamar la atención que esta temática se incluya en una obra que trata sobre el silencio administrativo, ya que este comporta la ausencia de declaración en que incurre la Administración Pública, mientras que el acto administrativo, por definición, es un pronunciamiento que, directa y derechamente, se dirige a producir efectos jurídicos. Considerando estos conceptos, sería más propio tratar sobre las nulidades en un estudio de las declaraciones de la Administración Pública y no en relación con el silencio administrativo.

Sin embargo, la inclusión de este capítulo en la obra del doctor Patricio Cordero Ordóñez es coherente con su postura de concebir al silencio administrativo como un acto administrativo presunto y, además, es conforme con ciertas apreciaciones de la jurisprudencia nacional, que resaltan que no se puede ganar por silencio administrativo algo que no sea válido. En otros términos, si se entiende que el silencio administrativo positivo configura un acto presunto, y si además se propugna que este debe ser válido, lo lógico y necesario es que en un estudio sobre la materia se haga relación a los requisitos de validez del acto administrativo.

Jorge Zavala Egas, *De-  
recho constitucional,  
neoconstitucionalismo  
y argumentación jurídi-  
ca*, Guayaquil, Edilex,  
2010, 525 pp.

por Christian Masapanta  
Gallegos\*

Con el advenimiento de la Constitución ecuatoriana de 2008, y con el cambio de paradigma del Estado ecuatoriano a un modelo constitucional de derechos y justicia, se produce un fenómeno dentro del cual se constitucionaliza el ámbito jurídico ecuatoriano, en donde el fin primordial del Estado será el reconocimiento, promoción y garantía material de los derechos.

La doctrina del constitucionalismo contemporáneo gana adeptos en nuestro medio a la luz del denominado garantismo, que conforme a un proceso de mutación constitucional adquiere características acordes a nuestra realidad, configurándose lo que en la doctrina ya se ha denominado como el nuevo constitucionalismo latinoamericano; es así como el autor nos muestra de manera didáctica el proceso de constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano bajo el nuevo modelo de Estado; lo que se produce a través de un reconocimiento material de las normas-principios de derechos consagrados en la Constitución de la República.

Dicho reconocimiento material comporta una redefinición de la llamada supremacía constitucional, la que líricamente había sido establecida en la mayoría de las Cartas Fundamentales del Ecuador desde su conformación como República; empero que reiteradamente fue objeto de desconocimiento por parte de actores políticos y sociales, lo cual ha conllevado a una permanente inestabilidad en nuestro medio.

Lo que se pretende a través de la supremacía material es tener una Constitución que permita una aproximación de la sociedad con su contenido, en donde los derechos de las personas no sean simples enunciados retóricos o programáticos, sino que tengan una plena exigibilidad y reconocimiento directo.

Norberto Bobbio, nos habla de *la era de los derechos*<sup>1</sup> y, precisamente a través de esta nueva era, el Estado ecuatoriano a través de su Constitución mantiene como un imperativo la protección de los derechos constitucionales, siendo aquella acometida la bandera de lucha del denominado neoconstitucionalismo ecuatoriano, y el objeto de análisis en la presente obra.

A lo largo del texto podemos observar como el autor va a enfocar su temática en tres elementos característicos de este nuevo modelo de Estado: la constitucionaliza-

\* Asesor técnico jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador y docente universitario.

1. Norberto Bobbio, "La era de los derechos", en *El tercero ausente*, Cátedra, 1997, pp. 154-173.

ción del sistema jurídico ecuatoriano; los jueces y la creación judicial del derecho; y el llamado desafío del neoconstitucionalismo. Estos ejes temáticos se ven transversalizados a lo largo de toda la obra, y son matizados con elementos comunes como el deber de protección de los derechos constitucionales, la supremacía material de la Constitución y el efecto de irradiación del constitucionalismo a todas las esferas públicas y privadas de la sociedad ecuatoriana, el rol proactivo de los jueces en el constitucionalismo, la interpretación judicial, y la argumentación jurídica, el neoconstitucionalismo y el Estado garantista, los derechos expresados a través de valores, principios y reglas, entre otros.

Respecto a la constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano, el autor destaca que el Estado Constitucional de Derechos tiene como bandera de lucha los denominados “derechos constitucionales”, que se hacen extensivos no solo a los derechos consagrados en la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano, sino, también, a los provenientes de tratados y convenios internacionales que tutelan derechos humanos. Por ende, la Constitución deja de ser un documento distante al conglomerado social, buscándose un mayor acercamiento de la ciudadanía con el texto constitucional y con los derechos en ella consagrada para lo cual se encarga a los jueces la tutela de los mismos.

El autor parte de las definiciones de “constitucionalización” y “derechos fundamentales”, respecto al primer término señala: “a nuestro uso y con esta oportunidad es el proceso histórico a través del cual los documentos políticos limitantes del poder público –las constituciones–, incluyendo una carta ética de derechos, cuyos titulares son los sujetos que conforman la comunidad, marcan un espacio infranqueable para la intrusión de este poder y que, expresados en normas-principios jurídicos, llegan a ser de aplicación directa, justiciables y con jerarquía normativa suprema. Mientras que los segundos son: “los reconocidos y expresados en normas-principios del sistema jurídico prescritas en la Constitución de la República y en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, y que por nacer de esas fuentes de producción normativa se denominan también derechos constitucionales”.<sup>2</sup>

En cuanto a las técnicas de constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se destaca la importancia de la dualidad de los derechos constitucionales, los que deben ser observados en un plano subjetivo y objetivo. A esto se conoce como la estructura dual de los derechos fundamentales.

---

2. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010, p. 117.

La dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales fue desarrollada por la Corte Constitucional Colombia a través de la sentencia T-406 de 1992, en donde se determinó que, a más del reconocimiento de los derechos en el texto constitucional, se precisa de todo un conjunto de medidas por parte del Estado para garantizar la plena efectividad de los derechos.<sup>3</sup> Castillo Córdova, citado por el autor, menciona además que “solo desde el entendimiento de que derechos fundamentales adquieren un carácter objetivo de valor se puede comprender el ‘efecto irradiación’, ‘la eficacia frente a terceros’ y ‘los derechos fundamentales como mandatos de acción y deberes de protección’ ”.<sup>4</sup>

Surge, así un efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) en donde todas las esferas públicas y privadas deben respetar la normativa constitucional y los derechos en ella consagrados. Entonces, las normas constitucionales con contenido axiológico, al ser normas objetivas, irradian sus efectos a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano; efectivamente, el artículo 426 de la Constitución determina la vinculación de todas las personas, autoridades e instituciones a la norma antes señalada; el mismo efecto de irradiación se hace extensivo también a la legislación y la aplicación judicial del derecho.

Existe, conforme lo destaca el autor, “la obligación de crear reglas infra constitucionales formal y materialmente adecuadas a los derechos constitucionales y a la dignidad de las personas (art. 84 CRE) y se obliga a los jueces y autoridades públicas a aplicar toda normativa de conformidad con los derechos fundamentales que, a su vez, son aplicables en forma directa e inmediata”.<sup>5</sup>

Con aquello se deconstruye el papel que tradicionalmente habían mantenido los jueces en nuestro sistema jurídico, en donde simplemente realizaban un reconocimiento de derechos, hacia un papel más activo; precisamente por medio de ese activismo judicial es que los jueces pueden no solo reconocer derechos, sino también crearlos y hacerlos cumplir.

Empero, con el advenimiento de este nuevo constitucionalismo cambia también la concepción paleopositivista del derecho en el Ecuador, así como del sistema de fuentes, en virtud del cual la ley ya no es el único referente de interpretación, por medio de la cual los derechos solo eran exigibles cuando se desarrollaban en normas-leyes; es así como se reconoce otros sistemas de fuentes como la jurisprudencia, que va a ir de la mano con el denominado activismo judicial; lo cual motiva un debate respecto al poder contra mayoritario de los operadores jurídicos frente al

---

3. *Ibid.*, p. 47.

4. *Ibid.*, p. 51.

5. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 34.

legislador detentador de la representatividad democrática, nacida por el influjo del pensamiento de la Revolución francesa.

En aquel sentido destaca el autor la importancia de los jueces dentro del Estado Constitucional de Derechos, en donde cambia el referente judicial estrictamente positivista, expresado a través de la ley, por un reconocimiento amplio de otras fuentes del derecho; es así como también cambia el intérprete primigenio de la Constitución, del legislador a quien bajo el sistema legalista le correspondía por antonomasia interpretar la Constitución y la ley de modo generalmente obligatorio hacia un activismo judicial, en donde los operadores judiciales se convierten en los principales intérpretes y defensores del texto constitucional; para aquello emplea herramientas como la argumentación jurídica y métodos y reglas de interpretación constitucional.

El autor nos habla entonces de jueces y normas y de los límites de la creación judicial del derecho, en donde la función del juez, que bajo el modelo paleopositivista estaba limitada a la aplicación del derecho, se ve complementada bajo el nuevo modelo estatal con la creación de las normas, en donde los órganos especializados como la Corte Constitucional a través de reglas llenan lagunas existentes en el ordenamiento jurídico en aras de la protección de un derecho en conflicto.

El juez asume una interpretación cognitiva, decisoria o creativa que va más allá de la simple subsunción normativa dejando de lado la percepción de un Estado de Derecho en donde se somete el poder a la ley.

Se reconoce una interpretación judicial no solo basada en las reglas y en los métodos de solución de antinomias (subsunción), sino que se reconocen dentro de las normas constitucionales los valores y los principios, que alcanzan una fuerza normativa, de directa e inmediata aplicación, incluso si no existiese una disposición legal que los desarrolle; hablamos entonces de una verdadera validez material de las normas constitucionales.

