

El Derecho Administrativo, la Organización del Estado, Instituciones Sólidas y las Potestades de la Administración Pública

Dr. PhD. Francisco Xavier Alarcón Espinosa

Dra. PhD. María de los Ángeles Torres Paredes

UTN
IRARRA - ECHEADOR

REDU

Dykinson, S.L.

El Derecho Administrativo, la Organización del Estado, Instituciones Sólidas y las Potestades de la Administración Pública.

Dr. PhD. Francisco Xavier Alarcón Espinosa

Dra. PhD. María de los Ángeles Torres Paredes



Dykinson, S.L.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos



*Este ebook se encuentra registrado bajo licencia Creative Commons.
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)
Para más información, consulte la web:
<https://creativecommons.org/share-your-work/licenses/>*

© Copyright by

1. Dr. Francisco Xavier Alarcón Espinosa
Filiación: Universidad Técnica del Norte - Ecuador
Red de Investigación para el Derecho y la Auditoría IDDA-ODS / REDU.

- . Dra. María de los Ángeles Torres, PhD
Filiación: Universidad Técnica del Norte - Ecuador
Red de Investigación para el Derecho y la Auditoría IDDA-ODS / REDU.

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7006-958-2
DOI: <https://doi.org/10.14679/4640>

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Agradecimiento

a María de los Ángeles

Sin tu apoyo, ayuda y amor este trabajo no hubiera sido posible.

Índice

Introducción	13
Capítulo I. Un Breve Preludio del Estado Constitucional de Derechos	17
1.1. <i>El análisis del Estado desde la visión de los Derechos Humanos</i>	18
1.1.1. Del Estado absoluto al Estado constitucional de derechos y justicia.....	19
1.1.1.1. Estado Absoluto	20
1.1.1.2. Estado de Derecho	22
1.1.2. La Administración Pública en la división de los Poderes	23
1.1.3. Soberanía y Administración.....	24
1.2 <i>La Teoría del Estado Constitucional Garantista de Derechos Humanos</i>	27
1.2.1. El Estado Constitucional de Derechos.....	27
1.2.2. La garantía e impulso formal, material e institucional de los derechos y libertades	31
1.2.3. La Política de Desarrollo y Promoción Social.....	32
1.2.4. La Política Pública del Sumak Kawsay	33
1.2.5. Administración y Sumak Kawsay	38
1.2.6. El Fomento de la Cultura.....	41
1.2.7. La Defensa de la Paz y la Tutela del Ambiente	42

Índice

1.2.8	El Derecho Administrativo Específico y las Características del Estado Constitucional.....	43
1.2.9	La Garantía de la Libertad de las Personas Ejercida por la Autoridad y la Administración	45
1.2.10	La Dimensión Social: el Interés General.....	46
1.2.11	La Norma, el Ordenamiento Jurídico y el Derecho Administrativo	48
1.2.12	Cohesión del Derecho Administrativo.....	51
1.2.13	El Control de la Ley.....	53
1.2.14	La Constitucionalización del Reglamento Administrativo	57
1.2.15	Control de Convencionalidad de la Administración Pública	62
1.2.16	Los Principios	64
1.3	<i>El Derecho Administrativo como Pilar del Estado Constitucional</i>	67
1.3.1	Sometimiento de la Administración Pública a la Constitución.....	67
1.3.2	Situación Constitucional y Jurídica del Administrado y de la Administración	72
1.3.2.1	La Relación Jurídica	72
1.3.2.2	La Administración Pública como Sujeto Activo.....	73
1.3.2.3	El Administrado como Sujeto Activo	74
1.3.3	Dispersión del Poder y de la Norma.....	75
1.3.4	Principio de Legalidad y la Constitución.....	77
1.3.5	Potestad Reglada.....	79
1.3.6	Potestad Discrecional.....	80
1.3.7	Normas Administrativas en Blanco	81
1.3.8	Renovación del Principio de Legalidad.....	83

Capítulo II. El Derecho Administrativo y la Organización del Estado.....	87
2.1 Estructura Administrativa y Personalidad Jurídica del Estado	88
2.1.1 Personas Jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado	90
2.2 División del Poder Público y Dispersión del Derecho Administrativo	95
2.3 El Poder Público Disperso y la Garantía de los Derechos	99
2.3.1 Capacidad Jurídica de las Entidades Públicas	99
2.3.2 Novación del Principio de Legalidad	102
2.3.3 Principio de Legalidad y Atribución Legal de las Potestades	104
2.3.3.1 La Potestad.....	104
2.3.3.3 Potestades Regladas y Potestades Discrecionales	107
2.3.3.3.1 Potestad Reglada.....	107
2.3.3.3.2 Potestad Discrecional.....	108
2.3.3.3.3 Discrecionalidad y Conceptos Jurídicos Indeterminados.....	109
2.3.3.3.4 Límites en el Ejercicio de las Potestades Discrecionales	110
2.3.3.4 Potestad Reglamentaria	111
2.3.3.5 Rulemaking.....	113
2.3.3.6 La Potestad Reglamentaria en el Estado Constitucional	115
2.3.3.7 Potestad Discrecional como Fuente de la Potestad Reglamentaria	116
2.3.3.7.1 Proceso de Elaboración del Reglamento	117
2.3.3.7.2 La Aplicación de los Derechos y el Desarrollo Normativo	121
2.3.3.8 La potestad Organizatoria.....	123
2.3.3.8.1 Las Figuras Públicas.....	125
2.3.3.8.2 Entidades Territoriales	126

2.3.3.8.3	Organismos Públicos	128
2.3.3.8.4	Órgano Administrativo	129
	Clases de Órganos.....	129
2.3.3.8.5	Relaciones Jurídicas de Organización: <i>Jerarquía</i>	131
2.3.3.9	Autotutela Administrativa.....	143
2.3.3.9.1	La Potestad Fiscalizadora	143
2.3.3.9.2	Evaluación Pública de Gestión	149
2.3.3.9.3	Evaluación Pública y Buen Vivir.....	150
2.3.3.10	La Potestad Sancionadora.....	153
2.4	<i>Interpretación de las Potestades Inherentes y Principio de Legalidad</i>	156
2.4.1	Regla de Solución de Antinomias.....	156
2.4.2	<i>Principio de Proporcionalidad</i>	158
2.4.3	La Ponderación	161
2.4.4.1	Interpretación Evolutiva o Dinámica.....	162
2.4.5	Interpretación Sistémica	163
2.4.6	Interpretación Teleológica	163
2.4.7	Interpretación Literal	164
2.5	<i>Responsabilidad del Estado y Principio de Legalidad</i>	166
Capítulo III.	Instituciones Sólidas. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible	169
3.1	<i>Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Política Pública...</i>	169
3.2	<i>Instituciones eficaces, responsables e inclusivas</i>	173
3.2.1	Lucha contra la corrupción.....	174
3.2.2	Eficacia y transparencia	175
3.2.3	Política Pública participativa y representativa.....	177
3.2.4	Fortalecimiento de Instituciones nacionales y cooperación institucional.....	178
3.2.5	Nudos problemáticos del ODS 16: Instituciones de Gobernanza Global	179

Índice

3.2.5.1	Ausencia de legitimidad.	180
3.2.5.2	Exigencias Supranacionales.....	180
3.2.5.3	Fragmentación y duplicación institucional.....	181
3.2.5.4	Programas de Gobierno impuestos por las Instituciones Globales.....	182
3.2.5.5	Estatalismo.....	182
BIBLIOGRAFÍA		185

Introducción

En un trabajo de investigación anterior, intitulado “Análisis jurídico de los métodos y reglas de interpretación constitucional establecidos en la Ley Orgánico de Garantías Constitucionales y Control Constitucional”¹ se realizó un primer intento de encontrar la real dimensión de aquello que en el Ecuador del año 2008 supuso una gran novedad jurídica “el Estado constitucional de Derechos”. Por aquella época, el presidente del Ecuador Rafael Correa, utilizando un magnífico aparato gubernamental propagandístico, incentivaba a todos los ecuatorianos a optar por la Constitución de Montecristi, que según su visión, pondría al Ecuador a la par de los países más desarrollados del mundo, pues se institucionalizaría un moderno Estado que tenía como eje focal la garantía de los derechos de las personas. La Constitución y el modelo de Estado garantista permanecería vigente doscientos años, decía.

El resultado fue avasallador. La Constitución de Montecristi tuvo un apoyo de más del 63%² de los votantes y fue publicada en el Registro Oficial del 20 de octubre de 2008. Los ecuatorianos buscaban un cambio y una mejora inmediata.

La innovadora implementación del Estado Constitucional de Derechos, como teoría importada desde Europa, inmediatamente motivó

1 Trabajo de investigación realizado por el autor en el año 2011 en el programa de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Técnica Particular de Loja – Ecuador.

2 <http://cne.gob.ec/es/paktay-rikuypachapash/2-uncategorised/23-referendum-2008>

el análisis de estudiosos ecuatorianos de la ciencia jurídica y ubicaba al Derecho Constitucional como la nueva fuente de sabiduría, digna de implementarse en todas las facultades de derecho, tanto como asignatura de formación profesional, como con la creación de programas de post grado especializados. De pronto, todos los abogados sentían la necesidad de empaparse del constitucionalismo y abandonar el aparente oscurantismo vivido con antelación.

Sin embargo, mientras en las tarimas académicas sonaban rimbombantes discursos extranjeros de juristas de reconocido renombre, el ordenamiento jurídico infra constitucional permanecía y permanece inmóvil. El servicio público, los organismos y las entidades administrativas han permanecido activas, antes, durante y después de la introducción de constitucionalismo en tierras ecuatorianas.

En el primer estudio se revisaron los sistemas de hermenéutica constitucional adaptados a las teorías, que para el Ecuador eran innovadoras; sin embargo, la realidad parecía ser inmutable, más aún si se considera que el Ecuador es un país plurinacional, multiétnico y con un pluralismo jurídico digno de destacar, que no ha podido establecer ámbitos de acción claros y definidos con el derecho occidental.

El Ecuador no solo ha sido importador del constitucionalismo, sino que la mayoría de sus cuerpos normativos también han sido trasladados desde una visión euro céntrica hacia estas tierras andinas, provocando desajustes temporales y conflictos jurídico-esquemáticos que se plantean en el desarrollo de este trabajo.

La introducción del constitucionalismo propendía la transformación del Estado Ecuatoriano, desde la legalidad hacia un aparato estatal garantista de los derechos de las personas. Resulta de mucho interés verificar, con herramientas metodológicas y científicas, si efectivamente el cambio se ha producido.

La intención de este trabajo consiste en identificar a la Administración Pública y sus roles en el ambiente del estado constitucional, con la finalidad de verificar si efectivamente se cumplen los horizontes epistemológicos. Se procura discutir la ciencia del Derecho Administrativo desde

una perspectiva constitucional. Se procura la discusión de las teorías del derecho a partir de la gestión administrativa. Se intenta un trabajo académico que incorpora al derecho administrativo las bases de la ciencia de la administración de empresas públicas, su gestión, su operación, la construcción de instituciones sólidas y su grado de efectividad en la garantía de los derechos de las personas.

La metodología con la que se ha construido este trabajo de investigación comprende, en primer término, la recopilación de fuentes bibliográficas amplias, plurales y multidisciplinarias con las cuales se ha pretendido edificar la teoría de la aplicación del Derecho Administrativo como herramienta de tutela efectiva de los derechos humanos. Se ha pretendido un estudio sistémico de la doctrina y la revisión de casos relevantes de aplicación.

En cuanto a la estructura, el trabajo está dividido en tres capítulos. El primer capítulo denominado “Un breve prelude del Estado Constitucional de Derechos” plantea una revisión de la evolución de las formas organizativas del Estado a partir del enfoque de la tutela de derechos. Se aparta de la técnica de configuración política para determinar el factor evolutivo de la garantía de libertad, se presenta el grado de cobertura de las administraciones públicas en cada modelo de gestión constitucional. En este capítulo se introducen nociones de *sumak kawsay* como ordenador de gestión de la administración pública y su orientación y cobertura. Se trata de entender el alcance del estado garantista de derechos de las personas, de todas las personas, incluso de aquellas que profesan un derecho no ortodoxo como el caso de nacionalidades indígenas. Se presentan los conceptos de derecho administrativo europeos aunados a la realidad sudamericana con un enlace y argumento integrador, desde la perspectiva de la gestión a partir de las bases político-administrativas, filosófica-jurídicas y administrativo-constitucionales.

En el segundo capítulo se presenta al Derecho Administrativo y a la organización del Estado. Se parte de la conceptualización del estado como persona de derecho público en contraposición con la noción de persona jurídica de derecho privado. El análisis filosófico-jurídico del principio de legalidad, en el contexto del estado constitucional de derechos,

ha provocado una redefinición conceptual que se ha denominado como “novación del principio de legalidad” poniendo de manifiesto sus atributos, constituye un apartado de particular interés.

Nociones que tradicionalmente han sido delineadas por los saberes propios de la administración de empresas, son abordados con entusiasmo desde la ciencia jurídica, como el apartado de las relaciones jurídicas de organización y los niveles del servicio público tradicionalmente jerárquicos y aquellos que, rompiendo ese esquema, presentan innovadoras formas jurídicas organizacionales como el modelo *adhocracy*. En este capítulo se revisa el principio de autotutela de la administración ejercido por la potestad fiscalizadora que va a permitir evaluar a la función pública y establecer el grado de satisfacción de las libertades individuales y particularmente determinar en qué medida se materializa el anhelado “buen vivir”.

En el tercer capítulo de esta obra se propone una discusión y análisis de los Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS de la Agenda 2030. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo se examinan los alcances de la propuesta, sus ventajas y desventajas. Se estudian las potestades de la Administración pública en entidades de gobernanza global, que generan políticas públicas con intenciones de cobertura mundial de derechos humanos, sus alianzas cooperadoras y la implementación en los destinatarios. Con sentido crítico se discute respecto a situaciones problemáticas de los ODS que han despertado a nivel mundial severas críticas y férreos detractores.

Capítulo I

Un Breve Preludio

del Estado Constitucional de Derechos

Autor: Dr. PhD. Francisco Xavier Alarcón Espinosa

En el capítulo primero se aborda el estudio del estado constitucional de derechos y del Derecho Administrativo como uno de sus pilares fundamentales. La norma constitucional del Ecuador, así como del Reino de España y los fallos del Tribunal Constitucional español se toman como casos de análisis. Los derechos de las personas y las obligaciones del Estado que se orientan a la protección del ciudadano marcan el paso desde el estado absoluto hacia el estado constitucional. Si bien en el absolutismo se presentan formas organizacionales de gobierno, que se constituyen como formas instrumentales para el ejercicio de poder del monarca; el Derecho Administrativo se muestra contradictorio a este propósito, pues supone la existencia de hombres libres.

La división del poder, el alejamiento del poder del monarca, la sumisión a la ley, y luego el gobierno de la Constitución presenta un derecho administrativo que no solo se limita a ofertar garantías de protección; sino que construye todo un aparato estatal que asegura la relación administración y administrado.

Se analiza el desarrollo del estado, desde la promoción del bienestar hacia el *sumak kawsay* que propone una relación jurídica transformadora

entre la administración y el ciudadano, insertándose en todos los ámbitos el reconocimiento del administrado como un sujeto de derechos, introduciendo además los derechos de la naturaleza y las políticas estatales de tutela.

Se aborda el ejercicio de la administración pública en la garantía de los derechos de las personas, por lo que el control constitucional, el control de la ley, el control de convencionalidad y la constitucionalización del reglamento administrativo son parte del contenido que se estudia.

1.1. El análisis del Estado desde la visión de los Derechos Humanos

La Constitución ecuatoriana (Asamblea Constituyente 2008), en el primer artículo instituyó que el “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia...” con lo cual se propuso un cambio en la concepción dogmática y en la dinámica de la gestión administrativa del Estado; en la derogada norma constitucional (Asamblea Constituyente 1998) que rigió a hasta el momento inmediatamente anterior, se había consagrado que “el Ecuador es un estado social de Derecho” que había enfocado su dinámica en la estricta legalidad absoluta.

Si bien la definición teórica del modelo de Estado supone un cambio, que va más allá de lo gramatical, lo realmente sustancial se halla en las consecuencias dogmáticas de la transformación y en el giro de la dinámica de la administración pública; se produce entonces la renovación del pensamiento constitucional, jurídico y de la visión del Estado dentro de un nuevo ordenamiento.