La labor judicial limitada a la simple aplicación de derecho se ve superada; ahora el juez crea derecho y hace cumplir los derechos, respecto a aquello el autor llega a las siguientes conclusiones: “A) Una decisión judicial está justificada cuando aplica el Derecho válido. B) El Derecho es válido cuando sus normas (reglas y principios) fundamentan y pertenecen a un sistema jurídico, por haber sido expedidos por la autoridad y por el procedimiento determinado por la norma superior hasta llegar a la Constitución y con un contenido material acorde con esta. C) Luego, los tribunales y jueces en tanto apliquen principios que fundamenten el sistema jurídico y reglas insertas en el mismo, justifican sus decisiones, lo cual implica decir que sus decisiones y resoluciones encuentran legitimidad.

D) Se impone a los jueces la renuncia a imponer la que se considera solución correcta, en aras del respeto al sistema de fuentes”.<sup>6</sup>

En este sentido, si hablamos de un juez creador de derecho, debemos señalar que también cambia el referente normativo de interpretación judicial que estaba centrado exclusivamente en las denominadas reglas, dando paso a una interpretación también de los llamados principios constitucionales.

En cuanto a las reglas y principios como técnicas de interpretación normativa parte del famoso debate entre el inglés H.L.A. Hart y el norteamericano Ronald Dworkin, ya que la posición sociológico-analítica del positivismo propuesta por Hart ha ido de la mano con la judicialización constitucional de los problemas sociales superando el atavismo de considerar a la Constitución como un simple programa político, lo que genera cambios en la interpretación y práctica del derecho.

Ambos toman como ejemplos para sus teorías las jurisdicciones inglesa y americana; Dworkin con la creación de su famoso “juez Hércules” y la resolución de los litigios a partir de la teoría dworkiniana, en contraste con el “juez Herbert” que resuelve sus litigios a partir de la teoría hartiana.

Dworkin, al esbozar la tesis de la respuesta correcta (one right answer), determina que aunque no hayan reglas siempre habrán principios que son aplicables a un caso concreto. Para Hart, cuando hay más de una solución posible el juez tiene la opción de acoger una de ellas ubicándose en un punto medio entre el formalismo y el realismo.

Hart es autor de la tesis de la “discrecionalidad judicial”: debido a la textura abierta de las normas jurídicas, el juez, para aplicarlas, debe actuar como si hubiera más de una respuesta correcta; en cambio, para Dworkin, los principios son vinculantes para los jueces, y los principios y reglas componen el derecho.<sup>7</sup>

El nuevo rol del juez, entonces, se ve transparentado con una mayor preparación, toda vez que debe decidir y resolver dentro de un ámbito eminentemente jurídico, para lo cual debe argumentar su resolución, para no caer en la discrecionalidad o sesgos subjetivos. La argumentación jurídica va más allá de la simple motivación de resoluciones enclavada en la cultura judicial y administrativa ecuatoriana, en donde simplemente de manera mecánica se enunciaban los antecedentes de hecho y de derecho previo a resolver una controversia, sin que exista un razonamiento jurídico de fondo.

---

6. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 113.

7. *Ibid.*, p. 104.

El texto tiene un extenso análisis jurisprudencial en que el autor cuestiona la argumentación jurisdiccional en nuestro país; es así como analiza sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición; dentro de aquellas se menciona la 0020-09-SEP-CC dentro del caso No. 0038-09-EP, en el que este órgano, a través de la garantía jurisdiccional conocida como acción extraordinaria de protección, corrige sentencias y autos judiciales ejecutoriados por “error de derecho” e “injusticia de resultado”,<sup>8</sup> cuando el Procurador General del Estado propone esta garantía jurisdiccional frente a un auto emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, por una supuesta vulneración del debido proceso, al haberse rechazado un recurso de hecho respecto a la inadmisión de un recurso extraordinario de casación.

En otro caso objeto de su análisis aborda la aplicación directa de la Constitución; para aquello emplea el proceso de juzgamiento al periodista Emilio Palacio por escribir y publicar el artículo “Camilo el matón”,<sup>9</sup> siendo el autor muy crítico a la sentencia del 26 de marzo de 2010 emitida por la Jueza Segunda de Garantías Penales de Guayaquil, que declara con lugar la querrela presentada por Camilo Samán en contra de Emilio Palacio. El doctor Zavala determina que en aquel caso la jueza no realiza un adecuado ejercicio argumental, al sostener que debía contrastar los derechos a la libertad de expresión vs. el derecho al honor, debiendo proceder a la ponderación de estos principios conforme lo prevé el art. 3.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, situación, a criterio del autor, que no se hizo.

El autor justifica por medio de un test de proporcionalidad la idoneidad y necesidad de la intervención periodística, señalando que la intervención en el derecho de la persona constituye un medio idóneo para el cumplimiento del interés público (idoneidad), y que este medio es necesario acorde a las circunstancias concretas. Luego, es constitucionalmente legítima toda afectación al derecho de la persona que sea de interés público y cuando el objeto de la opinión tenga una relación de idoneidad y de necesidad con el interés público.<sup>10</sup>

---

8. El error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la injusticia del resultado se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto con sustento prejudicial e ilusorio (Corte Constitucional, pp. 11-12).

9. “Reportaje de diario *El Universo* en donde se da la noticia del alto índice de morosidad de la cartera de préstamos en el programa de microempresarios que ejecuta la Corporación Financiera Nacional (CFN). A pocos días un grupo de personas que llegaron en buses, con carteles y megáfonos que decían ser adeptos a las políticas de la institución, por ser beneficiarios de los créditos, lanzaron diatribas contra el medio de comunicación y sus personeros”; posteriormente Emilio Palacio escribió el artículo titulado “Camilo el matón” ante la reacción de estos simpatizantes de la institución financiera (Zavala, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 220).

10. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 220.

Señala el autor que la intervención de Palacio para la formación de la opinión pública es necesaria; ya que, a través de la publicación del juicio de valor, el periodista contraatacó al funcionario sin alejarse de la temática pública de fondo. También menciona que ha existido inaplicabilidad de la doctrina de la “*real malice*”; así como de las disposiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la libertad de información sobre hechos y no a la libertad de opinión que consistan en juicios de valor. Menciona que en el sistema anglosajón la Corte Suprema Norteamericana en el fallo “*New York Times vs. Sullivan*”, dictado el 9 de marzo de 1964, incorporó la doctrina de la “*real malice*” determinando que: “Las garantías constitucionales requieren –creemos– una regla federal que prohíba a un funcionario público obtener una indemnización por daños y perjuicios por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con ‘*actual malice*’, esto es, conocimiento que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no”.<sup>11</sup>

Cabe destacar que esa doctrina fue recogida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000, cuando promulga la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que, conforme a la Constitución de la República, forman parte del bloque de constitucionalidad: así lo determinan los artículos 417, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador.

Asociado con esta temática, el autor también explica las connotaciones constitucionales del Proyecto de Ley Orgánica de Comunicación, que ha generado tanta polémica en el medio, para lo cual analiza a la comunicación e información como derechos constitucionales y su contenido esencial, la reserva de ley orgánica que amerita esta legislación y el principio de legalidad.

El autor aborda la temática relacionada con el desafío del neoconstitucionalismo y al respecto sostiene que:

El constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo genera el desarrollo de una nueva teoría jurídica, muy distinta al positivismo legalista antiguo, que tiene como características resaltadas por ALEX Y, ZAGREBELSKY y PRIETO SANCHÍS en forma compón, las siguientes: 1) Es un derecho más de principios que de reglas [...]; 2. Mayor utilización del método de ponderación que el de la subsunción para la aplicación del derecho [...]; 3. Una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, dejando menos ámbito a la ley; 4. Poder del juez para la determinación de los derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos y, 5. Una apertura a que cohabiten valores plurales que, eventualmente, pueden colisionar, en lugar de cerrarse a un escaso número de principios coherentes y compatibles.<sup>12</sup>

---

11. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 212.

12. *Ibid.*, p. 275.

Los postulados neoconstitucionales solo pueden enmarcarse dentro de la lógica de un Estado garantista, conforme lo consagra la Constitución vigente, donde existe una igualdad jerárquica de los derechos constitucionales. En cuanto a los principios de aplicación de los derechos, destaca los postulados del artículo 10 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador en virtud de los cuales los derechos son exigibles individual y colectivamente ante la autoridad competente, no discriminación en el goce de derechos, derechos y garantías son de directa e inmediata aplicación, toda norma que restrinja derechos será inválida, principio de interpretación pro libertatis y pro homine, los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, el respeto de los derechos como el más alto deber del Estado.

Hace una enunciación de los denominados derechos de protección entendidos como los derechos de defensa de los derechos en donde destaca la tutela judicial de los derechos e intereses consagrado en el art. 75 de la Constitución de la República, el mismo que se hace extensivo conforme lo destaca el profesor Jesús González Pérez a tres momentos distintos: en el acceso a la justicia, en el proceso ya iniciado y, una vez dictada la sentencia, en la fase de ejecución; asociado al mismo, analiza el debido proceso consagrado en el art. 76 de la Constitución y varios de sus principios, entre los que destaca la presunción de inocencia, legalidad, el derecho a la prueba y su valoración, la ley sancionatoria en el tiempo e interpretación pro reo, la proporcionalidad entre infracción y sanción, y el derecho a la defensa. Respecto a este último se realiza un análisis de la prisión preventiva y de las medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad en el Estado constitucional de derechos.