En el Reino de España, el primer artículo de la Carta Fundamental (Congreso de los Diputados y del Senado 1978) manifiesta que “España se constituye en el Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” La norma suprema, surgida después del gobierno del General Franco, se presentó como una innovación en el ordenamiento jurídico europeo, al introducir los derechos de las personas y las obligaciones del Estado orientadas hacia la protección del ciudadano, garantizadas por los fallos del Tribunal Constitucional es-

pañol, que sitúan el constitucionalismo. El Reino de España no se auto-define como “estado constitucional”, dejando aparte los rótulos que por innovación se imponen en el escenario mundial.

España posee la Constitución menos modificada³, no obstante, en la literatura jurídica, se plantea la necesidad de introducir reformas: “...Después del régimen de Franco y la transición democrática, la Constitución de 1978 no constituyó un modelo preciso de descentralización política sino que prefiguró un Estado «descentralizado», abierto a diferentes posibilidades, dando paso a un «proceso autonómico» desde el reconocimiento del derecho al autonomía de las nacionalidades y regiones en su Título Preliminar y el establecimiento de reglas complejas en el Título VIII.” (Villar 2018) la propuesta de modificación al texto constitucional español formulada por el jurista apunta, no hacia la búsqueda del membrete de estado constitucional, sino a la constitucionalización del modelo de estado que, fundado en las iniciativas autonómicas, se transforme en el modelo federalista, con la finalidad de evitar el resquebrajamiento producto de los intentos independentistas, tal el caso de “la independencia de Cataluña⁴ de España, que ha dado lugar a un conflicto interterritorial sostenido” (Colomer 2018); urge avanzar hacia un modelo de Estado flexible que garantice la independencia y la democratización de las intenciones avaladas por la Constitución y que de forma simultánea consolide a la nación en la estructura el federal.

1.1.1. Del Estado absoluto al Estado constitucional de derechos y justicia

Conforme se menciona en la obra “El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive” (Sotelo 2012) se debe advertir que al Estado

3 Desde que se promulgó la Constitución de España no ha sufrido más allá de dos modificaciones que resultaron necesarias para adecuarse al texto de la normativa europea, por lo que esta Constitución es la que menos reformas tiene en la Unión Europea (<http://www.europaciudadana.org/espana-tiene-la-constitucion-menos-reformada-de-la-union-europea/>)

4 El 21 de diciembre de 2017, en Cataluña – España el partido “Junts per Catalunya” obtuvo la victoria en el independentismo y se buscó la posibilidad de llevar a cabo el nombramiento de Presidente de la Generalitat Baquero, 2018

“no debe entenderse en su sentido más amplio, pues para efectos de comprensión resulta suficiente manejar la idea que define al Estado como la organización política, que con carácter permanente, diferencia a los que mandan de los que obedecen” o como en palabras de Ramiro Ávila Santamaría, el estado se refiere a la organización política compleja, que no necesariamente reúne las características y elementos del estado moderno (soberanía, territorio y población)

“Desde un punto de vista reduccionista existen tres tipos de estado” (Derecho, Latinoamericano, and Ramiro Ávila Santamaría 2009): a) el estado absoluto; b) el estado de derecho o estado legal de derecho; y, c) el estado constitucional de derecho

1.1.1.1. Estado Absoluto

El Estado se caracteriza por una concentración de poder, bien en una sola persona o en grupo de personas. Esa concentración es absoluta, encontrando un límite en su propia voluntad; dirige el gobierno, dicta las leyes y administra justicia. En esta clase de Estado no se verifica la existencia de derechos de las personas gobernadas, sino más bien se evidencia privilegios de ciertos individuos por prerrogativas alcanzadas. No existe procedimiento alguno para la creación de la norma ni tampoco para evitar la arbitrariedad. Conviene advertir que “superando la atomización del poder propia de la Alta Edad Media, los diferentes reinos y unidades políticas de Europa fueron reconstruyendo poco a poco, a partir del segundo milenio una organización con capacidad de dominación en su territorio” (Sánchez Morón 2011). En Europa los Estados absolutos poseían una Administración central o cortesana, incluso se introdujo el bosquejo de la descentralización en el ejercicio del poder del monarca con el establecimiento de sus delegatarios denominados comisionados reales: corregidor castellano, el intendente francés, cuya vigencia se trasladó hacia la estructura de la actual administración. El Estado Absoluto se presenta como la forma instrumental para el ejercicio de la dominación del Monarca, forma de gobierno al que se le habían sumado las funciones del ejército, la marina, la hacienda, la diplomacia y todas las necesarias

en pro del aseguramiento de la riqueza del reino y del bienestar de los súbditos, particularmente en el periodo del despotismo ilustrado⁵.

“Los juristas al servicio de la Corona dedujeron los principios y reglas que legitimaban la extensión de los poderes del Rey por encima de cualquier otro poder y sobre las personas y bienes de reino”(Sánchez Morón 2011) El ejercicio de gobierno del Príncipe absoluto difiere del ejercicio medieval. La actividad normativa asegura la gestión del monarca e incluso los privilegios, a manera de libertades medievales, fueron tenazmente defendidos por los grupos sociales que se habían beneficiado, sin que ello signifique un esquema de derechos de las personas, puesto que tales privilegios no se consideraban normas generales, por no aglutinar a todo el conglomerado social.

El punto de partida, para el derecho administrativo, aceptado por muchos pensadores⁶, se fija en hechos históricos: revoluciones liberales relevantes para la humanidad entera: la Revolución Francesa y la implementación de la República. De tal manera que el Derecho Administrativo en esencia se muestra antagónico al estado absoluto, en el que si bien se dibujaron formas arbitrarias de administrar el poder absoluto, y ejercicios de manejo de poder, suficientes para mover la dinámica mundial durante dieciocho siglos aproximadamente, el Derecho Administrativo, como desde la doctrina se lo ha conocido, requiere de una de sus máximas: un grupo de hombres libres, es decir que los administrados estén provistos de derechos, para sostener el delicado equilibrio “poder-libertad”.

5 El Despotismo Ilustrado, surge en el siglo XVI como una actualización de la Monarquía absoluta. “Es el régimen político de las monarquías de la Europa septentrional (Dinamarca y, con eclipses, Suecia), de la Europa meridional (Portugal, España, en buena medida Francia y los estados italianos de Nápoles y Sicilia, Cerdeña, Lombardía, Toscana, Parma y los Estados Pontificios), de la Europa central (estados alemanes y Austria y los reinos incorporados de Bohemia y Hungría) y de la Europa oriental (Polonia y Rusia)... La instauración del Despotismo Ilustrado implicaba el reforzamiento del Estado absolutista. De esta manera, los gobiernos ilustrados llevaron a cabo una política de robustecimiento de la autoridad estatal, de incremento de su capacidad de gestión y de racionalización de sus instituciones” Martínez, Shaw, 2016

6 Es posible mencionar a juristas españoles: Miguel Sánchez Morón, Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández

1.1.1.2 Estado de Derecho

En 1789, como resultado de la pugna entre la Monarquía, la aristocracia y la burguesía, que había acumulado poder económico pero no político, se pone fin al Estado Absoluto y con la instauración de la República se implementa el Estado de derecho, que debe su nombre a la ley como determinante de la autoridad y estructura del poder.

La república del Estado Liberal rompió el poder absoluto en tres divisiones: poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo. Las clases dominante en el estado absoluto: la aristocracia y la burguesía, abanderadas de la representatividad, y con los recursos económicos suficientes, se tomaron el poder legislativo, otorgando privilegios a los ciudadanos, que numéricamente son pocos frente a la gran mayoría de la población que nunca abandonó el vasallaje; acorralando al poder ejecutivo, quien no puede hacer nada más que lo dice la ley, y convirtiendo al poder judicial en boca de la ley, llevando a los altares un incipiente principio de legalidad. Es claro que se buscaba de propósito el control y sometimiento del poder ejecutivo a la ley, que a la luz de la razón se mostraba peligroso por su capacidad de acción y de intervención que puede poner en riesgo las libertades individuales de las personas, sin embargo el poder ejecutivo heredó y reconstruyó la organización burocrática real y se denominó Administración Pública, “el Derecho Administrativo viene a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo” (García de Enterría, Eduardo & Fernández 2002).

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, “Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución” por lo que la Constitución Francesa⁷ de 1791 inserta

7 La Constitución Francesa del 3 de Septiembre de 1791 contempla: “El poder ejecutivo no puede hacer ninguna ley, ni aún provisional, sino solo proclamaciones conforme a las leyes, para ordenar o recordar su ejecución (Capítulo IV, Sección Primera, artículo 6). El poder judicial no puede, en ningún caso, ser ejercido por el Cuerpo Legislativo ni por el Rey (Capítulo V, artículo 1). Los tribunales, no pueden ni inmiscuirse, en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni acometer funciones administrativas, o citar ante ellos a los administradores por razón de

tal separación. Se plantea la fórmula del binomio indisoluble: garantía de los derechos y separación de poderes; no obstante, en Europa se adoptó la separación de los poderes casi de inmediato, la garantía de los derechos no corrió la misma suerte.

En el Ecuador, la situación es la misma, la primera Carta Constitucional (Representantes del Estado de Ecuador 1830), propone un modelo de Estado dividido en el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. El Legislativo se conformaba por el Congreso de diputados; el Poder Ejecutivo se componía por el Jefe de Estado, los Ministerios de Estado (Gobierno Interior, Exterior y de Hacienda); y por el Consejo de Estado; mientras que el Poder Judicial está formado por las Cortes de Justicia. En esta organización primigenia el Ecuador no prevé los derechos de los ciudadanos⁸, salvo aquellos indispensables para los enjuiciamientos, por lo que se ha privilegiado la organización antes que la garantía de los derechos., inobservando la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que habían inspirado los ideales de los libertarios de América Latina: Simón Bolívar⁹ y José de San Martín¹⁰.

1.1.2 La Administración Pública en la división de los Poderes

El logro de la Revolución Francesa ubicó el modelo de Estado con la división de los Poderes. El término Estado no proviene del Derecho

sus funciones”

8 Según la Constitución del Ecuador de 1830 para ser ciudadano se requiere “1. ser casado o mayor de veinte y dos años. 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero. 3. Saber leer y escribir”

9 Simón Bolívar, hijo de acomodados criollos venezolanos “vio en las guerras napoleónicas en las que estaba inmersa la Monarquía Española, la situación de crisis perfecta para la emancipación de los territorios sudamericanos” (National Geographic, 2018) Fue el líder en la independencia de Venezuela, Colombia y Ecuador

10 San José de San Martín, nacido en Argentina de familia española. Desde los 10 años de edad viajó a España en donde destacaría como un gran militar. “Protagonizó una de las mayores hazañas militares de la historia del continente cuando cruzó los Andes con su ejército en tan solo 24 días para conseguir la liberación de Chile” (National Geographic, 2018). Consiguió la independencia de Perú y Chile.

Inglés: “Estado” no es igual a “State”. El vocablo deviene de Corona, que aglutina toda la organización administrativa: (*the state is not an entity recognised by our law. The State is the Crown: Allen*). “Junto a la Corona está el Parlamento, como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (o pueblo), *King and Parliament*, no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado” (García de Enterría, Eduardo & Fernández 2002) La relación que mantienen se asemeja a la de los sujetos que intervienen en una relación contractual, cada uno de ellos conserva su personalidad propia, no obstante mantienen un punto de conexión: la administración.

Las Cortes de justicia no forman parte de la Corona, sino que forman parte del derecho de: *the law of the land*, derecho que es la esencia del *Common law*. La determinación de la independencia del Poder Judicial radica en que lleva a cabo la ejecución de las normas que no son producto de la voluntad del rey soberano, el Juez constituye un órgano independiente del Estado y de la Corona, que aplica el derecho, no aquel que le fuera atribuido por el gobernante, sino aquel producto de la cotidiana vivencia en la comunidad y generalmente aceptado por todos sus integrantes, he aquí la fundamentación del derecho consuetudinario y ancestral, vigente en la justicia indígena reconocida por el Ecuador. Se produce la separación del Rey y del Juez (*is sworn to execute justice according to law and the customs of England - Case of the prohibitions for the King, 1612 COKE*)

1.1.3 Soberanía y Administración

La Constitución Francesa de 1793¹¹ recoge la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en el artículo 7 proclama que la soberanía radica en el pueblo al introducir el postulado: “el pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses” (Convención Nacional de Francia 1793)

En la obra el Contrato Social (Rosseau 1762) asigna a cada uno de los ciudadanos, una parte proporcional de la autoridad del Estado, de ma-

11 La Constitución de Francia de 1793 no llegó a entrar en vigencia por la situación de Guerra y fue remplazada por la Constitución del Año III de 1795

nera que, por el contrato social, se construye la propuesta de la soberanía resultante de la sumatoria de cada individuo. Constituye la atribución de toda forma de autoridad al ciudadano, con lo cual se destierra la imposición de la autoridad del Monarca y del Estado, transformando a la persona obediente en un individuo mandante.

El colectivo de los ciudadanos, en ejercicio de la soberanía, procura la construcción de una autoridad que reivindica el interés de participación de la sociedad global, que hasta entonces dicho interés era filtrado por el Rey, a quien le correspondía esa facultad, no por delegación del pueblo, sino por designio divino de su dinastía. Los ciudadanos son los soberanos mandantes capaces de ejercer su propia autoridad. La manifestación de origen de la soberanía se presenta a través del ejercicio al sufragio universal.

El Estado español y el ecuatoriano, herederos del pensamiento francés, en su norma constitucional, manifiestan que la soberanía radica en el pueblo, categorizado como fuente de la que emanan los poderes del Estado. Se mantiene el pensamiento: los ciudadanos son la única y legítima autoridad, que por su propia iniciativa y en la constatación de la procura del bien de todos, delegarán su ejercicio a los Poderes que conforman el Estado, *verbi gratia*: “La forma política del Estado español es la Monarquía Parlamentaria” dice el artículo 3 de la Constitución Española; se propone la delegación del poder soberano y la construcción de una división de los poderes: Rey, Cortes Generales (Congreso de los diputados y el Senado), Gobierno y Órganos de Justicia; y, el Ecuador en su Constitución (Asamblea Constituyente 2008) propone un pueblo soberano cuya voluntad es ejercida por los órganos de poder: Función Legislativa, Función Ejecutiva, Función Judicial y Justicia Indígena, Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social.

Similar situación se produce con el ordenamiento jurídico. La soberanía afincada en el pueblo, aparte de significar la delegación de su autoridad a los poderes que conforman el Estado, supone la fuente del derecho, creado por la voluntad del colectivo de ciudadanos: el artículo 1 de la norma civil ecuatoriana (Congreso Nacional del Ecuador 2016) dice: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada

en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite”. El Poder legislativo en representación de todo el pueblo, recoge la voluntad popular, y en uso de su atribución principal, le corresponde transformar y proceder a la elaboración de la ley.

El rompimiento del poder absoluto devino en la posibilidad de que la soberanía signifique que son los ciudadanos quienes asuman el poder y lo deleguen y que construyan sus normas.

La soberanía otorgada al pueblo no ha de considerarse absoluta ni perpetua. La soberanía del pueblo no es absoluta puesto que ha de circunscribirse al ordenamiento jurídico, que marcará los límites y dibujará su campo de acción; incluso el propio orden internacional la limitará. La soberanía no es perpetua puesto que otros agentes y colectivos legitimados condicionarán, según su advenimiento y aparición, su accionar que porpondrán su interacción y renovación de su poder. La Constitución del 2008 del Ecuador consagra la existencia de la justicia indígena y reconoce la facultad jurisdiccional de sus actores, se concede poder soberano de juzgamiento a la autoridad indígena, otrora invisibilizada e ineficaz, verificándose así la renovación constante del poder soberano alejándose del carácter perpetuo.

El Estado de Derecho, en franca contradicción al Estado Absoluto, consiguió que el Estado sea compuesto por el poder legislativo, ejecutivo y judicial y atribuyó al poder soberano al pueblo. Conviene determinar el campo de acción de la administración pública desde la división de poderes y desde la visión del pueblo como soberano.