En cuanto a la interpretación constitucional, reitera que los jueces adquieren un rol más activo y protagónico en el Estado garantista. Señala que la interpretación judicial debe respetar la integridad de la Constitución y atender al espíritu del constituyente.

Respecto a los métodos de interpretación conocidos como ponderación y proporcionalidad parte de la concepción de Robert Alexy acerca de principios y menciona que los mismos “son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”;<sup>13</sup> en cambio las reglas “son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre solo ser cumplidas o incumplidas”.<sup>14</sup>

---

13. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 377.

14. *Ibid.*, p. 377.

Determina que la aplicación de los principios se puede realizar a través de la ponderación. Para el autor el “método de ponderación consiste en determinar el peso o trascendencia de cada uno de los principios en el caso concreto que se juzga tratando de buscar una solución de armonía o equivalencia, es decir una salida que viabilice la optimización de la realización de los principios en ese caso”.<sup>15</sup>

También destaca la importancia del contenido esencial de los derechos, que pueden ser regulados por el legislador, pero solo bajo la categoría de leyes orgánicas, respetando el contenido esencial de esos derechos constitucionales; de esa forma se evidencian los límites que tienen el legislador, quien, pese a tener una legitimidad democrática, no puede restringir el contenido esencial de los derechos, mecanismo de interpretación que ha sido desarrollado por constitucionalismo comparado: así lo demuestran la Constitución española de 1978 en el art. 53.1; y, la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 19.1.

Esto se encuentra en concordancia con las garantías normativas, por medio de las cuales se vincula a todas las personas, autoridades e instituciones con la Constitución de la República (art. 426 CRE), y solo por la categoría de Ley Orgánica se pueden regular los derechos constitucionales (132 y 233 CRE), ya que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos constitucionales (11.4 CRE).

En estos desafíos del neoconstitucionalismo direccionado a los jueces, se aborda la argumentación jurídica y la motivación de las sentencias. Para el autor argumentar significa “dar razones que justifiquen un enunciado concreto”,<sup>16</sup> menciona atendiendo al pensamiento de Manuel Atienza que “los argumentos jurídicos se desarrolla en el campo de la dogmática jurídica la misma que desarrolla una triple función: 1. nutrir de criterios para la producción del derecho por parte de los poderes normativos donde se realiza; 2. con el derecho ya producido, suministrar criterios para la aplicación del mismo; y, 3. la ordenación de algún sector del ordenamiento jurídico”.<sup>17</sup>

Ubicando la teoría de la argumentación jurídica dentro de la dogmática que es la suministradora de criterios para la aplicación del derecho, manifiesta Atienza que “los órganos aplicadores del derecho –jueces y órganos administrativos– no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas”.<sup>18</sup>

---

15. *Ibid.*, p. 380.

16. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 388.

17. *Ibid.*, pp. 388, 389.

18. *Ibid.*, p. 389.

Menciona el autor que “un fallo judicial es un juicio práctico desde que decide sobre actos humanos, es la formulación de un enunciado normativo y éste constituye la conclusión de la sentencia que es una norma que ordena, prohíbe o permite alguna acción. Para llegar a esta formulación normativa finales necesario fundamentarla, sustentarla y, para ello, se sientan premisas normativas y fácticas o no normativas (sentimientos o creencias)”.<sup>19</sup>

El autor también vierte comentarios respecto a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, manifestando que es la normativa que regula la justicia constitucional, misma que tiene las siguientes características:

1. Es una potestad cuya finalidad es administrar justicia constitucional.
2. Atribuida a jueces pertenecientes a la Función Judicial y a un Tribunal que se denomina Corte Constitucional, todos independientes de las autoridades legislativas y ejecutivas.
3. Cuyas decisiones, dictadas en forma de sentencias, sobre las controversias que se le someten, se adoptan conforme vinculadas a Derecho, acatando normas preestablecidas, a través de un proceso contradictorio.
4. Que carecen de iniciativa y solo actúan a instancia de personas que exhiben su pretensión, siempre que estén legitimadas para accionar por la Constitución y esa Ley.<sup>20</sup>

Destaca que esta disposición legal tiende a proteger por medio de las garantías jurisdiccionales los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; siendo competentes los órganos judiciales ordinarios y el órgano especializado en materia de control constitucional; manifiesta el autor que en nuestro medio los jueces ordinarios dan un control difuso, concreto, directo, preventivo o reparador que se activa por vía de acción; y que al órgano especializado le corresponde garantizar la supremacía material de la constitución y la eficacia jurídica de su normativa, a través de la versión del control abstracto, concentrado, directo y reparador.

Enuncia entre los principios de aplicación de la justicia constitucional: la aplicación más favorable de los derechos, la optimización de normas constitucionales, obligatoriedad del precedente constitucional y de administrar justicia constitucional. Critica y menciona los errores de la Corte Constitucional ecuatoriana al asumir “falsas lagunas” para justificar decisiones políticas, lo cual para el autor resulta arbitrario –sentencia 003-09-SIN-CC de 23 de julio de 2009–.

Finalmente, realiza la descripción de varias ponencias doctrinarias: la primera es del propio autor respecto a los límites de la creación judicial del derecho, y realiza

---

19. *Ibid.*, pp. 392, 393.

20. *Ibid.*, p. 397.

un análisis del paso del Estado de legalidad hacia una constitucionalidad, en donde el juez se convierte no solo en aplicador de normas sino en creador de las mismas; luego toma como referente la conferencia de Manuel Atienza Rodríguez, quien aborda la relación estrecha que existe entre la Constitución y la argumentación jurídica; menciona este autor que

argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de defender o refutar [...] Además, una argumentación consta de ciertas unidades básicas, los argumentos en los que se pueden distinguir-se premisas (enunciados de los que se parte) y conclusiones (enunciados a los que se llega); y que son evaluables según ciertos criterios que permiten calificar los argumentos (y argumentación) como válidos, sólidos, persuasivos, falaces, etc.<sup>21</sup>

Para terminar se transcribe la conferencia realizada por Juan Antonio García Amado en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, que abarcó la temática de argumentación, interpretación y jueces; y sobre la críticas a Robert Alexy sobre los conflictos entre principios y reglas a lo que llama “ley de colisión” y “colisiones sin ley”. Señala que la justificación del neoconstitucionalismo se encuentra en la presencia de las Constituciones contemporáneas que consagran cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía.<sup>22</sup>

Por lo antes mencionado, se puede colegir que la obra de Jorge Zavala Egas proporciona de manera didáctica valiosos elementos teóricos respecto al nuevo constitucionalismo, y cómo esta doctrina se ha incorporado dentro del sistema jurídico ecuatoriano. A través del empleo de bibliografía actualizada y el análisis crítico de la jurisprudencia ecuatoriana, el autor contrasta estas nuevas tendencias constitucionales.

La doctrina conocida como el neoconstitucionalismo que tuvo su cuna en Europa se ha irradiado por Latinoamérica, incorporándose en los marcos constitucionales de nuestros países, adquiriendo características propias. Por ello la producción de textos que permitan comprender las bases teóricas y las realidades pragmáticas de estas nuevas corrientes son de gran valía en el ámbito jurídico, académico y social; sobre todo en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia en donde, parafraseando a Ronald Dworkin, todas las personas e instituciones nos tomemos los derechos en serio.

---

21. Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, p. 462.

22. *Ibid.*, p. 517.

Elena Durán, *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2010.

por Juan Carlos Mogrovejo\*

Con ocasión del estudio de los recursos que en sede judicial pueden promoverse en materia tributaria, y que efectúe algún tiempo atrás, me sentí motivado en examinar aquellos que discurren en materia contencioso administrativa a la luz del marco normativo ecuatoriano; precisamente esa pretensión conllevó el escrutinio de importante material doctrinario referido al contencioso administrativo, de producción nacional y extranjera, conduciéndome así al trabajo investigativo que lleva por título *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, de autoría de Elena Durán, publicado en la Serie Magíster No. 92 de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Este trabajo, como bien lo cita la autora, destaca los elementos esenciales inmersos en el conflicto jurídico que, en sede judicial, sostienen la Administración y los particulares, a efectos de obtener una decisión final del órgano competente y la tutela efectiva de un derecho transgredido, que, por su carácter revisor, expresa su condición *ex post* de la actividad administrativa.

Este trabajo, como bien lo cita la autora, destaca los elementos esenciales inmersos en el conflicto jurídico que, en sede judicial, sostienen la Administración y los particulares, a efectos de obtener una decisión final del órgano competente y la tutela efectiva de un derecho transgredido, que, por su carácter revisor, expresa su condición *ex post* de la actividad administrativa.

En la primera parte incurre en referentes conceptuales sobre la administración pública, con suficiente apoyo doctrinario, conducentes al supuesto que la identifica como toda actividad del Estado que queda una vez separada de las Funciones Legislativa y Judicial, y que es ejercida mayormente por la Función Ejecutiva, mas no privativamente, puesto que las otras funciones realizan también actividades de este orden. Asume, por lo mismo, que el derecho administrativo se engarza en la actividad de la administración integrada por el conjunto de organismos que actúan dentro de un espectro en el que se encuentra investida de prerrogativas y exorbitancias que no se otorgan a los particulares, y, en ese marco, lo describe como el conjunto de normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa, cuya actividad se exterioriza en reglamentos, actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos y contratos administrativos.

Reflexiona que, por la dinamia propia de la actividad de la administración pública que fluye en distintos escenarios, resulta compleja la estructuración de un cuerpo

\* Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Universidad Nacional de Loja (2001), Magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente de la UASB-E.

normativo que integre y regule de manera uniforme todos los elementos y cubra todos los espacios en los que la relación Estado-administrado se presenta.

Refiere también a la legalidad como principio rector en la relación Administración-particulares, enfatiza el carácter normativo y vinculante de la Constitución como máximo ordenamiento jurídico y al que debe adecuarse la normativa secundaria, y por el cual se constriñe a la Administración a actuar dentro de los límites que en aquella se establece, asegurando, por lo mismo, el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas, consagrados en la Carta Fundamental.

Destaca la autotutela administrativa que opera en virtud del principio de acto administrativo previo, por el cual, al conocimiento judicial, precede un pronunciamiento por parte de la Administración Pública que será el fundamento de revisión, de tutela judicial final, lo que en doctrina se conoce como recurso, mecanismo de activación de la justicia contencioso administrativa atribuida al órgano judicial competente. En este contexto, hace breve referencia a la autotutela declarativa, ejecutiva y reduplicativa.

Seguidamente la autora acomete el análisis de los mecanismos de activación de la justicia contencioso administrativa, no sin antes exponer la naturaleza del contencioso administrativo, y en esa línea exponer que el objeto de este, conforme a la doctrina moderna, es siempre una pretensión, a partir de lo cual se colige que no es el contenido del acto impugnado sino las pretensiones las que contribuyen a delimitar los poderes del juez. El conflicto se desarrolla mediante un proceso entendido como el instituto jurídico destinado a la satisfacción de pretensiones.

Enfatiza la naturaleza de la justicia contencioso administrativa que, a la luz de la experiencia ecuatoriana, se instrumenta con aplicación del sistema judicial, diferenciándose de otros sistemas de corte administrativo o mixto.

En esta línea explicita los canales reconocidos en la legislación ecuatoriana para promover acciones en sede judicial impugnando los actos de la Administración Pública que causan efectos jurídicos contra los administrados, expresados en reglamentos, actos y resoluciones, que vulneren un interés directo del recurrente o que sean consecuencia de una disposición de carácter general; así, pues, el recurso contencioso administrativo que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo que se trate, se remite al recurso de plena jurisdicción o subjetivo, en tanto que, al tratarse de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, procede el recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, activado por quien tenga interés directo para deducirlo, solicitando al Tribunal la anulación del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

En este orden, y con respaldo en profuso desarrollo doctrinario, se ha dicho que lo que se protege con el recurso de plena jurisdicción es el derecho subjetivo originado en la ley o en el acto administrativo, mientras que con el recurso de anulación lo que se protege es el derecho objetivo, exigiendo que el recurrente tenga legítimo interés para proponer la acción. En el primero, el Tribunal resuelve sobre la validez del acto administrativo y las reivindicaciones que fueren pertinentes; en el segundo, en cambio, el Tribunal decide sobre la anulación del acto administrativo en guarda del imperio de la ley o de la norma jurídica lesionada por el acto cuya anulación se demanda.

El recurso subjetivo opera contra un acto administrativo que se dirige a lo particular, singular, o individual del administrado y que trasluce una situación jurídica *inter partes*; por lo mismo, tiene como fundamento la lesión de un derecho subjetivo y con él se persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada frente al abuso de la administración; en tanto que, un recurso objetivo o de anulación, orientado a tutelar el cumplimiento de la norma objetiva que ha sido violentada por la Administración en virtud de la expedición de una norma inferior o de una resolución de carácter general, refiere a un asunto impersonal, objetivo o general y de cuya resolución se desprenden efectos generales o *erga omnes*, de manera que con la anulación del acto impugnado se producirá el restablecimiento de la legalidad, con prescindencia del derecho subjetivo que pudiera invocar quien deduce el recurso.

En este orden de cosas, la autora resalta las diferencias entre los dos recursos. Luego aborda la acción de lesividad, que parte del supuesto de la estabilidad de los actos administrativos, siendo, por lo mismo, la Administración incapaz de revocar sus decisiones en propia sede, ante lo que, mediante declaración previa de lesivo al interés público o al bien común el acto expedido, inicia un proceso judicial de impugnación ante el juez contencioso administrativo para que anule ese acto que generó derechos al administrado. En este cometido, incurre en la minuciosa revisión de tal categoría.

Posteriormente, se centra en la revisión y análisis de los órganos jurisdiccionales en materia contencioso administrativa sobre los asuntos que son de su conocimiento y resolución y de los procedimientos observados en cada acción, para, finalmente y como ejercicio correlativo al tratamiento anterior, dejar de manifiesto, a la luz de casos concretos, los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la jurisdicción y competencia en materia contencioso administrativa.

De lo expuesto, se está ante un trabajo que denota un esfuerzo investigativo que induce a seguir ahondando las categorías abordadas dentro del complejo espectro jurídico administrativo, que, no obstante las innovaciones normativas, empezando por el nuevo marco constitucional, no deja de tener pertinencia y propiedad su enfoque e incidencia.



## Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-IO)

*Alex Iván Valle Franco\**

### RESUMEN

El presente trabajo pretende mostrar de manera objetiva y técnica, las motivaciones, contenidos y demás elementos de sustento utilizados por la Corte Constitucional ecuatoriana en el control abstracto de inconstitucionalidad por omisión normativa. Previo el análisis de la sentencia se presentan conceptos relativos al control de constitucionalidad por omisión en el derecho comparado y en la doctrina; además se hace un breve recorrido histórico del apareamiento de la mencionada institución jurídica. Finalmente, se revisa la sentencia en cada una de sus partes y se van describiendo los aspectos más relevantes y conflictivos.

**PALABRAS CLAVE:** control constitucional, omisión absoluta, omisión relativa, inconstitucionalidad, inacción legislativa, omisión razonable, revocatoria del mandato.

### SUMMARY

The study pretends to objectively and technically demonstrate the motivation, content and other supporting elements used by the Ecuadorian Constitutional Court in abstract constitutional review due to normative omission. Before analyzing the ruling, the author refers to different concepts of constitutional review due to normative omission offered both by comparative law and doctrine. The article provides a brief historical reminiscence of the above mentioned control and analyzes the ruling in detail, describing its most relevant and conflictive points.

**KEY WORDS:** constitutional control, absolute omission, relative omission, unconstitutionality, legislative inaction, reasonable omission, recall of mandate.

FORO

\* Abogado y licenciado por la PUCE, Magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina con mención en Mecanismos de Protección por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Maestría en Sociología FLACSO (c). Docente de Administración de Justicia Internacional y de Métodos de Investigación aplicados al Derecho Penal en la UASB-E.

## APARECIMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR OMISIÓN EN EL ECUADOR

Previo el análisis de la sentencia emitida por la corte Constitucional ecuatoriana respecto de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión de las normas referentes a la “revocatoria del mandato”, es necesario hacer una breve revisión histórica y conceptual de dicho mecanismo de control constitucional en el país.

El sistema de control concentrado de constitucionalidad en Ecuador tuvo como antecedente primigenio al Tribunal de Garantías Constitucionales. La institucionalización de una magistratura especializada en la materia se da con la creación del Tribunal Constitucional mediante reforma constitucional de 1996;<sup>1</sup> sin embargo, el control constitucional de naturaleza negativa relacionado con las omisiones permanece ausente hasta la vigente Constitución de la República de 2008.

Para corroborar la anterior afirmación, podemos revisar la Constitución de 1979 en la que el control de “orden jurídico” incluía el control de carácter constitucional. Dicho control para la armonización de la ley con los mandatos constitucionales le correspondía por una parte a la entonces Corte Suprema de Justicia,<sup>2</sup> quien podía “suspender –total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte– los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por un fondo...”; de otra parte, correspondía al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales “formular observaciones acerca de decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictados con violación de la Constitución o las leyes, luego de oír a la autoridad u organismos que los hubieren pronunciado”. En las competencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal de Garantías Constitucionales estipuladas en la Constitución de 1979 no se observa el control constitucional por omisión legislativa, constando únicamente el control constitucional de naturaleza positiva. Los principales efectos de dichos dictámenes eran la suspensión e inaplicación de las disposiciones consideradas contrarias a la Constitución.

La Constitución Política de 1998,<sup>3</sup> dentro de las competencias atribuidas al reciente Tribunal Constitucional en el artículo 276, mantiene ausente el control constitucional de naturaleza negativa por las omisiones legislativas, manteniendo la declaratoria de inconstitucionalidad únicamente sobre los actos o disposiciones normativas. El efecto primordial de dicho control era anular el acto o disposición normativa del mundo jurídico, mediante la declaratoria de inconstitucional.