La Administración pública, sin duda, es mandataria del poder soberano del pueblo, pero no ejerce la representación del conglomerado social, hecho atribuido en esencia al Congreso¹², sino que es una organización cuya finalidad es servir al ciudadano. La actuación de la administración pública no puede atribuirse a una actuación propia de la comunidad. La Constitución del Ecuador en el artículo 227 revela que “la administración

12 En el Ecuador a partir de la Constitución del 2008 la función legislativa es ejercida por la Asamblea Nacional, integrada por asambleístas.

pública constituye un servicio a la colectividad” cuya actuación se circunscribe a las normas constitucionales y legales.

La administración pública es un organismo que requiere del ordenamiento jurídico para hallar su fundamento que decantará en el Principio de Legalidad, que se estudiará más adelante. Este organismo de servicio a la comunidad muestra su personalidad propia e independiente, pues se aparta del quehacer legislativo y judicial. No es admisible el postulamiento de la Administración Pública como una entidad dotada de personalidad jurídica, pese a que el pensamiento jurídico, pudo en algunos pasajes de la historia llevarnos hacia ese derrotero. Si la Administración no ejerce la representación del pueblo, tampoco cumple los designios del Gobernante, bien se pudo establecer en Alemania que la soberanía le correspondía al Estado, con lo cual se fundamentó los regímenes facistas en Europa; hoy ese razonamiento fue superado. De forma taxativa consta en las Constituciones de España y de Ecuador que la soberanía radica en el pueblo, por lo que la Administración pública, como entidad de servicio, se somete al ordenamiento jurídico, queda bajo el juzgamiento de los magistrados y de los jueces y produce efectos jurídicos por medio de actuaciones y contratos administrativos. La personalidad jurídica de la Administración Pública se halla sustentada en que, al ser productora de actuaciones administrativas, participa como un sujeto e la relación jurídica con el administrado o bien con otras entidades de la administración.

1.2 La Teoría del Estado Constitucional Garantista de Derechos Humanos

1.2.1 El Estado Constitucional de Derechos

Con la vigencia de la Constitución del Ecuador en el 2008, el artículo 1 determinó que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

La imposición del Estado liberal constituye un paso adelante en la reivindicación de las personas, pues supone el abandono de la dominación del monarca, para situarse bajo el imperio de la ley, que, al menos en teoría, ha sido el resultado de la expresión de la voluntad del pueblo

soberano. Nace así el Estado Constitucional con una norma propia y obligado al cumplimiento. Si la norma es el resultado de la participación de todos los ciudadanos diversos, plurales, contradictorios, antagónicos, nos encontramos frente aun ejercicio democrático que construye el Estado Constitucional que es el reflejo de la unidad. El Estado constitucional, desprendido de la participación colectiva, aparece como una realidad distinta con sus propias normas y obligado a cumplirlas.

Los postulados revolucionarios franceses “*liberté, égalité et fraternité*” han de ser vigentes en la dinámica del Estado Constitucional. La democracia, en la construcción de la voluntad soberana, requiere ser plural, con igualdad de participación de todos sus actores, “en la base, el pluralismo, o, lo que es lo mismo el respeto al que no piensa ni siente como yo, y el reconocimiento de su participación y de su legítima victoria (si llega el caso)” (Sánchez Ferriz 1993). Se pone en marcha el total funcionamiento de la igualdad de las personas, la libertad en sus decisiones y un funcionamiento de las instituciones del Estado que las garanticen. El Estado en el que irresponsablemente no se garantiza la igualdad de las personas y actúa a favor de los privilegios discriminantes, no puede llamarse Estado constitucional.

El Estado español mantiene una monarquía dentro de un Estado Liberal de Derecho, que prevé la partición de los poderes y la atribución de la soberanía al pueblo. En este modelo, la monarquía se halla institucionalizada e incluida en la distribución del poder, incluso sometida al Derecho, por lo que se convierte en una monarquía constitucional.

El valor del Estado constitucional es el Estado en sí, cualquiera sea su forma: monárquica o republicana. “El Estado constitucional es el Estado en sí, el Estado como ordenamiento jurídico que no solo rige la comunidad política sino que la constituye” (Sánchez Ferriz 1993)

La democracia en el Estado constitucional necesita que los encargados de la política respeten de modo irrestricto la ley, por lo que la cultura jurídica requiere una innovación y renovación constante y evolutiva. Si el respeto de la igualdad y la libertad son los horizontes, el Estado constitucional considerara no solo lo nacional sino también el pensamiento más allá de las fronteras.

Según Karl Peter Sommermann¹³ el Estado constitucional es aquel que se caracteriza por la “primacía de la Constitución”, incluso la expresión había sido utilizada en las teorías constitucionales como las de Karl Schmitt¹⁴ y Karl Loewenstein¹⁵. La idea de Constitución surge con el liberalismo burgués y se conoce como “Constitución racional normativa porque se concibe como un conjunto normativo que se establece de una sola vez para regular las funciones fundamentales del Estado y declarar los derechos del ciudadano” (Sánchez Ferriz 1993). En la Constitución racional se puede diferenciar la soberanía afincada en el pueblo y los órganos del

Estado, cuya existencia depende únicamente de la Constitución en donde se traza su único objetivo: servir al aseguramiento de la libertad de la persona. La pluralidad de los poderes y su razón de ser, se unifican en la Constitución.

Sommermann, señala los cinco grandes fines de los Estados constitucionales en la actualidad:

- la garantía e impulso formal, material e institucional de los derechos y libertades;
- la política de desarrollo y promoción social;
- el fomento de la cultura;
- la defensa de la paz; y,
- la tutela del ambiente.

El autor destaca, la estrecha interdependencia existente, entre los fines del Estado y el sistema de los derechos fundamentales. No hay frac-

13 Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho comparado en la Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, Speyer.

14 Fue un Jurispublicista, politólogo y filósofo jurídico alemán, adscrito a la Escuela del llamado realismo político, lo mismo que a la teoría del orden jurídico. WIKIPEDIA

15 Fue un filósofo alemán, considerado por una mayoría de expertos como uno de los padres del constitucionalismo moderno. Sus investigaciones sobre la tipología de las constituciones tuvieron gran impacto en Iberoamérica. WIKIPEDIA

tura entre la dimensión objetiva de los fines estatales y la subjetiva de las libertades.

También manifiesta el autor que los genéricos y clásicos fines estatales: “bien común”, “necesidades públicas”, “intereses públicos”, se concretan en buena parte –como decimos- en el Estado de nuestro tiempo, en la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales de las personas, principalmente a cargo de las Administraciones públicas, sin perjuicio de que se mantengan los fines objetivos de aquél.

La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional, no se limita al posicionamiento de la norma, la ley en el primer caso y la Constitución en el otro, puesto que se estaría imprimiendo una subordinación al texto normativo, sino que radica en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos, no como una norma jerárquicamente superior, sino como un modelo de Estado que permita ofrecer el medio idóneo de la tutela efectiva de los derechos de las personas.

Supone así un cambio del objetivo del Estado y no solo un cambio de la jerarquía normativa, el ciudadano, sus derechos humanos y la forma en como se materializan y resuelven, se convierten en la tarea primordial del Estado. De tal manera que el Estado constitucional no es un modelo que traslada el poder ciudadano a la elaboración de la norma y la técnica legislativa, sino que plantea un Estado que protege al hombre.

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano elevó la separación de los poderes y situó la exigencia: que se asegurara la garantía de los derechos. “Francia y los Estados que siguieron el modelo constitucional, que trajo consigo la división de los poderes, en versiones muy variadas, se implantó enseguida, la garantía de los derechos tardó más de un siglo y medio en completarse en toda Europa” (Muñoz Machado 2006a). El Ecuador tuvo que llegar al siglo XXI para que se proponga un Estado constitucional; transcurrieron tres siglos, para aterrizar la propuesta francesa, sin embargo, se reproduce el mismo efecto: la división de poderes se implementa, la garantía de los derechos se posterga.

El tardío aseguramiento de las libertades de los ciudadanos en Europa se produce por la consagración de derechos a manera de principios no

vinculantes, por lo que se vio la necesidad de legalizar los derechos, es decir, otorgar en la ley, desde el Poder legislativo, el contenido y limitaciones de los derechos. Estados Unidos de Norteamérica diseña un modelo constitucional con garantías jurídicas para defender la Constitución, y se da origen al *Judicial Review* que atribuye a los jueces la posibilidad de revisar la constitucionalidad de la ley, garantizando así los derechos de las personas en una sociedad más igualitaria que la europea. Europa demora en el debate de la negación de la Constitución y supremacía de la ley en tanto que Norteamérica avanza en el posicionamiento del Estado Constitucional.

1.2.2 *La garantía e impulso formal, material e institucional de los derechos y libertades*

En la Teoría de los Derechos Humanos, una libertad se materializa en el momento en que es vulnerada. Los derechos permanecen en un limbo etéreo atado a la naturaleza intrínseca de la persona, pero abandonan esa forma lírica y toman cuerpo en la realidad constitucional-jurídica únicamente cuando han sido desconocidos, atropellados o vulnerados. Como ejemplo ha de plantearse que: el Hábeas corpus aparece en la norma constitucional como una garantía jurisdiccional pro defensa del derecho a la libertad individual. Únicamente es posible acudir ante un juez constitucional para reclamar el restablecimiento del derecho a la libertad, generar la discusión y el debate, y solicitar la reivindicación del derecho humano cuando este fue desconocido y cuando una persona "...se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona..." (Asamblea Constituyente 2008) El individuo en cuestión únicamente se mantuvo asido a su derecho a la libertad, mientras se halló privado de él.

La tutela efectiva, las garantías de igualdad y libertad, no constituyen difusión académica de los derechos, así como tampoco el Estado Constitucional se limita a la supremacía de la Constitución en la pirámide normativa. El Estado Constitucional, al ser el garantista de la tutela efectiva de los derechos de las personas, se transforma, abandona sus fines

operacionales, por la creación de medios estatales que defienden esos derechos materializados, vulnerados y desconocidos.

La revisión judicial de la ley que busca la efectiva vigencia de los derechos de las personas resuelve casos estrictamente individuales. Únicamente el reclamante, si el juez constitucional dicta un fallo a su favor, obtendrá la garantía de sus derechos, mientras que el gran conglomerado de la sociedad permanece en la obscuridad, sin que la iluminación de la igualdad les ilumine.

Supone entonces un Estado que reconoce como eje fundamental de su labor la garantía de los derechos de la persona; propensa al desconocimiento de sus libertades, igualdades y facultades. El Estado no solo ofertará todas las garantías para el restablecimiento y recuperación de los derechos atropellados, sino que se plantea la existencia de una Administración pública innovadora y creadora, que sea capaz de someterse a la ley y que con su actividad garantista establezca la relación jurídica Administración y administrado, convirtiendo así al Derecho Administrativo en la herramienta de la garantía de derechos.

1.2.3 La Política de Desarrollo y Promoción Social

La Política pública se define como el “conjunto coherente de enfoques, principios, objetivos, estrategias y planes de acción, que identifican, comprenden y abordan problemáticas sociales que se enfocan en el mejoramiento de la calidad de vida de los diferentes grupos poblacionales, bajo el reconocimiento de los derechos civiles y democráticos propios del un Estado Social de Derecho”(Kraft M. & Scott F. 2007)

En un primer momento del Estado Liberal, la política se dirige hacia la promoción del bienestar. La Constitución española de 1812 en el artículo 13 consagra como objetivo principal del Gobierno la felicidad de la Nación, puesto que “el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”. La política, en el Estado Constitucional, orienta a la Administración pública hacia el desarrollo y a la promoción, que no necesariamente encuentra coincidencia con el Estado de Satisfacción. El acto administrativo por el cual se lleva a cabo

una expropiación forzosa de un bien raíz, se hallará fundamentado en la urgente necesidad de desarrollo de la colectividad, sin que por ello cause felicidad al individuo afectado, cuya satisfacción individualidad es desbordada, pero que muestra su contenido de la política de desarrollo.

La política pública parte del reconocimiento que realiza el Estado de la real existencia del individuo como un sujeto jurídico, poseedor de derechos inherentes a su naturaleza intrínseca, cuya tutela y promoción dibuja el quehacer de la Administración. Ésta política ha de proponer los escenarios idóneos en los que se produzca una verdadera interacción jurídica, social, política, económica, entre la Administración y los administrados, de tal suerte que el ciudadano no se limite a ser un ente receptor de los designios gubernamentales, sino que ha de permitírsele ser un creador de su realidad y futuro, ha de servir para que la persona sea un agente activo propositivo de insumos para el mejoramiento de la situación; la política pública promueve la participación de la población en la construcción de una sociedad más justa, procurando desbordar los intereses de las personas e incluso superponer los intereses gubernamentales hacia una promoción social soportada en el reconocimiento profundo de la dignidad de las personas.

1.2.4 La Política Pública del Sumak Kawsay

El artículo 85.1 de la norma fundamental del Ecuador (Asamblea Constituyente 2008) manifiesta “las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos y se formularán a partir del principio de solidaridad”. El Ecuador, desde las políticas públicas, propone un Estado que oferta servicios orientados a la implementación del buen vivir y de todos los derechos de las personas. La terminología utilizada “buen vivir” - “sumak kawsay” supone una forma innovadora de convivencia ciudadana, puesto que “se presenta como una oportunidad para construir colectivamente nuevas formas de vida... es un camino que debe ser imaginado, para ser construido...” (Acosta 2012). La propuesta significa de forma simultánea una deconstrucción y reconstrucción de la forma de convivencia; contempla el corte de raíz de las convicciones que se tienen como inequívocas

para dar paso a una nueva forma de vivir, planteado desde los grupos de personas que desde siempre han sido excluidos y marginados, se supera las visiones de “desarrollos alternativos” para generar “alternativas de desarrollo” con profundas manifestaciones de igualdad.

“Ante el fracaso capitalista del Estado Republicano y del Estado Socialista, algunos izquierdistas han comenzado a hablar del Buen Vivir / Vivir bien como categoría andina e introduciéndola dentro del paradigma civilizatorio occidental, pero que a la postre termina siendo la misma posición del Vivir Mejor capitalista” (Oviedo Freire 2014) El Buen vivir presentado, no es otra cosa que las legendarios políticas y doctrina presentadas siglos antes: la Buena Vida de los romanos, el Vivir para el Bien de los cristianos (Romanos 12:9-21), la tesis liberal del Public Welfare, pero que en esencia no se parece en nada al *sumak kawsay* andino.

La propuesta del Buen Vivir - Vivir Bien, ha sido asociada a la obligación del Estado en el otorgamiento de condiciones de vida satisfactorias de los ciudadanos, traducido en la provisión de bienes y servicios, estrechamente ligadas al consumismo de una sociedad global. La estructura jurídica transmitida por el Derecho Romano, y vigente en el siglo XXI, ha estado dirigida hacia la apropiación de los bienes y al aseguramiento de la propiedad privada, su conservación, crecimiento y defensa jurídica; motivaciones que difundieron en el mundo una construcción del derecho civil para el establecimiento de la relación entre sujeto y objeto del derecho e incluso la norma penal sancionatoria cuando la afectación a esa propiedad privada se produjera. Desde el Derecho entonces se plantea como propósito jurídico que el individuo establezca las estrategias de consecución de bienes y servicios, que han de cumplir una finalidad social y que el Estado ha de procurar que ese propósito se cumpla. Esa es la idea del vivir bien manifestamente contraria al *sumak kawsay*.

Desde el discurso político se introdujo en el derecho administrativo, un modelo de Estado cuya gestión se ha de orientar hacia la consecución del *Sumak Kawsay*. Se busca insertar un paradigma de construcción permanente cual si fuera un concepto teórico de moda, convirtiéndolo en una mercancía, sujeta a la negociación, para el consumo de políticos y juristas.

Desde 1946, luego de la formación de la Federación Ecuatoriana de Indios, se propone la distribución de la tierra y la formación de escuelas bilingües *kichwas*¹⁶, en estos procesos históricos es notable la participación de la líder indígena Tránsito Amaguaña (El Mundo 2009), quien por medio de la capacidad organizativa de las comunas, dibuja un protagonismo indigenista en la lucha por la recuperación del territorio, utilizando al sindicalismo indígena como herramienta, proponiéndose desde allí el *Sumak Kawsay*.