---

1. Registro Oficial No. 863 del 16 de enero de 1996.

2. Constitución Política de 1979, *Decreto Supremo* 000. R.O. 800: 27-03-1979, arts. 137 y 138.

3. Constitución Política de 1998, *Decreto Legislativo* 000. R.O. 1: 11-08-1998.

La Constitución de la República de 2008, en contraste con las anteriores, establece por primera vez el control constitucional de naturaleza negativa en su artículo 11 numeral 8, en los casos en que las omisiones disminuyan, menoscaben o anulen injustificadamente el ejercicio de los derechos. El órgano encargado del control constitucional es la Corte Constitucional mediante la atribución conferida en el artículo 436 numeral 10 que permite revisar las omisiones que “inobserven en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

## **DEFINICIÓN Y ALCANCE DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR OMISIONES**

Con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 se establecen nuevas garantías, un nuevo modelo de constitucionalismo basado en derechos y justicia, y un nuevo órgano de control constitucional con funciones y competencias plenamente definidas, entre esas novedades encontramos incorporado el control constitucional por omisión. Según Germán J. Bidart Campos, “la labor de interpretación constitucional no se reduce a desentrañar el significado de normas opuestas al texto constitucional y a eliminarlas, sino que se extiende a llenar los vacíos que por “omisión dejan a la Constitución congelada”.<sup>4</sup>

En ese sentido, la inconstitucionalidad por omisión aparece ante la inacción legislativa para normar una determinada materia señalada en el texto constitucional, cuyo ejercicio pierde eficacia ante el vacío normativo, provocando con ello un vicio de inconstitucionalidad.<sup>5</sup> La omisión se evidencia si la Constitución defiere a la ley y dicha ley no se expide. Es decir, cuando se incumple una orden de legislar.

El propósito de la inconstitucionalidad por omisión es lograr que la voluntad del constituyente se cumpla plenamente.

La inconstitucionalidad por omisión observa los siguientes elementos:

- a) El mandato constitucional del deber de actuar del legislador;
- b) El deber de actuar del legislador debe ser concreto y no abstracto; y,

---

4. Germán J. Bidart Campos, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Víctor Bazán, coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, p. 3.

5. Francisco Fernández Segado, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1995, p. 11.

- c) La omisión no debe ser razonable teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido para el cumplimiento del deber constitucional.<sup>6</sup>

Francisco Fernández Segado<sup>7</sup> se refiere a la omisión por exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio. Expresa que:

no solo la ausencia de regulación en los supuestos referidos puede dar lugar a la omisión legislativa inconstitucional, sino que también la violación de principios materiales de la Constitución por una norma legal que, por ejemplo, excluya arbitrariamente de un determinado beneficio a un colectivo social, caería dentro de la categoría de la omisión legislativa inconstitucional, en este supuesto por exclusión arbitraria.

La conclusión de todo lo expuesto para Wessel es que las omisiones absolutas del legislador son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del mismo de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas presuponen una regulación parcial que omite el goce del derecho a determinados grupos de personas, que entraña una violación del principio de igualdad. El interés de dicha clasificación era identificar el tipo de omisiones fiscalizables en sede constitucional.<sup>8</sup>

El mencionado tipo de control constitucional es sin duda uno de los más polémicos porque significa una ruptura frontal de los deberes del legislador y de los principios dogmáticos sobre los que se construyó el Estado liberal y en el que se afirmaba que “el juez es la boca de la ley” y en el que el legislador es el “único competente para interpretar auténticamente la ley”. Bajo esos presupuestos era impensable suponer que los jueces adquieran plena capacidad para interpretar extensivamente la norma o para crear “derecho” ante los vacíos existentes. Esa visión de la ley, y por ende de quien la elabora, se prolongaría hasta nuestros días bajo un rigor *ius positivista* que se traduce en un rechazo sobre el control ejercido en la labor del legislador, especialmente sobre su inacción.

El mismo Kelsen hacía alusión a las consecuencias jurídicas enlazadas a una ley expedida por el legislador, y a la imposibilidad de enlazar dichas consecuencias con el caso de omisiones legislativas por la falta de expedición de una ley prescrita en la Constitución.<sup>9</sup> De su parte, Gomes Canotilho, profesor de Coimbra, destaca la existencia de la inconstitucionalidad por omisión en los casos en los que la norma constitucional impusiera un deber concreto de actuación, deber que deriva del incumpli-

---

6. Gerardo Monroy Cabra, *Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana*, ver en: [www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20]. Acceso: 11-02-2011.

7. Francisco Fernández Segado, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, p. 13.

8. *Ibid.*

9. Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949, p. 275.

miento de un mandato constitucional de legislar y adoptar medidas legislativas de concreción. En definitiva la inacción del legislador produce efectos jurídicos vinculantes a los cuales se puede relacionar una declaración de inconstitucionalidad.

La doctrina moderna que con más detenimiento se ha ocupado del tema, admite generalizadamente que determinadas normas constitucionales impelen al legislador a actuar en desarrollo y concreción de la Constitución, pudiendo generar en la pasividad del legislador una omisión inconstitucional. Ese deber positivo de legislar deriva no solo del mandato constitucional sino de los principios concretos identificados en el proceso de interpretación auténtica del legislador. El problema se torna más delicado si se observa que dicha omisión afecta los derechos fundamentales, ya que en ese caso es apremiante ejercer el deber de acción legislativa en beneficio del colectivo social. En definitiva, los derechos fundamentales solo pueden cumplir su función social a través de la legislación, lo que deja meridianamente clara la trascendencia que para la vigencia de la Constitución en el ámbito de los derechos fundamentales tiene la intervención del legislador.

En el intento de conceptualizar lo que se entiende por omisión inconstitucional del legislador con carácter previo, se identificará cuál ha de ser el objeto del control a realizar en sede constitucional, y es con relación a esta cuestión donde se visualiza una frontal divergencia doctrinal entre las tesis que se conocen comúnmente como “obligacionales y normativistas”.

En el primer caso se produce un control constitucional dirigido al incumplimiento del legislador en una determinada obligación impuesta por la misma Constitución; desde este punto de vista existe inacción legislativa por incumplimiento del mandato constitucional. En el segundo caso, los que se ubican en la posición normativista ponen el acento no tanto en la omisión propiamente dicha, visualizada como incumplimiento de una obligación de legislar, sino en las consecuencias de la misma, subrayando que el objeto del control habrá de ser la norma implícita que la inacción legislativa propicia.<sup>10</sup>

Bajo estos presupuestos y tipologías de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, revisaremos la reciente sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana emitida en Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (CASO No. 0005-10-IO):

## **RELACIÓN DE LOS HECHOS**

El señor Jhony Ricardo Firmal Chang, secretario general de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas-AME, presenta la acción de inconstitucionalidad por

---

10. Jorge Miranda, “Inconstitucionalidad por omisión”, en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución*, Lisboa, Petrony, 1977, pp. 333-345.

omisión con fecha 10 de noviembre de 2010, en contra de la Asamblea Nacional y del Ejecutivo, al incurrir en la omisión de desarrollar el mandato constitucional establecido en la disposición transitoria primera, inciso primero numeral tres que ordena que: “el órgano legislativo en el plazo máximo de ciento veinte días aprobará la Ley electoral y en trescientos sesenta días aprobará la ley que regule la participación ciudadana”.

En concreto indica que la “revocatoria del mandato” prevista en el artículo 105 de la Constitución de la República es una especie de género de consulta popular, según lo dispuesto en el artículo 75 numeral 3, literal e de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que la misma se ha excluido del control constitucional atribuido a la Corte Constitucional que por mandato expreso existe en el artículo 104 de la Constitución. Que el desarrollo previsto en la Ley Orgánica Electoral en su artículo 200 es incompleto e incorrecto porque establece un plazo menor al plazo establecido en el artículo 106. Que la Ley Orgánica de Participación Ciudadana agrega en su artículo 27 un plazo de recolección de firmas de ciento ochenta días, sin determinar más requisitos. Por ende, se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa del mandato constitucional contenida en la disposición transitoria primera de la Constitución, dentro del plazo allí establecido.

Además el peticionario solicita, como medida cautelar, la suspensión de los procesos de revocatoria del mandato, iniciados y dispuestos por el Consejo Nacional Electoral porque estos violentan los derechos de las autoridades de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados.

## **ARGUMENTOS DEL LEGITIMARIO PASIVO**

La Asamblea Nacional, principal aludido en la demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa, remite un escrito con fecha 12 de enero de 2011 indicando que la Ley Orgánica Electoral y el Código de la Democracia fueron aprobados en abril de 2009, la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana en agosto de 2009, mientras que la Ley Orgánica de Participación Ciudadana fue aprobada en abril de 2010. El principal argumento de la Asamblea Nacional es demostrar que todas las normas citadas atinentes a la regulación de los procesos electorales, incluido el de revocatoria del mandato, fueron publicadas en el correspondiente registro oficial en la época de su aprobación, con lo que cobran plena vigencia en el marco normativo ecuatoriano. Además se presenta una certificación del Consejo de Administración Presupuestaria indicando que se ha dado trámite a las leyes materia de la demanda. Finalmente se indica que se ha actuado dentro de los plazos constitucionales establecidos en la disposición transitoria primera relacionada con la participación ciudadana.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional se declara competente para conocer de la inconstitucionalidad por omisión legislativa conforme al artículo 436 numeral 10 de la Constitución, el artículo 128 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el artículo 75 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional. El análisis jurídico se realiza en torno a las siguientes interrogantes:

### **¿Cuál es la naturaleza y el objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión?**

Respecto del primer punto, la Corte Constitucional, conforme al artículo 436 numeral 10 de la Constitución, afirma que le corresponde el denominado control abstracto de constitucionalidad, determinando si la institución legislativa ha inobservado o no la disposición constitucional por omisión.

La Corte considera que se debe diferenciar entre la obligación jurídica de legislar y la obligación de legislar cuando existe un deber claro y concreto constitucionalmente ordenado, existiendo en el segundo caso la obligación de desarrollar los preceptos constitucionales para su vigencia. En ese sentido, el mismo texto constitucional debe señalar de manera expresa la “obligación normativa de hacer”, así como “la institución que debe dar cumplimiento a ese mandato” y el respectivo “plazo para el desarrollo del mandato”.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se ha aceptado que el legislador puede vulnerar la Constitución por vía de omisión, pero reconoce que no toda omisión puede ser sometida a control constitucional. En ese sentido no son de competencia de la Corte Constitucional colombiana las omisiones absolutas que consisten en la falta total de regulación normativa de algún aspecto. Ello ocurre porque la ausencia íntegra de normatividad no puede ser cotejada con el texto constitucional.

En el caso de la Corte Constitucional ecuatoriana, la competencia para conocer omisiones normativas de carácter absoluto se encuentran estipuladas en el artículo 129.1 de la Constitución de la República, que concede a la Corte la posibilidad de subsanar la omisión vía jurisprudencial hasta que el órgano que omitió su deber regule sobre la materia incoada.

En el caso concreto de la “revocatoria del mandato”, no se encuentra en los contenidos de la demanda elementos que puedan llevar a considerarla como un caso de omisión total o absoluta, porque la misma sentencia señala que la Constitución de la

República de 2008<sup>11</sup> regula la revocatoria por medio de plazos e instituciones responsables de dicho proceso; de otra parte, existen cuerpos normativos orgánicos de participación en los que se regula la mencionada institución.

Si la omisión es relativa, esta debe “presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores.<sup>12</sup> En el caso analizado, no se percibe un enfrentamiento real entre los mandatos impugnados y la supuesta norma omitida; tal es así que existen procesos de revocatoria del mandato realizados y otros en marcha con base a las disposiciones constitucionales y legales vigentes.<sup>13</sup>

### **¿La Asamblea Nacional ha incurrido en inconstitucionalidad por omisión al no desarrollar normativamente los preceptos constitucionales contenidos en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República?**

La Corte Constitucional en este punto hace mención al caso No. 0019-09-IC, publicado en Registro Oficial No. 159 del 26 de febrero de 2010, respecto de la sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, en la que se resolvió que:

---

11. **Art. 105.** Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del período para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el período de gestión de una autoridad podrá realizarse solo un proceso de revocatoria del mandato.

La solicitud de revocatoria deberá respaldarse por un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral.

**Art. 106.** El Consejo Nacional Electoral, una vez que conozca la decisión de la Presidenta o Presidente de la República o de los gobiernos autónomos descentralizados, o acepte la solicitud presentada por la ciudadanía, convocará en el plazo de quince días a referéndum, consulta popular o *revocatoria del mandato*, que deberá efectuarse en los siguientes sesenta días.

Para la aprobación de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o *revocatoria del mandato*, se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos, salvo la revocatoria de la Presidenta o Presidente de la República en cuyo caso se requerirá la mayoría absoluta de los sufragantes.

El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento. En el caso de revocatoria del mandato la autoridad cuestionada será cesada de su cargo y será reemplazada por quien corresponda de acuerdo con la Constitución.

12. Sentencia Corte Constitucional Colombiana C-427 de 2000. Ver en: [[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#\\_ftn6](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#_ftn6)]. Acceso: 11 de febrero de 2011.

13. El consejero Fausto Camacho aclaró que hay 624 pedidos de formularios o procesos de revocatoria activos en el país que concluirían entre febrero y marzo. Existen 68 solicitudes formalizadas con firmas de respaldo; siete procesos desarrollados (dos autoridades fueron revocadas), 14 convocados y siete por convocarse; 16 negados y 14 para verificación de firmas, de un universo de 5.924 autoridades. Diario *El Comercio* de 1 de febrero de 2011. Ver en: [[http://64.59.73.51/Politica/regulaciones\\_para\\_las\\_revocatorias.aspx](http://64.59.73.51/Politica/regulaciones_para_las_revocatorias.aspx)]. Acceso: 12 de febrero de 2011.

2. La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar las leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana.

Bajo estas consideraciones la Corte considera que la facultad legislativa no se coarcta con el plazo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de la República, y que además se debe demostrar, por parte del órgano legislativo, que se han tomado todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la obligación institucional. En el párrafo segundo de la página 14 de la sentencia 005-10-IO sobre la constitucionalidad por omisión que estamos revisando, se encuentra que:

la Asamblea Nacional ha dado cumplimiento al precepto constitucional determinado en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución de la República, por lo que bajo una interpretación integral del texto constitucional y aplicando una interpretación teleológica de la norma en cuestión, se desprende que más allá de los plazos establecidos en la disposición constitucional, lo que el constituyente buscó como fin fue que el órgano legislativo implemente el ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución, lo cual está acorde con uno de los objetivos primordiales de la Función Legislativa, como es el crear leyes.

Se afirma que la sentencia interpretativa No. 0001-09-SIC-CC señala que al haber fenecido el plazo del legislador para expedir determinadas leyes no se traduce en la caducidad de la potestad del legislador para expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter obligatorio. De esta forma la facultad del legislador no puede desprenderse del mandato de optimización constitucional.

Bajo estos presupuestos, y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se incurre en omisión legislativa relativa cuando éste ha regulado “de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad”.<sup>14</sup>

Finalmente, en el párrafo primero y segundo de la página 15 de la sentencia 0005-10-IO analizada en el presente ensayo, se considera que la Asamblea Nacional “no ha incurrido en una omisión legislativa puesto que las leyes cuya inconstitucionalidad por

---

14. Sentencia C-1549 de 2000. Ver en: [[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A02.htm#\\_ftn6](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A02.htm#_ftn6)]. Acceso: 11 de febrero de 2011.

omisión se demanda, han sido debidamente aprobadas y publicadas” y que, de acuerdo al principio *pro legislatore*, la declaratoria de omisión es de última ratio, ya que el órgano de control constitucional previo a declarar la inconstitucionalidad por omisión debe exhortar al órgano competente para que se dicte la norma en el plazo razonable.

Según el razonamiento de la misma Corte Constitucional ecuatoriana, no se ha incurrido en ninguno de los presupuestos revisados; se hace mención únicamente a un incumplimiento formal respecto de los tiempos establecidos en la Constitución para la creación normativa; pese a ello se reconoce, como dijimos, que existe regulación de la revocatoria del mandato en la misma Constitución de la República en sus artículos 105 y 106.

Por todo lo analizado se establece con claridad meridiana la inexistencia de “omisiones totales o relativas respecto del caso demandado”, en especial porque ya existen precedentes previos realizados por el Consejo Nacional Electoral sobre pedidos de revocatoria del mandato, para cuya realización no ha sido óbice la inexistencia reglamentaria detallada que los demandantes exigen. La Corte Constitucional colombiana en ese sentido ha dicho que la inconstitucionalidad por omisión se verifica si “al regular o construir una institución se omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella”.<sup>15</sup>

### **¿La Asamblea Nacional ha omitido elementos normativos constitucionalmente relevantes al no regular la revocatoria del mandato?**

Respecto de esta interrogante en el párrafo tres de la página 16 de la sentencia analizada encontramos que la Corte Constitucional considera que el legislador ha desarrollado las disposiciones normativas a través de la aprobación de la Ley Orgánica Electoral, el Código de la Democracia, la Ley del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Ley o de Participación Ciudadana, en ese sentido tal y como lo señalamos en los párrafos anteriores, no existe laguna ni vacío legislativo que sustente la omisión legislativa total.

La disyuntiva que se presenta según la Corte Constitucional ecuatoriana en el presente caso es respecto de los plazos, pero que allí cabe verificar la interpretación integral del texto constitucional y la intención del legislador en dar cumplimiento al pre-

---

15. Sentencia C-690 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 4. En el mismo sentido, ver, en particular, la sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz, y las sentencias C-146 de 1998, C-067 de 1998 y C-1255 de 2001. Ver: [[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#\\_ftn6](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#_ftn6)]. Acceso: 11 de febrero de 2011.

cepto constitucional de tiempo determinado. Además se colige que el legislador no ha incurrido en inconstitucionalidad parcial por omisión, ya que en la especie los presupuestos para que se produzca la denominada revocatoria de mandato se encuentran consagrados dentro del mismo texto constitucional en los artículos 105 y 106, en lo que se determinan “tiempos, instituciones, procedimientos y requisitos” de la revocatoria.

Los dichos se ratifican con preceptos extraídos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que exige para la admisibilidad de una omisión legislativa relativa el acuse del contenido normativo específicamente vinculado con la omisión, ni tampoco pueden ser demandadas normas de las cuales no emerge el precepto que el actor echa de menos. Así, “para que pueda prosperar una demanda contra una omisión legislativa, es necesario que el silencio del Legislador comporte una regla implícita que viole los preceptos superiores, en este caso, que llegue a desconocer el derecho que es objeto de desarrollo legal expreso”.<sup>16</sup>

## CONCLUSIONES

Entre las conclusiones de la Corte Constitucional encontramos:

La Asamblea Nacional no ha incurrido en omisión legislativa respecto a la inobservancia del precepto constitucional contenido en la Disposición Transitoria Primera del texto constitucional.

El órgano legislativo se encuentra cumpliendo su deber de desarrollar normativamente la institución de revocatoria del mandato conforme los respaldos entregados a la Corte. Que “los procesos de revocatoria del mandato ya se encuentran convocados y en marcha y se han efectuado conforme la normativa legal vigente, por lo que la Corte “no tiene facultad para revisarlos ni suspenderlos”.