El *Sumak Kawsay* nació en Los Andes, en los pueblos indígenas de Latinoamérica. Propone una forma de convivencia no idéntica al buen vivir de occidente, pero que si bien marchan por distintos derroteros, ellos pueden comulgar en algún momento. Conviene analizar incluso la definición de las palabras, puesto que *Sumak Kawsay*, desde la lengua *kichwa* no se traduce como Buen Vivir, siendo la traducción ancestral así: *Sumak*: maravilloso, lindo, muy bello y *Kawsay*: vida, chacra; de tal suerte que la noción de *Sumak Kawsay* se asemeja a la idea del Reino de los Cielos planteado por el catolicismo, o al Nirvana previsto en el budismo, que implican la liberación definitiva del sufrimiento en la existencia del individuo.

La cosmovisión indígena prevé una sociedad horizontal, en la que los individuos son iguales y poseedores de los mismos bienes indispensables para la subsistencia, con una profunda interdependencia, simbiosis e interrelación consigo mismo, con la naturaleza y con la divinidad; activándose así la conciencia andina: polaridad, complementariedad, correspondencia, reciprocidad, proporcionalidad, estabilidad; en donde no es factible la apropiación desmesurada de bienes, por lo que las ideas de riqueza, pobreza capitalista, libertad de mercado, autonomía, soberanía son incompatibles. En esta cosmovisión no existe un hombre pobre, tanto que la lengua *kichwa* no tiene un término para esa definición; quizá la palabra “*waccha* cuyo significado es huérfano” ha sido adaptada para

16 El *kichwa* es el segundo idioma más hablado de las lenguas quechuas (WIKIPEDIA)

El *kichwa* es uno de los idiomas oficial del Ecuador conforme lo determina la Constitución de la República del año 2008

ese propósito sin lograr la dimensión que abarca. Los conceptos jurídicos *kichwas* introducidos en el artículo 83.2 de la Carta Fundamental del Estado Ecuatoriano: “*ama quilla, ama llulla y ama shua*. No ser ocioso, no mentir, no robar” no pertenecen a la cultura indígena

Jamás fueron nuestros, porque no hacía falta ni robar, ni mentir ni ser holgazán porque la cultura andina se manejaba bajo estándares de una economía moral simbólica y más reluchaba con la economía monetaria de los españoles, no mentía porque en su código de ética oral, había un Dios tutelar llamado Sol, que escuchaba y miraba todos los actos de sus hijos y por lo tanto era tácitamente imposible mentir y vagabundear.

(Cevallos Calapi 2008)

Es un modo de vida que ataca a la configuración temporal del mundo rompiéndose la línea del tiempo: pasado – presente – futuro, para dar ubicar al pasado por delante del presente, siendo precisamente el pasado el que ha de guiar e iluminar al presente, siendo la voz del anciano la que encierra la sabiduría del mundo, se enseña que se debe leer las arrugas de nuestros ancianos, de los abuelos, porque allí está la ciencia, allí está la sabiduría.

Esta ubicación témporo espacial de retorno se denomina “*Pachacutin*” que, de forma circular contempla épocas cíclicas de abundancia, otras de escasez, una de siembra, otras de cosecha. El calendario contempla: “*Paucar Raymi*” que corresponde al equinoccio de marzo significando la época de florecimiento, “*Inty Raymi*” que corresponde al solsticio de junio para dar paso a la festividad del sol; “*Coya Raymi*” en el equinoccio de septiembre para la fiesta de las siembras, la fertilidad y feminidad; y, “*Kapac Raymi*” en el solsticio de diciembre para el momento de los saberes y de los consejos.

En esta cosmovisión emerge y retoma la importancia el vocablo *kichwa AYLLU* definidor de comunidad, unidad y estructura de vida, en la que todos sus integrantes son importantes y todo lo que les rodea en el espectro témporo espacial los integra y configura, nadie es grande, nadie

es pequeño, y todo tiene vida. La lengua guaraní¹⁷ introduce el término “*iyanbae*” significando: hombre libre de la naturaleza, que no tiene dueño y que no quiere ser dueño de nada. En lengua *awa pit*¹⁸, utilizada en el sur de Colombia y norte de Ecuador, los indígenas se autodenominan “awá” que significa hombre de la naturaleza. Con el avance del constitucionalismo, se ha introducido en la Constitución de Ecuador y de Bolivia a la naturaleza como sujeto de derechos. Este avance supone que los seres de la naturaleza sean incorporados como sujetos de todos los derechos. Resultó no tan complejo entender que un animal sea considerado sujeto de derechos, de tal manera que la tutela de sus derechos ha tenido como actores a protagonistas a nivel mundial, tanto así que las corridas de toros han sido cuestionadas y prohibidas en países como Ecuador¹⁹ y España²⁰; así también, otros seres de la naturaleza, como especies de árboles amenazados por su extinción, han sido amparados por normas jurídicas que impiden ser talados; sin embargo considerar más allá de la norma, sujeto de derechos a una montaña, a un volcán, a un cerro, es algo más complejo de lo que parece. Desde el *Sumak Kawsay* tal apreciación es milenaria, en Ecuador se denomina “*Tayta Imbabura*” que significa “Padre Imbabura” al volcán situado en la provincia de Imbabura, “*Guagua Pichincha*” que significa “Niño Pichincha” denominando así al volcán a cuyas faldas se asienta la ciudad de Quito capital del Estado Ecuatoriano. La consideración de la naturaleza en igualdad de ejercicio de derechos que las personas, fue, es y será de mayor entendimiento y aplicación en las culturas milenarias, en las que se han tejido historias de relación intrínseca.

17 El *guaraní* es una lengua de la familia tupí-guaraní hablada por aproximadamente doce millones de personas en el Como Sur de América. Es uno de los dos idiomas oficiales del Paraguay según recoge la Constitución de 1992 (WIKIPEDIA)

18 El *awa pit* es una lengua indígena de la familia lingüística barbaacoana hablada en el sur de Colombia y Norte de Ecuador. La gran mayoría de los hablantes se localiza en Colombia (WIKIPEDIA)

19 En la capital del Ecuador mediante un plebiscito del año 2011 se suprimió el tercio de espadas, con lo cual se terminó la fiesta taurina (“Quito pierde cada año 125 millones de dólares desde que perdió su feria taurina,” 2017)

20 En la plaza de toros La Monumental de Barcelona – España no se celebran más corridas de toros (“La Monumental se queda sin toros ‘de momento’ pese a la sentencia del TC,” 2017)

Todo es parte de la comunidad en el *Sumak Kawsay* – *Suma Kamaña* es un estado de armonía interna y de saber convivir con los demás en equilibrio; se debe cuidar todo y comprender que todo es importante. Desde las lenguas indígenas *Kichwa*, *Aymara*²¹ y *Maya*²² siempre se denomina al individuo como “*Camiri*” que sabe vivir o “*Kápac*” que vive bien para denominar *Pachamama* a la madre tierra en equilibrio.

En esta concepción se vincula al individuo como parte integrante naturaleza: la vida del ciudadano tiene el mismo valor que la vida de cualquier otro ser de la naturaleza; por lo que esa es la fundamentación para la incorporación constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos. Es la única manera con la que se puede entender este sistema de conciencia de vida. Desde la fuente se concibe, no solo como un sistema político o un modelo económico, por lo que la introducción de la noción de *Sumak Kawsay* en la estructura de las políticas públicas de Estado constitucional, que pretendía presentar algo nuevo, no cumple con ese cometido. No es posible, desde la técnica jurídica, regular un modelo de vida diferente, basado en el acuerdo, mas no en la imposición. Se ha de escuchar a todos, principalmente al que disiente, porque es probable que ése tenga la razón, la decisión es el consenso entre todos, más no la imposición de la mayoría.

1.2.5 Administración y Sumak Kawsay

El *Sumak Kawsay* desde la cosmovisión indígena, es una práctica vivencial que se opone al colonialismo sufrido. Plantea un alejamiento de las ideas de subdesarrollo y desarrollo, así como el destierro de las concepciones de riqueza y pobreza, para dar cabida a un “planteamiento holístico que requiere comprender la diversidad de los elementos a los que están condicionadas las acciones humanas que propician el *Sumak Kawsay*: conocimiento, códigos de conducta ética y espiritual con rela-

21 Aymara es la principal lengua perteneciente a las lenguas aimaraicas. Este idioma es hablado en diversas variantes en Bolivia, Perú, Argentina y Chile (WIKIPEDIA)

22 El idioma Maya Yucateco es una lengua amerindia derivada del tronco mayense, que se habla principalmente en estados mexicanos peninsulares (WIKIPEDIA)

ción al entorno, valores humanos, visión de futuro, entre otros. El buen vivir, en definitiva, constituye una categoría central de la filosofía de vida de las sociedades indígenas” (Viteri Gualinga 2000) y ha de procurar la generación de conciencia de construir una comunidad igualitaria: la gran familia “*kamac*” con la vigencia de principios y valores como la “*Minga*” sustantivo que traducido del *kichwa* es una acción de mutua ayuda: el trabajo por todos, para todos (sustantivo con significante de verbo).

La posición del Estado constitucional que conjuga la separación de los poderes y la garantía de los derechos, permite la construcción de una Administración Pública cuya misión es el servicio al conglomerado ciudadano para alcanzar el desarrollo. Ahora bien, si por desarrollo social se plantea en el Estado la consecución del *Sumak Kawsay* se han confundido el propósito con el imaginario espiritual.

La Administración pública no solo que le corresponde el propósito el desarrollo social y la garantía de los derechos de las personas, sino que inclusive, al insertarse la misión de lograr el Sumak Kawsay, en palabras de David Choquehuanca²³ propone la recuperación de la identidad ancestral, “piedra fundamental para levantar una sociedad diferente, para reconstruir la vida”.

El reto innovador ecuatoriano de introducir a la Administración Pública en la consecución del *Sumak Kawsay* es lírico.

Para el cumplimiento, promoción y desarrollo de los fines específicos, la Administración pública utiliza los procedimientos y técnica de la norma jurídica. Si se considera que la Administración pública tiene personalidad jurídica, cuya discusión se abordará más adelante, se ha de situar su posición ante el Derecho Público, así como ante el Derecho Privado, adquiriendo un ámbito formal en sentido estricto; que en conexión con el principio de legalidad, se provocará que el Derecho Administrativo sistematice todos los procedimientos y formas que la Administración utiliza par actuar y para garantizar a los particulares. No cabe el giro forzoso que se ha pretendido imponer a la Administración hacia una meta espiritual.

23 David Choquehuanca Céspedes es un dirigente sindical y político aimara boliviano. Desde marzo de 2017 Secretario General de la ALBA (WIKIPEDIA)

El estado de no sufrimiento del individuo, abarcado profundamente por el conocimiento ancestral, no es compatible con la formalidad del Derecho.

Desde la técnica jurídica se busca la producción de normas de Derecho que caracterizan la actividad de la Administración, que con el posicionamiento de un Estado constitucional, asegure la garantía de los derechos; mientras que el *Sumak Kawsay*, que no es una concepción jurídica, ni política, ni filosofía, sino estrictamente espiritual, se pretende el rompimiento del modelo de Estado impuesto en la cultura indígena, quienes lo desconocieron. En la lengua de los *Guna*²⁴ se denominó a América como “Abya Yala” - tierra madura de la eterna juventud, resultado del resquebrajamiento de los formas gubernamentales impositivas, con la inserción de una ideología y pensamiento milenario, atesorado por los pueblos y nacionalidades de indígenas quienes, como último bastión de su identidad, no dejaron que se produzca una conquista ideológica cuando el descubrimiento y la colonización se produjeron, aferrándose a la idea de que “si les conocieran, ya les hubieran dominado”

Para provocar un acercamiento, que probablemente fue la intención del constituyente ecuatoriano, el diseño de políticas públicas a la gestión de la Administración en el Estado constitucional, desde la técnica del Derecho, inspirados en la igualdad, libertad y solidaridad, con la notable participación e inclusión, de aquella persona que ha sido históricamente invisibilizada y demonizada, diseñará los procedimientos y actuaciones administrativas que permitan la interacción:

- La Administración con el individuo;
- La Administración en la tutela de derechos del individuo, relacionado consigo mismo;
- La Administración en la garantía de los derechos del individuo vinculado con los demás ciudadanos;
- La Administración en la tutela de los derechos de la naturaleza;
- La Administración en la tutela de los derechos del individuo relacionado con la naturaleza; y,

24 Los Guna son un pueblo amerindio localizado en Panamá y Colombia. Su idioma hace parte de la familia lingüística chibcha (WIKIPEDIA)

- La Administración en la garantía de la libertad de creencia religiosa del individuo.

Se deja para la construcción teleológica la inserción del nuevo paradigma *Sumak Kawsay*, que involucra una deconstrucción del Estado y como consecuencia de la desaparición de la Administración; sin que se abandone el anhelo de la construcción de una sociedad horizontal, de correspondencia y complementariedad, igualitaria y justa.

1.2.6 El Fomento de la Cultura

De la literatura se desprende que son dos las concepciones de cultura, una como sistema de signos, y la otra como memoria no hereditaria de la sociedad; que pese a su profundo vínculo, no son lo mismo. Como sistema de signos, la cultura interviene en la acción de la persona al proponer prohibiciones y restricciones, que con la memoria, consiste en organizar estructuralmente el mundo.

La cultura ha develado la lucha por la imposición de significados a la experiencia, de tal manera que por este medio se ha procurado incluso la sostenibilidad de las formas de convivencia, cuyo modelo ha de ser discutido e incluso combatido en pro del mejoramiento. Muchos autores atan a la cultura con la acción social e incluso manifiestan que es la misma acción social; de tal suerte que la cultura es el significado social de la realidad, desde el sentido colectivo no individual.

El fomento de la cultura no apunta a la producción de ideas transmitidas de generación en generación, que buscan el posicionamiento de mecanismos de control de la conducta humana, impuestos por el Estado, sin desvirtuar que las propias normas sean producto cultural de la sociedad. Lo que se procura, es el fomento de la cultura implementando mecanismos que trasladen la significación a la acción, así pues, la combinación de la cultura social con lo social, distinguiendo y conjugando entre conocimientos y creencias en procura del resultado: las cosmovisiones. Se pretende un profundo reconocimiento de la dinámica de la sociedad “ser”, que tras el sostenimiento histórico del modelo de Estado, no ha reconciliado al hombre con la administración; para difundir el “deber ser”

(Zalpa Ramírez 2011) que permite al individuo, con un sentido holístico y colectivo, la construcción de su Estado que, tutele y garantice sus derechos, busca el vínculo entre la teoría y la práctica. Las creencias cumplen la función de enlazar “el modelo de” y “el modelo para” que para los juristas será la relación entre el comportamiento y la realidad jurídica construida. La diferencia entre conocimiento y creencia, es semejante a la que Pierre Bourdieu encuentra entre teorías y sentido práctico; “una fe no se adquiere por medio del razonamiento... la razón puede defender el acto de fe, pero solo después que ha tenido lugar y de que el creyente se ha comprometido con ese acto de fe”(Koestler 1967)

El diseño constitucional del Estado, por medio de la norma, requiere del fomento de la cultura para conectar el contenido teórico con la convivencia práctica del individuo. Para tal menester es necesario que el ciudadano de forma individual y colectiva se empodere, en primer lugar, de lo que realmente es y de su situación en el Estado y en el mundo, para de forma inmediata imaginar cuál es la realidad que anhela y busca dentro del Estado y del contexto global. Solo la cultura permite conectar la norma jurídica con la realidad, por lo que el fomento de la cultura permitirá la real existencia del Estado constitucional.

1.2.7 La Defensa de la Paz y la Tutela del Ambiente

La paz es uno de los derechos básicos de las personas, con suficientes razones jurídicas y morales que obligan a los Estados a defenderlo y protegerlo con carácter universal y absoluto, pese a no hallarse contenido en el catálogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El reconocimiento, no positivizado, del derecho a la paz es reciente, de tal manera que la teorización aún resulta poco consolidada, provocándose opiniones difusas. El derecho a la paz se traduce como la condición de no ser agredido violentamente.