Hasta aquí el análisis de la Corte Constitucional ecuatoriana es coherente con los preceptos necesarios para considerar la inconstitucionalidad ante la existencia de una omisión total o relativa por parte del legislador, sin embargo, veamos los párrafos posteriores, en los que contradictoriamente se plantea a manera de conclusiones:

con objeto de evitar o cesar la amenaza o violación de derechos reconocidos en la Constitución, los mismos que pueden ocasionar daños irreversibles a quienes se encuentren dentro de un proceso de revocatoria de mandato, y para asegura por otra parte, no lesionar el derecho que tiene la ciudadanía a ejercer la revocatoria del mandato como derecho político, la Corte considera pertinente adoptar como medida cautelar la suspensión de los procesos de revocatoria iniciados y los que se iniciaren en contra de las autoridades de

---

16. Cfr. Sentencia C-1549 de 2000.

elección popular, hasta que la Asamblea Nacional regule el procedimiento y requisitos de la revocatoria de mandato, bajo las estipulaciones de la parte resolutive de la sentencia.

Si se afirma la inexistencia de una omisión legislativa total o relativa en el caso demandado, entonces: ¿por qué se plantea la suspensión de los procesos de revocatoria por medio de la imposición de una medida cautelar?, y de otra parte, si se ha manifestado por la misma Corte Constitucional ecuatoriana la existencia de normas reglamentarias suficientes para la vigencia de la institución democrática de la “revocatoria del mandato”, ¿por qué se ordena a la Asamblea Nacional la regulación de procedimientos y requisitos de la revocatoria? Veamos cómo la sentencia de la misma Corte sigue aumentando estos conflictos al seguir contradiciendo sus propios argumentos:

## SENTENCIA

La decisión de la Corte se resume en los siguientes puntos: a) Negar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas; b) Disponer como medida cautelar la suspensión de los procesos de revocatoria debidamente calificados hasta que la Asamblea regule los requisitos y procedimientos para hacer efectivo el derecho de participación; c) “Declarar por conexidad la inconstitucionalidad de la frase “por el plazo de siete días del inciso primero del artículo 200 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, y el segundo inciso del artículo 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, mientras tanto ha de tenerse como plazo quince días para la convocatoria de mandato por parte del Consejo Nacional Electoral, de conformidad al artículo 106 de la Constitución”.<sup>17</sup>

De lo citado podemos plantearnos las siguientes interrogantes: si no existe inconstitucionalidad por omisión, ¿por qué se ordena a la Asamblea Nacional la armonización normativa?; si se declara inconstitucional un plazo y se determina la vigencia de otro establecido en la misma Constitución, ¿significa que la revocatoria del mandato tiene plazos claramente establecidos y que no cabe ninguna regulación sobre este aspecto? ¿Cuáles son los contenidos de la revocatoria de mandato a regular por parte de la Asamblea Nacional?, si se ha dicho que los requisitos de la mencionada institución democrática están plenamente reglados en la misma Constitución y normativa legal en materia de participación ciudadana.

---

17. Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia 0005-10-IO.

## ACLARATORIA

Estas confusiones planteadas por la misma Corte Constitucional tuvieron su efecto inmediato en el Consejo Nacional Electoral que, por intermedio de su portavoz y presidente Omar Simon Campaña, manifestó que la sentencia es contradictoria porque “por una parte se niega la acción de inconstitucionalidad, pero inmediatamente se emiten medidas cautelares hasta que se cumpla con la regularización del derecho de participación en mención”.<sup>18</sup>

El presidente del Consejo Nacional Electoral cuestionó el hecho de que si en la primera parte de la sentencia se niega la acción de inconstitucionalidad, cómo es que en la segunda parte de esta se dictan medidas cautelares hasta que se regule, si ya está regulado el proceso de revocatoria. Además afirmó que la decisión de la Corte Constitucional se traduce en una intromisión en temas de exclusiva competencia del organismo electoral, por ello incluso se amenazó con la destitución de los referidos jueces. Bajo los presupuestos enunciados, Omar Simon envió una solicitud de aclaratoria de la sentencia a la Corte Constitucional indicando que los plazos para contestar se vencen el 2 de febrero de 2011 a las 24:00.

La Corte Constitucional ante el referido pedido rectificó su resolución del 26 de enero y en un pronunciamiento de 2 de febrero de 2011 dispuso que los 14 procesos de revocatoria del mandato continúen en trámite, mientras los futuros planteamientos en ese sentido se someterán a las nuevas reglas dispuestas por ese organismo.

La solicitud de aclaración y de ampliación está sustentada en el artículo 94 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin embargo, la resolución de la misma no puede reformar o modificar la sentencia original a decir de la doctrina y de la Corte Constitucional colombiana. Por lo referido, llama la atención que, en principio, se suspendan todas las acciones o procesos de revocatoria del mandato planteados ante el Consejo Nacional Electoral y que, luego, se reforme la decisión permitiendo realizar los pedidos de revocatoria que ya están en marcha.

Este tipo de decisiones nos lleva a interpelarnos respecto de la existencia de seguridad jurídica en el país, pues el máximo órgano de control de constitucionalidad expresa en la sentencia una serie de contradicciones que nos genera más de una confusión al momento de interpretarla, y, de otra parte, tenemos una aclaratoria que reforma una parte de la decisión originaria y que responde a un fuerte cuestionamiento del Consejo Nacional Electoral. Con este tipo de decisiones debemos reflexionar sobre cuál va a ser

---

18. Ecuador Inmediato, ver en: [[http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=142680&umt=Omar%20Simon:%20Sentencia%20de%20Corte%20Constitucional%20sobre%20revocatoria%20de%20mandato%20es%20contradictoria%20%28AUDIO%29](http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=142680&umt=Omar%20Simon:%20Sentencia%20de%20Corte%20Constitucional%20sobre%20revocatoria%20de%20mandato%20es%20contradictoria%20%28AUDIO%29)].

la vigencia, el alcance y la observancia de las sentencias o de los precedentes constitucionales con carácter obligatorio generados por la Corte Constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Víctor Bazán, coord., *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.
- Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1995.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949.
- Miranda, Jorge, “Inconstitucionalidad por omisión”, en *Estudios sobre la Constitución*, Lisboa, Petrony, 1977.

## NORMAS

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución Política de 1979, *Decreto Supremo 000. R.O. 800: 27-03-1979*, arts. 137 y 138.
- Constitución Política de 1998, *Decreto Legislativo 000. R.O. 1: 11-08-1998*.
- Registro Oficial No. 863 del 16 de enero de 1996.

## INTERNET

- Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia 0005-10-IO. Ecuador Inmediato, [[http://ecuador-inmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=142680&umt=Omar%20Simon:%20Sentencia%20de%20Corte%20Constitucional%20sobre%20revocatoria%20de%20mandato%20es%20contradictoria%20%28AUDIO%29](http://ecuador-inmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=142680&umt=Omar%20Simon:%20Sentencia%20de%20Corte%20Constitucional%20sobre%20revocatoria%20de%20mandato%20es%20contradictoria%20%28AUDIO%29)].
- Monroy Cabra, Gerardo. *Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la corte Constitucional colombiana*, ver en: [[www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20](http://www.lrkt.lt/.../INCONSTITUCIONALIDAD%20POR%20OMISION%20EN%20)].
- Sentencia Corte Constitucional Colombiana C-427 de 2000. Ver en: [[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#\\_ftn6](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#_ftn6)].
- Sentencia C-1549 de 2000. Ver en: [[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#\\_ftn6](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#_ftn6)].
- Sentencia C-690 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 4. En el mismo sentido, ver, en particular, la sentencia C-543 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz, y las sentencias C-146 de 1998, C-067 de 1998 y C-1255 de 2001. Ver: [[http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#\\_ftn6](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2002/A226A-02.htm#_ftn6)].

Fecha de recepción: 29 de enero de 2011  
Fecha de aceptación: 26 de febrero de 2011

## Colaboradores

**Juan Pablo Aguilar Andrade**, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Maestría en Derecho Administrativo (c) en la Universidad San Francisco de Quito, especialista en Derecho Público y contratación administrativa. Durante veinte años desempeñó diversas funciones de asesoría en el sector público. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y del posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito. Trabaja como consultor privado en el campo de su especialidad [[jpguilar@accessinter.net](mailto:jpguilar@accessinter.net)].

**Juan Carlos Benalcázar**, ecuatoriano, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad San Francisco de Quito. Especialista Superior en Tributación y Magister en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctor en Derecho (PhD) con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México. Fue profesor de Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Derecho Fiscal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (2006-2010). Es profesor de los programas de Especialización Superior y de Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Es autor de varios libros, colaboraciones y artículos publicados en el Ecuador y en México. Ostenta el premio “José María Velasco Ibarra” a la mejor obra de Derecho Público del año 2007. Es miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral, miembro de honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo y miembro extranjero del Instituto Colombiano para el Estudio de la Contratación Estatal. Es miembro de la firma Serrano Puig Abogados [[jbenalcazarg@hotmail.com](mailto:jbenalcazarg@hotmail.com)].

**Jorge Fernández Ruiz**, mexicano, abogado por la Universidad de Guadalajara. Licenciado en Economía por el Instituto Politécnico Nacional de México. Maestro en Administración Pública por el Instituto de Estudios Superiores en Administración Pública. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de licenciatura en la Escuela Superior de Economía del Instituto Politécnico Nacional y de la Sección de Graduados de la Misma Escuela y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y en el Sistema de Universidad

Abierta de la misma facultad. Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la Maestría en Derecho Público en la Universidad Autónoma de Nayarit y en la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLÁN-UNAM. Investigador titular “C” definitivo de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México con Nivel III. Autor de más de diez libros sobre diversos temas del Derecho administrativo y de abundantes colaboraciones para obras jurídicas y revistas especializadas. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo [*ferdeza@servidor.unam.mx*].