Resulta muy interesante discutir, si considerar que la paz es un derecho, conviene definir quién tiene su legitimación y quién es el obligado. La paz es un derecho del Estado, o bien, un derecho de cada ciudadano en sentido individual, o bien es un atributo de la persona dentro de un

colectivo. Pese a las sentencias dictadas en Ecuador, en las cuales desde la argumentación han manifestado que el Estado, al ser un ente administrativo, tal condición le permite ejercer la titularidad de derechos e incluso activar las garantías jurisdiccionales, configurándose la personalidad jurídica de la Administración, consecuentemente el Estado sería el titular del derecho a la paz, que impide la agresión violenta de otro Estado, produciendo la afectación de todos sus habitantes. Tal posibilidad no es válida, puesto que el derecho es una facultad de las personas, por el solo hecho de serlo, de tal suerte que la paz es un derecho del individuo que implica el comportamiento lícito y pacífico por parte del Estado.

El derecho a la paz es la traducción de la teoría y práctica de los derechos humanos, conlleva la tutela efectiva de todo el sistema de derechos, de tal suerte que en el Estado constitucional su defensa conlleva la obligatoriedad de que la Administración Pública demuestre un comportamiento lícito, es decir, una adecuación total al principio de legalidad y con reconocimiento de los derechos de los ciudadanos e incluso de la naturaleza como sujeto de derechos, que no debería ser objeto de agresiones, ni de las personas tampoco del Estado. Supone así una gestión administrativa pro homine y pro nature.

1.2.8 El Derecho Administrativo Específico y las Características del Estado Constitucional

En el siglo XIX la Revolución Francesa dio origen al Estado Legal de Derecho, cuya propuesta fue acogida en Europa, llegó hacia Latinoamérica y se instaló de forma exitosa. Los Tribunales de Nuremberg²⁵, marcan la decadencia, crisis y sustitución de la primacía de la legalidad; son la búsqueda de la seguridad jurídica. La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo, no era, obviamente, introducir

25 Después de la II Guerra Mundial, en la ciudad alemana de Nuremberg, algunos de los responsables de los crímenes cometidos durante el holocausto, fueron sometidos a juicios. Los jueces de las potencias aliadas: Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos, la Unión Soviética presidieron los tribunales que llevaron a cabo el enjuiciamiento de veintidós principales criminales nazis (United States Holocaust Memorial Museum <https://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007722>)

en los ordenamientos una norma superior denominada Constitución, sino asegurar la garantía de libertad prente al poder público” (I. de Otto 1987)

El constitucionalismo encierra la división del poder, la garantía de los derechos de las personas y la reivindicación de la soberanía en el pueblo. Para el Derecho Administrativo se diseña la inflexible relación jurídica que surge entre la Administración Pública y el ciudadano.

La Administración como sujeto de la relación personifica el poder del Estado, que le fuera atribuido por el pueblo, pero como ya se ha reflexionado, no lo representa; y el ciudadano administrado desprovisto de ese poder. La Administración pública es un personaje poderoso *potentior personae*, al que, desde la norma jurídica se le han atribuido facultades, procedimientos y atributos que no los tiene el individuo, que cada vez que han de enfrentarse, el administrado resultará posicionado en inferioridad.

Las Administraciones públicas sirven con objetividad al interés general (Asamblea Nacional del Ecuador 2017a) fundamentando en el principio de eficacia, la razonabilidad del poder que ostenta al imponerse el interés del colectivo a la individualidad del ser.

Los intereses generales no pueden ser definidos, de modo arbitrario, por la Administración. En el sentido democrático, la Administración al no ser la representante ni actuar en representación del pueblo, no le compete el diseño de los intereses generales, que han de ser dispuestos por el poder constituyente, que tiene legitimidad democrática de modo directo.

Este interés general no es abstracto. Desde la noción básica, por descarte, los intereses generales no son intereses del particular.

Son intereses sociales o colectivos que el Estado asume como propios. En virtud de ello los *publica*, los convierte en objetivos y prioridades políticas, lo que le lleva a movilizar los recursos y poderes públicos necesarios para gestionarlos y defenderlos (Sánchez Morón 2011)

Los intereses generales están limitados por el Derecho. Son las normas constitucionales y las normas jurídicas las que establecen los intereses generales, los definen, otorgan preferencias y atribuyen el poder a la Administración las atribuciones y facultades para servirlos.

Todo el poder que ejerce la Administración pública se manifiesta en sus actuaciones, que no requieren la intervención de un Tribunal o Juez para producirlos. El acto administrativo constituye un verdadero título ejecutivo sin necesidad de declaratoria de un juzgador, como sucede con el procedimiento coactivo, en el que el acto que contiene una obligación jurídica, es un título susceptible de ejecución forzosa en la vía administrativa. La Administración puede hacerse justicia a sí misma sin la intervención de un tercero imparcial: principio de autotutela. Mientras tanto, el ciudadano o una persona jurídica de derecho privado, poseedor y beneficiario de una letra de cambio o de un pagaré a la orden, requiere de modo estricto, acudir ante un tribunal para que luego del trámite de juicio, en sentencia se ordene el pago del título. En este sentido, la garantía de los derechos del Estado constitucional ofertará los mecanismos por los cuales el ciudadano, en franca desventaja comparado con la Administración Pública, pueda ejercer la libertad y la igualdad.

1.2.9 La Garantía de la Libertad de las Personas Ejercida por la Autoridad y la Administración

La innovación del Estado constitucional asegura la vigencia del derecho primigenio del hombre: la libertad (Asamblea Francesa 1789) Se pone de manifiesto el ejercicio inequívoco de la autonomía de la voluntad del individuo en que predomina su accionar individual, mas en la esfera de la conformación y delegación del poder público, la libertad individual se ve subordinada al interés general. Si bien la posibilidad de accionar halla como límite su propia libertad, y la del otro, se torna imprescindible la intervención del Estado como regulador y administrador de esa libertad, a fin de proponer que la fórmula de su aseguramiento es la autoridad.

La garantía de la libertad no puede entenderse como un concepto aislado, sino que su contenido es atribuido en la correlación de división del poder-libertad del individuo. Es así que la posibilidad de garantizar la libertad mantiene una íntima correlación con el ejercicio de poder legítimo; no existe libertad sin poder, y no existe poder sin libertad.

El poder es ejercido por la Administración pública orientada al servicio de la libertad, sin embargo conviene establecer las nociones de Autoridad de Administración.

Las Autoridades son producto de la elección popular directa, la Autoridad es el Gobierno democráticamente electo, fruto de la expresión del mayor ejercicio de la libertad de la persona, el sufragio. Los derechos de participación consagrados en la Constitución del Ecuador, consagran entre otros, el derecho de elegir y ser elegidos. Esta autoridad designada mediante votación directa del pueblo, representa ideales políticos de partido y conlleva iniciativas, que luego del ajuste al Derecho, pasarán a considerarse como intereses generales del Estado.

La Administración es un servicio que no tiene un origen de elección participativa y directa; se halla conformada por personas que son incorporadas por mecanismos de selección establecidos por la ley.

Al Gobierno ejerce la autoridad en todo el territorio nacional, en las regiones autónomas, en las provincias, cantones y parroquias así como también le corresponde la responsabilidad del manejo de la Administración pública. “El Gobierno es el órgano supremo de la Administración y le corresponde por ello la adopción de una serie de decisiones administrativas de mayor importancia. Su actuación como tal está plenamente regida por el Derecho Administrativo que dirige”(Sánchez Morón 2011).

Le corresponde al Gobierno encontrar su legitimación en la medida que provee y garantiza la libertad del ciudadano, en la misma medida en que, el ciudadano encuentra su libertad siempre y cuando exista un Gobierno legítimo.

1.2.10 La Dimensión Social: el Interés General

La estrategia para conseguir el progreso es la comunión de la fuerza. Si bien se ha establecido la libertad como uno de los más máximos anhelos de la humanidad, no conviene dejar de lado que el progreso alcanzado por la humanidad no es el resultado del hombre en solitario. Es el accionar de la humanidad en su conjunto que, al establecer patrones culturales comunes que definen la identidad del pueblo y establecen los propósitos por los que luchar. Se proponen así estándares de calidad de vida del conglomerado social, que se apartan del interés individual. La actividad individual, fundada en el derecho de libertad es capaz de permitir duali-

dad de resultados en los negocios jurídicos: ganar o perder, construyendo la desigualdad institucional por la acumulación individual de riqueza de unos, frente a la socialización de la pobreza de otros tantos. El Estado constitucional en búsqueda de la reivindicación de la real libertad, deberá proponer la afamada justicia social, cuya reputación la precede, es así que la redistribución de la riqueza entre las personas es una de las actividades más trabajadas por la Administración pública, entendiéndose que la carga impositiva de tributos tiene como orientación esta finalidad.

En la Teoría del Campus (Melorose, Perroy, and Careas 2015) el sociólogo francés Pierre Bourdieu define al hombre como un “agente”, tal postura no es coincidencia, por el contrario, es la capacidad de agencia en el entorno social “campus” la que origina la definición. Se tiene entonces que el agente, cumple con su objetivo personal en la medida en que interactúa con otros agentes en la búsqueda y procura en la consecución del “capital simbólico”; es aquí en donde el Estado constitucional oferta las reglas de juego necesarias para que la disputa se produzca con igualdad de oportunidades entre todos los participantes.

El ejercicio de la libertad del individuo provoca que la sociedad sea mirada como la sumatoria de cada ser individual, estableciéndose patrones de conducta elevados a la categoría de norma jurídica desde el logro individual, produciéndose así la formulación de verdades jurídicas inalterables; de tal manera que la norma jurídica es un condicionamiento inequívoco de la conducta subordinada a la autonomía. La noción del Estado constitucional, transforma el individual “yo” por el “nosotros” (Léase en la frase inicial del preámbulo de la Constitución (Asamblea Constituyente 2008) del Ecuador: “Nosotras y nosotros el pueblo soberano del Ecuador...”) Es entonces el momento en que la normativa ha de volverse incluyente en el sentido de la colectividad y es allí donde ha de legitimarse y re adquirir su eficacia.

En la lista de los deberes y responsabilidades de los Ecuatorianos, prevista en la Constitución (Asamblea Constituyente 2008) consta “promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir” Se plantea así un interés general primario que encierra un favoritismo total a favor de la dimensión colectiva sobre la

cual se diseñan las políticas públicas, las políticas económicas y las políticas sociales. La Seguridad Social es una muestra efectiva de la implementación del interés general, pues supone la inclusión a la salud de toda la población.

Sin embargo cabe la posibilidad de la formación de un antinomia entre lo general y particular, que, si la contradicción provoca disminución de derechos de los sujetos, obliga la reformulación y adopción de medidas alternativas que concilien los derechos en disputa. (Constitución del Ecuador artículo 85.2)

1.2.11 La Norma, el Ordenamiento Jurídico y el Derecho Administrativo

La noción de Derecho halla su fuente, de forma primigenia, en la ley. La vigencia de la norma supone un nuevo propósito: ser el ordenador de conducta, que gobierna sobre una norma antigua derogada y olvidada. En el Estado de legalidad incluso desborda la idea de la inexistencia jurídica de todo aquello que permaneciera fuera del límite de la ley. El Estado constitucional ha de atropellar esta concepción. Para el nuevo modelo, importa de forma particular la diferenciación entre Derecho y ley, mostrándolos como dos categorías que han de confluir hacia un mismo punto: la justicia. Conviene traer a la memoria el genocidio Nazi, producto del cumplimiento de la ley, pero ajeno al derecho. Se produce una redimensión del derecho para ser el eje de validación de la ley, así pues, la norma jurídica encuentra su razón de ser en la tutela del derecho y el Estado conoce su devenir en la defensa y promoción de la ley que asegura al ciudadano, proponiendo una ecuación de cuyo resultado inequívoco es el rescate del derecho de la persona.

El protagonismo logrado por el Legislativo en el Estado de legalidad ubica al legislador en el peldaño más alto de la responsabilidad para con la colectividad. La creación de una norma, que de forma inequívoca ha de regir, supone una labor de técnica jurídica cercana a la perfección. La misión del legislador no admite errores, puesto que la norma debe ser perfecta y solucionadora de conflictos. El Contrato Social al referirse a la ley decía: “es siempre justa, recta y promotora de la utilidad

Común”(Rosseau 1762) tal parece que nunca se cometería yerros porque la ley adquiere vida en la sociedad, independiente de su creador; alineándose al mundo virtuoso y apartándose del resultado de la obra de creación del hombre. El Estado constitucional derriba el altar en que se contemplaba en la ley, para por sobre ella elevar la jerarquía de los derechos. humanos de las personas y de ubicar a la Constitución en un sitial preferente, capaz de imperar por sobre la ley que se subordinase o de desterrar del ordenamiento a aquella que se le opusiese.

El un sentido amplio el ordenamiento jurídico podría entenderse como el aglutinamiento de normas vigentes, no obstante, esa definición resulta inadecuada, deficiente e incompleta. El ordenamiento jurídico es anterior a la norma, incluso considerado por varios autores²⁶ como fuente del derecho. El ordenamiento jurídico se concibe como el sistema de normas que contextualizan, definen y otorgan la validez de la ley desde el principio de integralidad; es ese manantial del que brota de las bases del Derecho para otorgar sentido a la ley. En palabras de Eduardo García de Enterría “el ordenamiento jurídico resulta ser una unidad con vida propia, independiente y distante de las propias normas, que son tales, precisamente cuando se interan en él”

La norma jurídica si bien opera como moduladora de la conducta no ha de considerar la actividad en su totalidad por lo que, eventualmente o con frecuencia se presentarán anomias que deberán resolverse desde el ordenamiento jurídico. Se verifica así que la norma encuentra su esencia en la integralidad de todas las normas, que le permitirán al juzgador resolver la problemática que se le ha planteado desde un esquema amplio de verdad jurídica, prohibiéndose las sentencias *ad liquet*

Para la Administración el razonamiento toma una variante: “El Derecho Administrativo constituye un ordenamiento jurídico. Concretamente, el ordenamiento jurídico administrativo es la parte del ordenamiento jurídico general que afecta o se refiere a la Administración Pública” (García de Enterría, Eduardo & Fernández 2002)

26 Autores como Santi Romano (jurista, magistrado y político italiano) manifiestan que el ordenamiento jurídico precede a la norma

La Administración pública, si bien se halla gobernada por la Constitución y sumergida en el ordenamiento jurídico, debe enfatizar su capacidad de producción y creación de normas jurídicas, por cuanto se halla provista de la Potestad Reglamentaria. La facultad de la Administración de crear diversas formas jurídicas de reglamentos se circunscribirá en el principio de Jerarquía de la Norma que sitúa al reglamento por debajo de la constitución y la ley; y, por el Principio de reserva de Ley que admitirán los reglamentos en determinadas materias.

El Código Administrativo del Ecuador (Asamblea Nacional del Ecuador 2017a) plantea dos maneras de creación de norma de la Administración pública: la potestad reglamentaria y la competencia normativa de carácter administrativo. La potestad reglamentaria es atribuida al Presidente de la República, quien en el ejercicio de dirección de la Administración pública podrá crear normas a la administración pública central; mientras que la competencia normativa de carácter administrativo se la atribuye a la máxima autoridad administrativa. Innecesaria partición, que si bien se pretende, por un lado llamarla potestad reglamentaria; y, por otro, competencia normativa, son funcionalmente iguales. Es el principio de reserva de ley el que delimitará la potestad de crear reglamentos tanto para el Presidente, para la máxima autoridad administrativa o para cualquier otra manifestación administrativa revestida de esa potestad. Incluso esta disposición constitucional esquiva a la Administración pública representada por los Gobiernos Seccionales Autónomos, quienes se hallan investidos de la facultad de dictar reglamentos. Tales Gobiernos autónomos son parte de un Estado Nacional, pero no se agotan en su estructura administrativa sino que poseen una propia particular que atiende su propia naturaleza.

Particular atención merece las entidades administrativas descentralizadas y autónomas, que si bien, en el origen contienen la representatividad de la supra entidad de donde desmembraron, podrían perseguir intereses generales diversos no alineados al origen. También están las entidades desconcentradas que atañe a la organización interna de la misma entidad administrativa, también con capacidad de creación de reglamentos.

La potestad reglamentaria se manifiesta en todas las Administraciones públicas por lo que se diseña un mosaico de normas jurídicas y un mul-

diverso ordenamiento jurídico administrativo complejo, que se resolverá a la luz del principio de la jerarquía de la norma y el principio de competencia.

1.2.12 Cohesión del Derecho Administrativo

Tras el apareamiento de la República y la partición del poder se instituyeron las funciones básicas que deberá cumplir cada una de las partes del poder fragmentado. Al legislativo le corresponde la creación de la ley. El poder ejecutivo es el encargado de la implementación administrativa de la ley. El poder judicial ha de procurar la aplicación de la ley.