**Miguel Alejandro López Olvera**, mexicano, licenciado en derecho por el Centro de Estudios Universitarios. Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Es Investigador Titular “A” Definitivo de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Investigador Nacional Nivel I de CONACYT.

Es autor de más de 90 artículos sobre temas de derecho, publicados en libros y revistas especializados. Es autor de los libros *Técnica legislativa*, *Tratado de la facultad reglamentaria* y *La instancia administrativa*, publicado en Argentina.

Coautor de los libros *Elementos de técnica legislativa*, *Derecho administrativo del estado de Hidalgo* y *Estructura y estilo en las resoluciones judiciales*. Ha dictado conferencias y cursos en diferentes instituciones de México, en Argentina, Colombia, Brasil y España. También es Director ejecutivo de *AIDA. OPERA PRIMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*. Es Presidente Fundador del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, Director Académico Fundador del Instituto de Jóvenes Juristas de Derecho Público Iberoamericano. Es miembro Honorario de la Asociación Nicaragüense de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y del capítulo México de la Organización Europea de Derecho Público.

Actualmente desarrolla el proyecto “Responsabilidad administrativa de los servidores públicos en el Estado mexicano”, bajo el auspicio del CONACYT [*lawyerboss@hotmail.com*].

**Daniel Márquez**, mexicano, licenciado, maestro y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; actualmente es pasante de la licenciatura en filosofía. Entre su experiencia profesional destaca: abogado postulante, servidor público en los niveles de analista, subdirección,

dirección de área y asesor. Es autor de los libros: *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública* (IIJ-UNAM 2002, 2a. reimpresión), *Función Jurídica de Control de la Administración Pública* (IIJ-UNAM 2005); además de diversos artículos. Ha impartido clases en la Universidad Latina en la asignatura de Criminología, Técnicas de Expresión Jurídica, Derecho Administrativo IV y Práctica Forense de Derecho Administrativo; en la Universidad Nacional Autónoma de México se ha desempeñado como profesor de las asignaturas de Técnicas de Investigación Jurídica, Lexicología Jurídica y Sociología General y Jurídica en el Sistema de Universidad Abierta de la Facultad de Derecho; además, impartió la tutoría en Investigación en la Universidad Iberoamericana, Campus-Puebla; y en la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, la materia Procedimientos seguidos ante Tribunales Administrativos. También ha impartido cursos de actualización en el Senado de la República, en Petróleos Mexicanos, en el Asamblea Legislativa del Distrito Federal y ha sido ponente en la Cámara de Diputados en la reforma al sistema de responsabilidades de los servidores públicos. Es miembro del Instituto Nacional de Administración Pública y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología lo reconoce como investigador nacional nivel II. Cuenta con reconocimiento PRIDE “B” y en la actualidad se desempeña como investigador titular “A” de tiempo completo, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México [[danielmg@correo.unam.mx](mailto:danielmg@correo.unam.mx)].

**Christian Masapanta Gallegos**, ecuatoriano, licenciado en Ciencias Públicas y Sociales; y abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, UASB, Sede Ecuador; y Magíster en Integración, mención Política Exterior, UASB, Sede Ecuador. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador y docente universitario [[chrismagall@msn.com](mailto:chrismagall@msn.com)].

**Juan Carlos Mogrovejo**, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Universidad Nacional de Loja (2001), y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (2006). Es docente invitado en programas de posgrado en las universidades Técnica Particular de Loja, de Guayaquil, Politécnica Salesiana de Guayaquil, y Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Fue asesor tributario del Municipio del Distrito de Quito, y ha colaborado con el Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario con ensayos sobre temas tributarios [[jcmogrovejo@uasb.edu.ec](mailto:jcmogrovejo@uasb.edu.ec)].

**Javier Robalino**, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador-1995) Duke University School of Law, LL.M (2006). Harvard Law School, Program of Instruction for Lawyers (1998). University of Texas at Dallas, Academy of International and American

Law (1994); Universidad de California San Diego, Diploma en Ciencias Políticas (1995).

Socio del estudio Pérez Bustamante & Ponce Abogados, Foreign Associate para King and Spalding LL.P (Houston, 2006); Director de la Cámara de Industrias (2003-2005); Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1996-2001) y Universidad San Francisco de Quito (1999-); Director Nacional de Impuestos y Legal, Arthur Andersen LL.P (1996-1997); Jefe del Despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia (1995); Árbitro de la Cámara de Comercio de Quito (2011). Actualmente Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y miembro del Instituto del Club Español de Arbitraje y de la International Fiscal Association IFA. Especialista en arbitraje internacional, servicios públicos, energía, minas, petróleos e impuestos [*jrobalino@pbplaw.com*].

**Alex Iván Valle**, ecuatoriano, Magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina con mención en Mecanismos de Protección por la UASB, Quito, Maestría en Sociología FLACSO (c), abogado y licenciado por la PUCE, Quito, profesor de Administración de Justicia Internacional y de Métodos de Investigación aplicados al Derecho Penal en la UASB, docente de Derecho Internacional Público y Privado en la PUCE, Quito, ha publicado varios artículos sobre temas de movilidad humana, género, drogas, derechos humanos, constitucional y trata de personas. Ha colaborado con varias organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales de derechos humanos. Actualmente es docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador [*aivalle@hotmail.com*].

## Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO* declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y otro en versión digital en soporte físico, a la siguiente dirección:  
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Área de Derecho  
Av. Toledo N22-80  
Quito, Ecuador  
Fax (593 2) 322 8436  
Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436  
Dirección electrónica: [mtamariz@uasb.edu.ec](mailto:mtamariz@uasb.edu.ec)
4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
  - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office Word, con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
  - La extensión máxima será de 20 páginas INEN A4, equivalentes a 55.000 caracteres aproximadamente.
  - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha.
  - Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.
  - Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.
  - Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera: Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por

ejemplo: Javier Viciano, *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Valencia, Editorial Tiran lo Blanch, 1995, p. 206.

- En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre Competencia e Intervención Pública en la economía*, p. 206.
  - Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.
  - Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas“ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.
  - Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
  - Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.
  - Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.
  - Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.
5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
  6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
  7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
  8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, mtamariz@uasb.edu.ec

www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: cen@cenlibrosecuador.org

www.cenlibrosecuador.org

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:\*

Ecuador: US \$ 35,84

América: US \$ 78,40

Europa: US \$ 89,60

Resto del mundo: US \$ 108,64

Valor del ejemplar suelto:\* US \$ 10,08

\* Incluye 12% del IVA.

Dirigirse a:

**CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: ventas@cenlibrosecuador.org

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

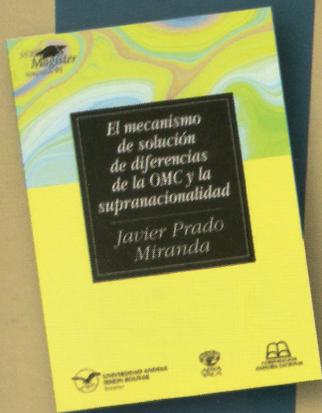
Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR**  
**Centro de Información**

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

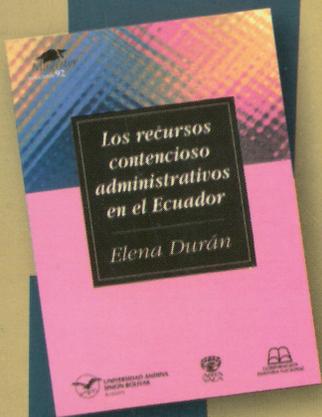
Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec



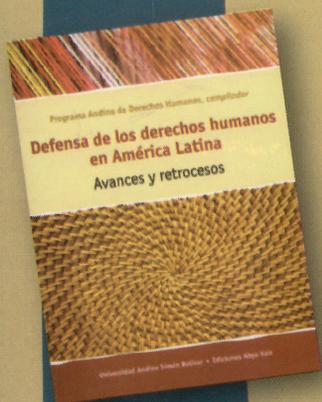
Javier Prado Miranda, *El mecanismo de solución de diferencias de la OMC y la supranacionalidad*, Serie Magíster, vol. 91, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2010.

En este libro se evidencia que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es el foro más exitoso para la resolución de controversias del régimen internacional de comercio; persisten en él limitaciones inherentes a su carácter interestatal, puesto que, por ser el resultado del compromiso alcanzado en el conjunto de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, permite a los miembros mantener un importante nivel de discrecionalidad para la implementación de sus decisiones.



Elena Durán, *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, Serie Magíster, vol. 92, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2010.

El texto aborda temas como el principio de justiciabilidad de los actos administrativos y de la anacrónica clasificación del recurso contencioso administrativo, con el propósito fundamental de determinar el marco legal que permite la activación de la justicia contencioso administrativa. Aborda, además, otros tópicos inherentes a administración, justicia, principio de legalidad y constitucionalidad, autotutela administrativa, y tutela jurisdiccional; además de los términos legales previstos para su ejercicio y una referencia a los asuntos sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa.



Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Defensa de los derechos humanos en América Latina: avances y retrocesos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2009.

Este libro destaca la brecha entre el enunciado y la aplicación coherente de los derechos humanos e interroga el aporte concreto al respeto y disfrute del conjunto de derechos de las personas. Por otro lado, expresa la preocupación por la crisis de los humanistas por la creciente inequidad, la devastadora indiferencia, la veracidad de la acumulación y el consumismo en el actual orden global. Los estudios que se presentan en este libro, representan el interés de compartir enseñanzas y desafíos para la defensa de derechos humanos en Latinoamérica.



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