El rol estelar le corresponde, en el Estado de Legalidad, al Poder Legislativo, puesto que controla la emisión, interpretación y derogatoria de la ley; el Ejecutivo y Judicial han de actuar en un segundo momento de acción, restándose así protagonismo e interés.

El Estado Constitucional rompe este esquema. Se rescata al individuo como protagonista del ejercicio estatal. La ley y la Administración pública toma como único horizonte de acción la tutela efectiva de los derechos del ciudadano, provocando una revuelta en la mecanización y operatividad del Legislativo, quien subordinará su ejercicio al bloque de constitucionalidad; el Ejecutivo quien diseñará un modelo de gestión de gobierno y un plan que contempla el rol tutelar del Estado; y, el Judicial que transforma a sus operadores en garantistas de derechos de los sujetos procesales.

El modelo de gestión de la Administración pública, para garantizar la libertad del ciudadano, se compone de una multitud de entidades administrativas, que para la consecución de los intereses generales, tiene una dinámica abundante y desbordante creación de reglamentos, de normas administrativas que diseñan atribuciones, procedimientos, resultados y pronósticos de su actividad; de tal manera que se vuelve imprescindible la búsqueda de mecanismos que eviten su dispersión, a saber:

- Principio de Jerarquía administrativa.

Este principio tiene dos enfoques. El primero, supone el arreglo de todas las entidades administrativas, de la misma materia, en una figura piramidal, en la que la de mayor jerarquía se sitúa en la cúspide, y los de menor jerarquía se ubican de forma escalonada hacia abajo. De esta manera los que se hallan en una posición jerárquica superior dirigen y controlan a los inferiores; no obstante se presentarán variantes al diseño por el efecto de la descentralización y por el reconocimiento constitucional de la autonomía. El segundo, supone la subsunción del reglamento administrativo generado por una entidad, hacia una norma jerárquicamente superior. El Reglamento administrativo únicamente tendrá valor mientras no se oponga a las normas superiores, produciéndose una armonización del Derecho.

- Principio de Coordinación

Abarca tanto a los órganos administrativos que conforman una entidad así como la agrupación de entidades que han de procurar “la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta”²⁷

En este principio se plantea la coordinación como fórmula organizativa de racionalidad y orden para evitar duplicidad de facultades y atribuciones entre órganos y entidades administrativas.

- Principio de Planificación

Para el cumplimiento de la coordinación resulta indispensable la planificación, por lo que en el catálogo de entidades administrativas en un Estado, constará una entidad²⁸ con el rol de planificación y coordinación

27 Sentencia del Tribunal Constitucional español SSTC 32/1983, 42/1983, 227/1988, etc.

28 En el Ecuador la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo “administra y coordina la planificación nacional en forma participativa, incluyente y descentralizada”. (Gobierno Nacional del Ecuador, 2018) Esta entidad es la responsable del diseño del Plan Toda Una vida – Plan Nacional de Desarrollo 2017 -2021 al que de forma obligatoria se sintonizarán todas las demás entidades que conforman la Administración

y otras tantas entidades de coordinadas. La planificación deberá llevarse a cabo sobre la base de la definición de objetivos, ordenación de recursos, determinación de métodos y mecanismos de organización.(Asamblea Nacional del Ecuador 2017a)

- Principio de Cooperación o Colaboración

En este principio se procura la necesaria colaboración y ayuda mutua entre entidades administrativas diferentes, a fin de que desde el ejercicio de sus particulares competencias, puedan alcanzar fines mancomunados y así facilitar el servicio a los ciudadanos.

- Principio de Solidaridad

Para la actividad inter-administrativa en el régimen autónomo e internacional, la solidaridad se muestra como la posibilidad de que las Administraciones Públicas alcancen fines y objetivos comunes aunque se ubiquen en sitios geográficamente distantes.

“En Interpol nuestro objetivo es facilitar la cooperación policial internacional, aun cuando no existan relaciones diplomáticas entre determinados países, y actuamos dentro de los límites impuestos por las legislaciones vigentes en los diferentes Estados y de conformidad con el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, nuestro Estatuto prohíbe “toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial”(Interpol 2018)

1.2.13 El Control de la Ley

La introducción del Estado constitucional no solo supone un cambio en el horizonte de acción de la Administración, sino que fundamentalmente ha de requerir mecanismos e instituciones para la defensa de la

Constitución y que luchen por la jerarquía normativa de ella. La tutela efectiva de los derechos de las personas se ejecuta con el cumplimiento irrestricto de la Constitución, que por ser una norma, su cumplimiento es directo sin intermediación, pero de una manera más eficiente e idónea que la ley. El principio de legalidad, referente de acción para el Derecho Administrativo, es rebasado por la supremacía constitucional toda vez que será vigente siempre y cuando se subordine y no se oponga a la Constitución.

Ferrajoli en la obra “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” manifiesta que: “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no solo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa” (Ferrajoli 2001) El diseño del Estado constitucional procura entonces una reformulación de la teoría toda vez que se hace necesaria la defensa del derecho y de la democracia constitucional, que conlleva la eliminación de las anomías y antinomias jurídicas que flaquean entre la teoría constitucional y el cumplimiento frío de la norma.

Con el Estado Constitucional se traslada desde la “Legalización del derecho a su constitucionalización” (Carbonell 2003) En el modelo de gestión pública se tiene que los Poderes estarán sujetos a la ley no solo por su producción sino por el contenido gobernado por la Constitución.

En la obra “El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neo iusnaturalismo” (Ferrajoli 2011) se describe la corriente Paleoiuspositivista que promovió el Estado Legislativo de Derecho o Estado legal en el que se produce el monopolio de creación de la ley y se plantea las condiciones de existencia del derecho: la norma jurídica existe si su producción ha sido el resultado del accionar de la misma ley. En este sentido se encuentra restringida la ciencia jurídica, limitada a las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, únicamente se hallan atadas a la descripción y discusión de la aplicación de la norma, convirtiéndose en dogmas explicativos de la norma, resultante de ellos son los comentarios y opiniones. En el paleo-iuspositivismo se ha de afirmar que la norma es válida, no porque es justa, sino porque es elaborada por una autoridad con

capacidad para elaborarla. Las garantías, la libertad, la independencia del juez, la carga de la prueba, la oportunidad de la defensa se hallan sometidas al principio de legalidad, que atañe a la forma más que al contenido.

Tras la segunda guerra mundial, Europa ve el florecer de una nueva propuesta: el neo-iuspositivismo y el Estado Constitucional que propone el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Se plantea el hecho de que una norma exista, no significa que sea válida. La norma formalmente existe como producto de la actividad legal del poder legislativo, no obstante, carece de validez por manifestarse contraria a la norma constitucional. La ciencia jurídica se aparta de las descripciones para asumir la detección de anomías y antinomias e incluso cuestionar las violaciones del derecho cometidas por el Derecho. La aplicación del Derecho es una tarea inequívoca del juzgador, sin embargo el juez debe censurar si la norma es inválida, esta es una razón desconocida para el viejo iuspositivismo.

En el Estado Constitucional se produce la subordinación de la legalidad a la Constitución, como aseguramiento de la democracia. La Constitución, plantea “los límites prohibiciones y restricciones a los poderes; que se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos contra los abusos de tales poderes” (Ferrajoli 2001).

El posicionamiento de la constitución como norma suprema no es nuevo en el Estado constitucional, porque ese lugar siempre lo había ocupado porque aun desde la visión reduccionista de la legalidad, la norma suprema ha tenido el carácter de formal. El reto supone volver a la Constitución al plano material, casi similar con la ley. El cambio, a mi juicio, más evidente, supone el avance de la concepción del control de constitucionalidad, para combinar el control difuso y el concentrado. El Ecuador con la Carta fundamental de 1998 (Asamblea Constituyente 1998) introdujo el control difuso que permitía al juez la declaratoria de inaplicabilidad de una norma que considerara contraria a la Constitución; en tanto que la Carta Magna 2008 (Asamblea Constituyente 2008) introduce un cambio sustancial: el juez deberá remitir la norma, considerada opositoria a la carta fundamental, a la Corte Constitucional a fin de que resuelva el inconveniente. El debate ha de surgir respecto a beneficios y

bondades del control difuso y del concentrado, sin embargo la tendencia apunta a la implementación de sistemas mixtos o concentrados como el caso de la Constitución de Bolivia en donde se prevé la existencia de un tribunal que ejerce control de constitucionalidad y resuelve acerca de las “acciones directas e indirectas de inconstitucionalidad”

El control difuso halla su piedra angular en el Caso de la justicia norteamericana “*Marbury vs Madison*” de 1803, en el que el Juez Marshall introduce el primer ejercicio histórico del “*judicial review*” mediante el cual un juez puede declarar la inaplicabilidad de una norma que proviene del poder legislativo, siendo éste un ejercicio de cuestionamiento del fondo y no de la forma, así como también se produce una muestra del funcionamiento lineal de los poderes de la república. Para Zagrebelsky “este sistema es el que más se apega a las exigencias de una tutela judicial inmediata de los derechos fudados en la Constitución”(Zagrebelsky 2016) Se dirige la atención de los jueces no solo a los procedimientos con los cuales se creó la ley sino a la constatación de que el contenido de la ley aplicable al caso, sa compatible con la Constitución (Bernal Pulido 2005) “recalcando que la tutela de los derechos fundamentales constituye la razón de este sistema de justicia constitucional” (Zagrebelsky 2016)

El control concentrado propone la conformación de un órgano específico, llamado Corte o Tribunal Constitucional, cuyos integrantes desde la especialización en el área del derecho constitucional, concentran para sí el control constitucional de las normas. Este sistema, conocido también como “sistema europeo” cuenta como promotor al célebre jurista Hans Kelsen²⁹ quien apoyó su introducción en la Constitución de Austria de 1920, que en lo principal busca la conformación de un tribunal fuera del poder judicial que lleve a cabo el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes emitidas por el parlamento pronunciando sentencias con efecto erga omnes.(Sagüéz 2002) No obstante, el control concentrado no es una tarea exclusiva de una entidad ajena al poder judicial, éste también podrá ejercerse desde la Corte Suprema de Justicia con la implementa-

29 Hans Kelsen fue un jurista y filósofo austríaco. Fue uno de los principales autores de la Constitución Republicana y Democrática que se dio en Austria en 1920. En autor de la obra Teoría Pura del Derecho (Wikipedia)

ción de una sala especializada, con la misma intención, de tal suerte que sus fallos bien pueden ser inter partes como sucede en el derecho uruguayo o bien erga omnes como en el derecho panameño (Sagüez 2002).

1.2.14 La Constitucionalización del Reglamento Administrativo

Como se ha explicado, por la potestad reglamentaria las Administraciones públicas, en el escenario de su competencia, para cumplir con el objetivo de servicio al ciudadano, que es en esencia su razón de ser, han de dictar normas jurídicas, que a manera de reglamentos, van a prescribir, sus facultades, atribuciones objetivos y propósitos. Esta producción normativa reglamentaria también es sometida al control de constitucionalidad.

El Reglamento administrativo al someterse al control, permitirá que la producción normativa de la Administración pública sea revisada. La necesidad de su revisión no solo enfocará el origen y validez de su producción, que se halla íntimamente ligado al ordenamiento jurídico, toda vez que la potestad reglamentaria no es generalizada ni tampoco propia de la totalidad de las entidades administrativas, sino que se atribuye, a determinada entidad, de forma única y exclusiva por mandato de norma constitucional y norma legal; de tal suerte que el primer examen de constitucionalidad del reglamento administrativo es la revisión de la facultad reglamentaria en la Administración.

En similar línea de argumento se determinará que el reglamento administrativo no es justo por el solo hecho de su formulación válida y conforme al ordenamiento jurídico administrativo, sino que se determinará si su contenido guarda conformidad con las normas jerárquicamente superiores y en perfecta armonía con la norma constitucional.

El reglamento administrativo, al igual que todas las demás expresiones de la voluntad de la Administración Pública, reúne los requisitos de validez, a saber: competencia, objeto, voluntad, y procedimiento con lo cual tiene vigencia en el ordenamiento jurídico. El control de constitucionalidad del reglamento administrativo, en un primer momento se realiza a partir de las garantías normativas previstas en la Constitución, que plantean que la armonía constitucional es el filtro del que resultará la validez.

Si el reglamento administrativo, a más de emanar de la Administración facultada por la ley para su producción, guarda conformidad con el texto constitucional y se subordina a la jerarquía de las normas, entonces será suficiente para ser admitido en esta primera etapa de control.

Desde el establecimiento de la República se promovió la idea del rompimiento del poder absoluto, a fin de recuperar la igualdad, libertad y fraternidad de todas las personas en un ejercicio interactivo con el gobernante, que para materializarlo, fragmentó de forma tripartita al absoluto. La relación entre el individuo y la Administración pública será de tal manera que jamás procure el sometimiento de la persona para garantizar el goce de sus derechos.

Desde la legalidad, los derechos humanos dibujaron el límite de intervención del Estado con respecto al administrado, a fin impedir la intromisión. Los Derechos humanos se consideran como “autorestricción” impuesta por el Estado para garantizar la libertad “dejar hacer, dejar pasar”. No obstante la intención de limitación del Estado se vinculó con la carestía de eficacia jurídica. Se diseñó el modelo de Estado no interventor pero no se promovió el ejercicio de los derechos, se normó la restricción del Estado, pero no se desarrolló la forma en que han de ser tutelados. Ni los tribunales de justicia, ni la administración pública podían ofertar respuestas jurídicas fundadas en los derechos humanos.

La introducción del Estado constitucional propone que en su estructura se implemente los jueces constitucionales nacionales y supranacionales, con la misión de implementar los derechos de las personas o bien que se “los tomen en serio” (Dworkin)

El Estado constitucional ya no solo contempla los límites del Estado frente al ciudadano, sino que gira y sitúa al Estado, ya no con poder restringido, sino subordinado al bloque de constitucionalidad. Conviene mencionar que esta es una suerte de “humanización” del derecho que plantea un ejercicio de la Administración pública en hacer realidad los Derechos humanos.

Si desde la teoría y muchas veces desde la práctica, se ha podido determinar que la ley puede ser vulneradora de derechos de las personas,

por lo que surgió la necesidad del control de constitucionalidad de la ley; será posible también encontrar que existen reglamentos administrativos vigentes que, dictados por la Administración pública con competencia para ello, ajustados al texto de la Constitución, puedan producir afectación al individuo.

Frente a esta posibilidad, en el Ecuador la ley oferta al individuo afectado, desde cuya afectación se verificará la legitimación, la posibilidad de impugnar la actuación administrativa normativa, a fin de que mediante una sentencia dictada por un juez, se proceda a realizar el control de legalidad.

“Acción de Anulación Objetiva por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer un vicio legal” (Asamblea Nacional del Ecuador 2015)

El procedimiento previsto en el Código General de Procesos ubica en la tribuna del acusador al ciudadano y en la del acusado a la Administración Pública, quienes con la utilización de los mecanismos de prueba idóneos, durante el pleito deberán llevar al juez hacia el convencimiento de la verdad de los asertos jurídicos. Un caso de singular estudio merece el comportamiento del Tribunal Administrativo en el Ecuador. Se atribuye a la eficacia de los medios probatorios el resultado de la sentencia. No se produce una revisión de legalidad en estricto de la actuación administrativa por el juez, sino que el juzgador deberá llevar a cabo la valoración de la prueba aportada por los sujetos procesales, de tal manera que el fallo judicial evocará únicamente la prueba que sirve de fundamento para que en el fallo se acepte o se niegue la acción.

La sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo que pone fin a la impugnación en la vía jurisdiccional es susceptible del recurso extraordinario de casación que procede sólo en los siguientes casos:

Artículo 260 código General de Procesos del Ecuador:

“1. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia

4. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto”(Asamblea Nacional del Ecuador 2015)

Mediante el recurso de casación se realiza un control de legalidad, no de la actuación administrativa, sino del enjuiciamiento del que fuera objeto.

Con la Constitución del Ecuador del año 2008, por ser el Ecuador un Estado constitucional, se introducen en la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional(Asamblea Nacional del Ecuador 2009b) las garantías constitucionales jurisdiccionales y acciones de constitucionalidad, entre otras, como herramientas de recuperación inmediata de los derechos vulnerados o desconocidos de las personas. Entre ellas se precisa mencionar tres de ellas.

La primera, con la Garantía de acción de protección la intención del constituyente fue crear una acción que garantizara eficazmente y de manera oportuna y rápida la reparación integral frente a las violaciones de los derechos vinculados a la dignidad de las personas y de la naturaleza, no fue crear una instancia adicional, por lo que no puede confundirse el fin “tutela de derechos” con la posibilidad de ventilar litigios que aunque eventualmente puedan tener la misma causa, claramente están encaminados a cosas distintas reguladas por la ley. Un mismo caso u omisión puede generar al tiempo la vulneración de un derecho subjetivo o facultad legal y el desconocimiento de un derecho constitucional; para el primer caso están las acciones ordinarias y para el último las garantías jurisdiccionales, particularmente la acción de protección (Montaña 2012)

Por la acción de protección le corresponde asumir a un juez constitucional³⁰ la posibilidad de proteger los derechos de las personas que se hallan consagrados en la Constitución y en los Instrumentos internacionales de Derechos humanos, declarar la violación de uno o varios derechos y ordenar la reparación de los daños, vulnerabilidad que pudo haber provenido de la dinámica de la Administración Pública, produciéndose así una suerte de control de constitucionalidad difuso de la actuación administrativa.

La segunda es la acción extraordinaria de protección que conforme a la ley “tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”(Asamblea Nacional del Ecuador 2009b)

Esta garantía se la puede interponer en contra de la sentencia del Tribunal Administrativo de lo contencioso o incluso en contra de la sentencia de casación que hubiera negado que la actuación administrativa haya causado daño al ciudadano. Se interpone ante el juez, solo o tri-

30 La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador en el artículo siete: dispone que “será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se produce sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos...”

bunal que dictó la decisión definitiva y el expediente integro será remitido a la Corte Constitucional, produciéndose un control abstracto de constitucionalidad.

La tercera no es parte de las garantías jurisdiccionales sino que entre las posibilidades de constitucionalización del Ecuador consta la activación del control abstracto de constitucionalidad, que mediante una acción de inconstitucionalidad de trámite exclusivo ante la Corte Constitucional prevé que el ciudadano o colectivos de forma directa demanden el desajuste y falta de armonía de la actuación normativa con la Constitución o con los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En uno u otro caso el control de constitucionalidad de las actuaciones administrativas en el Ecuador resulta tortuoso³¹. La posibilidad del control constitucional, se tornó residual. Se induce a agotar todo el lento y burocrático sistema legal y jurisdiccional primero para que luego se busque la alternativa de una justicia constitucional, privilegiándose la actuación de la Administración Pública.

1.2.15 Control de Convencionalidad de la Administración Pública

“El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*³² vs. Chile” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2018)

31 En el año 2012 la Corte Constitucional del Ecuador admitió a trámite doce mil ochocientos sesenta y tres casos, de los cuales dos mil seiscientos treinta y cinco tuvieron sentencia, por lo que únicamente se resolvió el 20,4 % de las causas. (Plan V, 2018)

32 Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la

La dinámica de la integración de los Estados provoca que el ordenamiento jurídico interno guarde conformidad con la Constitución y con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, pues es de interés global su resguardo.

El desbordamiento de las fronteras nacionales producto del sistema internacional de protección de derechos humanos provoca que la norma jurídica rijan dentro y fuera de los estados nacionales.

Otro factor que ha de revisarse es el resultado de la globalización y mundialización de las empresas multinacionales, cuya gestión económica vació el derecho público, por la ausencia de límites y reglas, producto de la fuerza de los poderes privados e incluso por la intervención de ejércitos de países con los suficientes recursos, capaces de la intervención en escenarios discrecionalmente elegidos como beligerantes, resultando en una regresión neo absolutista de los poderes económicos tras nacionales

Tal fenómeno globalizante del derecho se afirma en una ausencia de las fuentes formales ligadas a la soberanía del Estado. El derecho de la globalización viene hacerse por las fuentes privadas – contrato – y con la prevalencia del mercado sobre la política.

Con el control de convencionalidad se pretende que un Estado suscriptor de Tratados Internacionales de derechos humanos proceda a la adecuación de las normatividad interna, no solo a u propio ordenamiento constitucional, sino también al texto del propio Tratado; así como también a incorporar la adecuación formal a la jurisprudencia internacional y a las opiniones consultivas emitidas por los Organismos internacionales surgidos por el Tratado.

Al ser la Administración Pública parte del Estado, se halla inserta de modo obligatorio en el control de convencionalidad, puesto que adecuará su potestad reglamentaria y la capacidad creadora de normas jurídicas, no sólo a la Constitución y a su ordenamiento jurídico administrativo interno, sino que incluso se ve forzada a la adecuación de su normativa al cuerpo compositor de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los

muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)

cuales el Estado es suscriptor, a la jurisprudencia y a las opiniones consultivas puesto que conllevan reflexiones jurídicas del alcance del propio Tratado. Para la eficacia, la potestad reglamentaria de la administración no solo superará el examen de constitucionalidad sino también el de convencionalidad. Se produce una interconexión del Derecho Administrativo con el Derecho Internacional. Más aún se se considera el principio de cooperación y de solidaridad de las administraciones públicas cuya operatividad rebasa las fronteras nacionales.

Por la suscripción e inserción del Estado al Tratado Internacional se provoca también que todas sus entidades administrativas y órganos sean incorporados y subsumidas a él.

Corresponderá el control de convencionalidad a los tribunales nacionales competentes de cada país suscriptor, quienes asumirán *ex officio* la tarea de llevar a cabo el control y deberán verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas.

El control de convencionalidad provocará la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que no guarden conformidad con el Instrumento Internacional de Derechos Humanos, con la finalidad de conseguir la garantía de los derechos que es la razón misma del Estado y de esta forma evitar la responsabilidad internacional.

“La Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos”(Corte Interamericana de Derechos Humanos 2018)

1.2.16 Los Principios

En el Estado de legalidad se presenta una estructura de fuentes fuertemente jerarquizada tenía como eje rector a la ley como fuente inagotable de otras normas, así se han de considerar como fuentes la ley, la costumbre, la jurisprudencia. Se muestra entonces el hecho generador de que

la fuente de la norma es la misma norma, pues la costumbre será admitida solo en los casos en los que la propia ley se remita a ella, como es el caso del derecho mercantil de Ecuador; y la jurisprudencia que constituye un ejercicio descriptivo de la norma, atribuyendo su validez a la producción emanada desde el poder legislativo investido también por la ley

El Estado constitucional provoca un rompimiento de las fuentes por colapso de la capacidad creativa de la ley. La falta de razón jurídica y disfunción del lenguaje de la norma, al haberse formulado en vocabulario obscuro dibuja su inviabilidad. El postulado jurídico que gobernaba el derecho penal: “la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento” perdió su vigencia. Mediante fallos judiciales en Italia, se ha considerado que el derecho penal no ha sido posible ser conocido, en su totalidad, ni siquiera por lo juristas peor aún por el ciudadano común, tornando inaplicable su afamada vigencia, rompiéndose así la presunción “*jure et jure*” a la que tantas e inagotables ocasiones se había recurrido.

La tutela efectiva de los derechos del hombre por el Estado constitucional, deriva en una confusión de las fuentes, puesto que el derecho se crea y se recrea, desde los principios e incluso se da cabida a la regresión, volviendo al pluralismo, cuya vigencia fue propia del derecho premoderno (Ferrajoli 2001) Tal circunstancia involucra que las nociones del principio de legalidad y reserva de ley sufran una transformación.

En el Derecho Administrativo la importancia de las fuentes cobra más importancia que en las demás disciplinas jurídicas. La Administración pública, considerada como un sujeto de la relación jurídica, es un receptor de las normas que dentro del ordenamiento jurídico, gobiernan su actividad; y, por la dinámica creadora de reglamentos administrativos, tiene protagonismo en la creación y formación de nuevas normas de Derecho, que si bien son jerárquicamente inferiores a las leyes, son las que en mayor importancia dominan esta área jurídica.

Frente al proceso evolutivo de las concepciones del Derecho es innegable admitir que “Lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas sino que se extiende a los principios y la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones”(García de Enterría, Eduardo & Fernández 2002)

La sintonía de la división de poderes, con la garantía de libertad de las personas, la atribución del poder soberano al pueblo y la constitucionalización del Estado formó un nuevo entendimiento de lo que es el Derecho. Todos los cambios que la transformación produjo, liberaron al Derecho de la circunscripción de la ley, para vincularlo con la Constitución y con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, resultando incompatibilidades, antinomias, anomias y ejercicios extralimitados de poder.

Por citar un par de ejemplos: la jurisprudencia anglosajona recoge la “*natural justice, reasonableness o due process of law*”, y la jurisprudencia italiana: “*ecceso di potere*” con las cuales se pone de manifiesto que la legalidad no se agota en la ley, sino en el Derecho, que se halla conformado por un ordenamiento jurídico mucho más amplio entre los que constan los Principios incorporados, en el caso de Ecuador, en la Carta Constitucional.

Los principios para el Estado Constitucional se han de entender, según Robert Alexy como mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y como tales, deben ser palicadas. Al manifestar que son de optimización quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad (Alexy 1993)

Núremberg introduce la noción de implementación de los principios al contraponerlos con las leyes que los violentan. Los principios han de reclamar mejores condiciones fácticas y jurídicas respecto a la optimización de los derechos de las personas, de tal suerte que, en opinión de Zagrebelsky, la relación entre Constitución y ley equivale a la relación entre principios y normas; y, estos operan como derecho concentrado para resolver los casos de anomias y antinomias.

El Derecho administrativo se halla soportado en un sistema de principios generales del derecho, que no solo se han funcionalizado como fuentes, sino que incluso explican la pertinencia integral de la orientación de la Administración hacia la garantía de los derechos de las personas.

La Constitución incorpora valores entre sus normas, los cuales por jerarquía, son referentes de acople de las normas inferiores, de tal suerte

que los principios generales van a permitir proceder a la conexión. La Justicia constitucional tendrá el rol fundamental, con la instrumentalización de los principios generales, en la visualización de la transformación de la realidad jurídica del Estado, con lo que se ha roto el hilo que encastraba la norma en la ley.

La formación de innovadoras fuentes del derecho, pone en revisión la soberanía nacional, otrora dueña del monopolio creador de la norma. El derecho en el Estado cosntitucional rebasa la subordinación a los límites y controles del Estado en la producción formal de la norma.

La validación de la norma, cuya vigencia vincula la tutela efectiva de los derechos, encuentra en ellos no únicamente su límite y control, sino que identifica a la dignidad del individuo como punto de partida de la ley, por lo que la producción de normas no se circunscribe a una entidad estatal, sino que la naturaleza del ser humano, al ser universal rompe las fronteras, dejando al control de constitucionalidad la vinculación con la soberanía estatal.

1.3 El Derecho Administrativo como Pilar del Estado Constitucional

1.3.1 Sometimiento de la Administración Pública a la Constitución

Sobran palabras para definir con sinónimos a la Constitución: Norma Suprema³³, Carta Magna³⁴, Carta Política³⁵... Precisamente conviene ana-

33 El constitucionalismo norteamericano, es el primero que le otorga a su Constitución el valor normativo de ley suprema y rompe con la idea y concepción de contemplar a la Constitución como un conjunto de ideas políticas sin vinculación jurídica (García de Enterría, Eduardo & Fernández, 2002) otorgandole un verdadero valor jurídico exigible ante los tribunales en caso de su trasgresión (Fernández Segado, 2002)

34 La Carta Magna fue un documento aceptado por el Rey Juan I de Inglaterra, más tarde conocido como Juan Sin Tierra. La Carta Magna es uno de los antecedentes de los regímenes políticos modernos en los cuales el poder del monarca o presidente se ve acotado o limitado por un consejo, senado, congreso, parlamento o asamblea (WIKIPEDIA)

35 La Carta Política es un sinónimo de Constitución en cuanto al sentido de organización del poder político se refiere.

lizar el alcance de considerar a la Constitución como una Carta Política. El Estado de Legalidad, suponía la existencia de un programa político, que contenido en la Constitución, obligaba al legislador a traducirlo e implementarlo mediante normas jurídicas; incluyéndose además, en esta Carta, la estructura administrativa del Estado, promoviendo el desarrollo del Derecho constitucional administrativo, regulador de entidades como propósito elemental del Estado.

Con el Estado Constitucional, la norma, se transforma, para abastecer de Derechos humanos y de principios de aplicación, que afinados por la cosmovisión particular de la nación, deben ser inmediatamente implementados. Se trata de un sometimiento de la ley a la Constitución y al desvanecimiento de toda norma que se le oponga. Es la recuperación del doble rol que cumple la Constitución: garantista de derechos y fuente del derecho.

Se promueve que el Estado constitucional provoque un nuevo planteamiento de los fines del Estado: la promoción, tutela y defensa de los derechos de las personas e incluso la consecución del buen vivir, con el empoderamiento de la herramienta denominada Administración pública. Se da un salto del Derecho constitucional al Derecho público, en particular al administrativo, porque la Administración persigue la implementación de un sistema estatal para lograr un paradigma de convivencia, e incluso si los efectos globalizantes alcanzaron al derecho, no está por demás analizar que la gestión del Estado rebasa sus límites geográficos para que su accionar impacte en el mundo. Se deberá entonces diseñar un aparato administrativo, capaz de lograr la tutela de los derechos de las personas a escala mundial.

Con la misma lógica que, desde la técnica jurídica, se procuró la solución de toda la problemática social con el crecimiento desmesurado de la norma específica, produciéndose una acumulación de leyes especiales, se produjo también el aumento apresurado del aparato del Estado, que con su accionar también ha de tratar de resolver los problemas, sin embargo también aumentaron los espacios de discrecionalidad por medio de prácticas administrativas excesivas –enfocadas por medio de intervenciones clientelares apoyadas en el diseño de políticas públicas ineficientes.

La implementación del Estado Constitucional requiere la declinación de prestaciones según la lógica universalista de las garantías de derechos humanos, antes que intervenciones del Estado que se agotan en ajustes a la norma.

Conviene diseñar la Entidad pública mediante la reducción del despilfarro por la manutención de enormes aparatos parasitarios. Es indudable que la obra pública que consiste en la satisfacción de derechos sociales producirá costos, que deberán realizarse con apego al principio de efectividad y reducción de gastos innecesarios.

Para la realidad administrativa del derecho constitucional Ferrajoli manifiesta que se presenta el desafío: rompimiento de la legalidad y la declinación de prestaciones. El ejercicio pleno de los derechos no podría realizarse de forma exclusiva con el apego a la norma; la lectura es invertida. La norma es válida si se apega a la teoría de los derechos humanos, de tal suerte que la Administración pública se obliga a declinar su quehacer prestacional, puesto que el ejercicio de los derechos no se somete, en estricto, a la actividad administrativa; y la vigencia de los derechos no se circunscribe a las entidades. La norma jurídica y las entidades públicas se muestran artificiales frente a la profundidad de esos derechos, vale mencionar que en la tutela del derecho a la vida, no está ni de cerca, agotado con la provisión de hospitales; claro que está que contribuye, pero no lo es todo; mucho más si se considera que cada uno de los derechos humanos se halla interconectado, cual si fuera un sistema único y articulado con los demás derechos, por lo que la defensa del derecho a la vida se conjuga con el derecho a la supervivencia, con el derecho a la vida digna y con todos los demás derechos, tanto así que un individuo que está desprovisto de trabajo, que no tiene seguridad social, se encuentra con su derecho a la vida gravemente comprometido y en estado de indefensión.

Otro de los desafíos planteados por Ferrajoli consiste en la pérdida de la soberanía del Estado por la debilitación de las fuentes del derecho y por la existencia de normas globalizantes comunitarias. El real constitucionalismo se implementaría sin la existencia de un Estado nacional. El constitucionalismo europeo por ejemplo ha superado las barreras que los

límite de la soberanía habían legítimamente marcado, creándose incluso una Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

En el Derecho comunitario, desde 1964, el Tribunal Luxemburgo dictó que el derecho comunitario no puede ser derogado por un Estado miembro de la comunidad y ningún Tribunal constitucional de los Estados miembros puede admitir normas contradictorias a su propia constitución y al derecho comunitario; poniéndose de manifiesto la superposición del derecho comunitario por sobre la soberanía individual de cada Estado.

Se vuelve indispensable una refundación y redefinición de los Poderes del estado, para de esta manera re-definir cada una de sus competencias. Es este un camino de retorno al derecho comunitario jurisprudencial atado al derecho de cada miembro. Norberto Bobbio dice que vivimos en la edad de los derechos y que, precisamente en esta edad, es donde se ha presentado la máxima desigualdad entre las personas.

El derecho público fue vaciado por la globalización, por el triunfo de la ley del mercado manifiesta Fernando Quezada, por lo que urge la constitucionalización del derecho para establecer los límites a los poderes económicos, solo de esta manera se presenta una alternativa al combate, a la guerra, a la violencia, al terrorismo, al fundamentalismo, a la miseria que amenazan la supervivencia de nuestras propias democracias, solo puede combatirse con técnicas jurídicas de constitucionalismo internacional (Derecho, Latinoamericano, and Ramiro Ávila Santamaria 2009).

El orden constitucional apunta hacia la conformación de un Estado supranacional, políticamente no viable, por la real posibilidad de subordinar a cada poder legítimo para dar cabida a la Constitución y a los Derechos fundamentales subordinados a otra fuente. Se revelan pesimismo de carácter político: en el plano teórico no podría existir un Estado supranacional constitucional; y, se produce una crisis del proyecto de paz e igualdad que ha surgido en una época de transición hacia un nuevo orden planetario que se mensifiesta contrario de fundamentalismos³⁶

36 Exposición del catedrático Luigi Ferrajoli en la conferencia “Estado Derecho, presente y pasado” (<https://youtu.be/TOAOKDrcong>)

La Constitución, desde la visión de los derechos humanos, no sirve para expresar voluntad común de un pueblo. Sirve para garantizar los derechos de todos, inclusive en contra de la voluntad popular. Su función no es expresar identidad cultural sino la de garantizar los derechos y la convivencia pacífica entre los sujetos y los intereses directos en conflicto, promoviendo el valor más importante la igualdad de todos.

La Constitución es un pacto de no agresión, fomento del principio de igualdad. La efectividad supone un mínimo de consenso, pero más importante es la igualdad como condición necesaria y suficiente, recíproco respeto antes recíprocas exclusiones.

La vigencia del Estado constitucional, para el Derecho administrativo, supone renovaciones:

- De la concepción de los sujetos de la relación jurídica. El efecto del Estado constitucional es reconocer al administrado como un verdadero sujeto de derechos, que propone una relación horizontal, con la Administración, frente a las posibles situaciones jurídicas en que han de confluir administrado y administración.
- De la aceptación de la innecesaria inflación de Entidades administrativas, producidas por la orientación ideológica del Estado de Satisfacción que procuraba agotar, desde lo público todas las actividades sociales del individuo.
- Del reconocimiento de la dispersión del Derecho Administrativo producto precisamente de la abundancia de entidades administrativas que, por la potestad reglamentaria, crearon tantos procedimientos y atributos cuantas necesidades pretendían recrear.
- De la urgente renovación del principio de legalidad en búsqueda de la armonía con la Constitución
- De la reparación al ciudadano por actividad administrativa deficiente. La reparación contractual y extracontractual.

1.3.2 *Situación Constitucional y Jurídica del Administrado y de la Administración*

En el Derecho constitucional, la norma jurídica encuentra su razón de ser en la defensa de los derechos del individuo, mientras que “el derecho administrativo posee unas reglas específicas de razonamiento y aplicación, que se resumen en un conjunto de privilegios y prerrogativas que se otorgan a la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos para la consecución del interés público...” (Trayter Jiménez 2017). Se presentan dos corrientes jurídicas, aparentemente equidistantes que han de comulgar en un solo punto de entendimiento: la tutela de los derechos del administrado desde el Derecho Administrativo.

Para definir el estado situacional se presentan algunas variantes:

1.3.2.1 La Relación Jurídica

Desde la Teoría de las obligaciones, el Derecho Civil ha planteado la existencia de dos sujetos en la relación jurídica: un sujeto activo, dueño de la acreencia y un sujeto pasivo, obligado al pago de una deuda; atados el uno al otro con la obligación; confiriéndole la norma jurídica el derecho de reclamar lo adeudado al sujeto activo o acreedor, configurándose así un hecho generador de normas jurídicas, de aquellas que aprovechan al sujeto activo de las prestaciones, para la vigencia y garantía del bien jurídico protegido: la propiedad privada.

El Derecho Administrativo no es ajeno a tal lógica, propone la existencia de la relación jurídica administrativa, entre la Administración Pública y el ciudadano administrado, planteando el escenario en el que es la Administración Pública el sujeto activo y el administrado es el sujeto pasivo, ligados el uno con el otro, con las obligaciones de carácter prestacional, en donde la norma caracteriza al sujeto activo proveyéndole a la Administración toda la serie de prerrogativas como lo señala el profesor Joan Trayter Jiménez. No obstante, en el campo del Estado Constitucional la dinámica es variable.

En el enfoque de tutela efectiva de los derechos humanos, cuyo rol protagónico le corresponde al Estado, la relación entre la Administración

y el Administrado podría matizarse según el ámbito en que se proponga, pues el legitimado activo para la exigencia de los derechos es la persona, variando así el definición de sujeto activo de la relación.

1.3.2.2 La Administración Pública como Sujeto Activo

La Constitución del Ecuador (Art. 1) y la Constitución de España (Art.1) señalan que la soberanía radica en el pueblo del que emanan los poderes del Estado. De tal manera que es la Administración, quien por delegación del pueblo, ostenta el poder ejercido por las entidades públicas; en palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández la potestad puede definirse como “una manifestación de la personalidad consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo, por lo tanto, e independiente de toda relación jurídica concreta y susceptible por esta razón de desplegarse y actuar frente a círculos genéricos de personas, que respecto del titular de dicho poder, se encuentra en una situación de sujeción”(Fernández, Tomás Ramón; García de Enterría 2004)

La potestad pública, componente inequívoco de la relación asimétrica que existe entre la Administración y el administrado no es etérea, sino plenamente material, que ha de traducirse incluso en la superposición de la voluntad de la administración por sobre la voluntad del individuo, con manifestaciones impositivas, imperativas, prohibitivas, restrictivas y permisivas, verbigracia a la concesión de la libertad individual por la colectiva. Es el pueblo la fuente del poder, requiriéndose inclusive que tal concesión está amparada, contenida y regulada por el ordenamiento jurídico, que moldea y da forma a la voluntad popular. Las entidades públicas se apartan de la voluntad primigenia del pueblo para promover la expresión de la voluntad propia e independiente de su generador.

Los ciudadanos, de manera constante, han buscado el mejoramiento de sus condiciones de vida, por lo que, desde un franco ejercicio de la legitimación activa de la exigibilidad de sus derechos humanos, han de demandar al Estado el aseguramiento y cobertura de estas exigencias, con: vialidad, energía limpia, agua sin contaminación,

servicios de salud, educación, etc. verificándose así, a priori, la expresión de la voluntad del pueblo. Para la consecución y procura de los fines demandados y de todos aquellos que le han sido atribuidos por la Constitución, por las Políticas Públicas y por las Normas Jurídicas, el Estado deberá utilizar el tributo como un “instrumento de de política económica general” (Congreso Nacional del Ecuador 2005).

La imposición de un tributo, originada desde el poder tributario de la administración, gobierna y obliga a la voluntad de los administrados, de manera independiente al hecho que generó el petitorio. El derecho administrativo tributario configura a la Administración como el sujeto activo recaudador y ubica al ciudadano y a las personas jurídicas como los sujetos pasivos obligados al cumplimiento de la prestación tributaria.

El ejercicio de la potestad pública supone el sometimiento y sujeción del administrado a las decisiones de la Administración. “La sujeción es la situación correlativa de la potestad y, como tal, implica soportar los efectos desfavorables derivados de su ejercicio, producidos directa e inmediatamente en la esfera del sujeto pasivo, prescindiendo de cualquier comportamiento de éste”(Biasco 2006)

1.3.2.3 El Administrado como Sujeto Activo

La dinámica del Estado Constitucional, provoca en el Derecho Administrativo, un intercambio de los papeles en la interacción individuo y Estado.

En el Ecuador se propuso el Referéndum y la Consulta Poular 2018 (Consejo Nacional Electoral 2017) que sea el pueblo del Ecuador el que, desde la manifestación de la voluntad, promueva una reforma a la Consitución y a normas de inferior jerarquía.

La participación del administrado es dual en la relación con la Administración Pública. El ciudadano es el receptor de los servicios ofertados por las administraciones que buscan garantizar su libertad, lo que le ubica en un plano de pasividad.

No obstante el rol del administrado provisto del abanico de derechos (Alarcón Espinosa and Torres Paredes 2018) y considerado como sujeto activo en la relación jurídica, se puede tornar visible en el ordenamiento jurídico administrativo si asume la legitimación activa, desde el momento en que accede a la activación de los mecanismos de impugnación que se proponen, en sede administrativa y en sede jurisdiccional, en contra de la actuación administrativa, como fórmula de corrección de los excesos de poder o de la extralimitación jurídica en que pudiera ocurrir.

El ciudadano , desde la esfera individual o colectiva, al demandar la garantía de libertad y de igualdad, es capaz de generar decisiones administrativas, de tal manera que genera una interacción dinámica en donde la Administración pública se vuelve receptora y subsume su actividad al alegato del individuo.

1.3.3 Dispersión del Poder y de la Norma

El poder legislativo ha llevado a cabo un proceso de inflación normativa, que no es un fenómeno natural sino un fenómeno político, asumiendo que la norma jurídica se reviste de un poder mágico capaz de solucionar todos los problemas sociales, por ejemplo se pretende combatir la corrupción en Ecuador con una norma que la prohíba (Rosero 2017) provocándose el fomento de la legislación desordenada.

La abundante creación de normas, fruto de la actividad de legisladores desordenados, y de la hiperactividad de las Administraciones públicas indiscriminadamente creadas, abre a la arbitrariedad incontrolada, el escenario idóneo de acción. Se crean laberintos jurídicos complicados provocando la discrecionalidad incontrolada, al punto de que el derecho ha perdido su credibilidad, eficiencia y garantismo. Se encuentra cuestionada la sujeción del juez a la ley, por el colapso del lenguaje jurídico, de tal manera que el principio de sujeción no procede.

Ferrajoli plantea la revisión del Principio de Reserva de ley que ha de ser sustituido por el Principio de Reserva de Vódogo. La innovación supone que ninguna norma puede ser introducida sino a través de modificación del Código; para ilustrar se menciona que, en el ámbito del

Derecho Penal, éste debe ser activado para ofertar soluciones, solo en casos extremos, y que cualquier creación normativa debe hacerse con reforma al Código Penal, para así contradecir el abuso en la técnica jurídica con la creación de las leyes especiales.

La idea de la garantía de los derechos vinculada con los Poderes del Estado, produce que la Administración Pública se multiplique para abarcar la mayor parte posible de los sectores de administración. La administración pública incrementa su tamaño y se diversifica en sus funciones. Se crean entidades y órganos con importantes competencias y atribuciones basadas en el Derecho Administrativo. La expansión de la Administración³⁷ pública determinará la quiebra y dispersión de los Poderes del Estado. Todos y cada uno de los Poderes del Estado conforman entidades administrativas para llevar a cabo sus atribuciones determinadas por la Constitución. No es el Poder Ejecutivo el único en constituir entidades administrativas, sino que todos los Poderes trabajan con esa misma lógica, por lo que la Administración Pública se presentará en todos y cada uno de los Poderes del Estado, se verifica la existencia de la Función Administrativa, en una suerte de ficción de los Poderes del Estado.

El esfuerzo legislativo por la expansión de la administración debe traducirse, no en la producción normativa, sino en la consideración de que el derecho se torna adjetivo, frente a la sustentatividad de los derechos humanos. Se procura rescatar el propósito esencial del Derecho: la justicia y la equidad com baluartes del constitucionalismo. El Estado de Legalidad, al parecer, logró la creación desmesurada de la ley, siendo ella su fuente generadora, mientras que la intención del Derecho Constitucional se acerca más a los ideales de justicia y a la construcción de una sociedad justa e incluyente. Se trata entonces, de la real implementación, tanto de la ley como de quien la administra y genera, de la jerarquía normativa kelsiana, que ubica a la Constitución en la cúspide soportada por los

37 En el año 2015 en el Gobierno central del Ecuador constan ocho Secretarías (con rango de Ministerio), seis Ministerios Coordinadores y veinte y dos Ministerios de Estados. (Diario Expreso http://www.expreso.ec/actualidad/listado-de-ministros-y-ministerios-de-ecuador-DPGR_8323545)

instrumentos internacionales de derechos humanos, gobernando todo el grupo sistémico de normas, cuyo giro ha de desembocar en un solo cauce, el de la justicia.

La sólo idea de la vigencia de los Principios constitucionales de aplicación de los derechos nos sitúa en la evidente posibilidad de la alteración del sistema jurídico y de la realidad, por ser esa misma la esencia del mandato de optimización (Alexy 1993) al punto de considerar que la seguridad jurídica se traduce como el propósito fundamental de procurar la justicia con la alteración de la realidad jurídica inclusive con la aplicación de los valores superiores al ordenamiento de la administración pública.

1.3.4 Principio de Legalidad y la Constitución

Los Derechos humanos son inherentes a la Constitución como el Principio de Legalidad lo es para el Derecho Administrativo. Uno de los argumentos fundamentales en el Derecho Administrativo es el Principio de legalidad, que explica que la Administración pública se halla sometida y subordinada a la Ley, que ocupa un sitial preferente. La ejecución y cumplimiento de la ley significará la ejecución y cumplimiento de la función material que le corresponde a la Administración (Muñoz Machado 2006b)

La producción de la Ley le corresponde al Poder Legislativo. Son los legisladores quienes deben resolver la garantía de la libertad de las personas desde la norma jurídica, por lo que la tutela efectiva debe ser imaginada, pensada e instrumentada por el legislador, que incluso debe dibujar el marco de acción de cada una de las entidades administrativas; parámetros que son utilizados por el Juez para controlar la legalidad de las decisiones de la Administración.

La norma jurídica le confiere al Poder Ejecutivo la dirección de la Administración Pública, sin que ella sea de su exclusividad. En todos y cada uno de los Poderes del Estado se hallará instrumentalizada la Administración Pública, que conformada por sus entidades y organismos, le proveen de corporeidad. La ley confiere las potestades normativas suficientes, a los Poderes del Estado, en particular al Ejecutivo, para la

creación de entidades y organismos administrativos, de tal manera que la Administración Pública, se bien se somete a la ley, también por el principio de legalidad se someterá a las potestades creadoras.

Quienes integran las entidades y organismos administrativos son denominados como servidores públicos, por cuanto, como se ha explicado, la Administración sirve a la ciudadanía sin que la represente. Cada uno de los servidores públicos que actúan en ejercicio de la función administrativa, de manera restringida podrán ejercer las facultades y competencias atribuidas por la ley, requiriéndose la máxima concreción posible, que al actuar en espacios amplios, abren la posibilidad de la potestad discrecional. “Mientras que en algunas ocasiones es evidente que la Administración, para poder actuar, precisa de una habilitación legal previa y específica, no ocurre lo mismo en otras hipótesis”(Muñoz Machado 2006b)

Esta noción inicial sufre variaciones desde el momento de la regeneración constitucional de las fuentes del Derecho. La Constitución del Ecuador en el Artículo 226 dice:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (Asamblea Constituyente 2008)

La innovación del principio de legalidad abre el sometimiento de la Administración Pública, no solo a la Ley, sino a la Constitución. La complejidad radica en que la norma constitucional del Ecuador incorpora en el texto del artículo 425 la jerarquía en donde ubica en orden de preferencia: “Constitución, Tratados y convenios Internacionales, las leyes orgánicas, leyes ordinarias, normas regionales, ordenanzas distritales, decretos y reglamentos; las ordenanzas, acuerdos y resoluciones y los demás actos y decisiones de los poderes públicos” Supone que toda la Administración

pública es regida tanto por el ordenamiento jurídico nacional como también por los Tratados y organismos internacionales.

La variante no dista mucho de la visión clasista del principio de legalidad. La administración al ser sometida siempre por la ley, extiende la normativa que la rige hacia el campo constitucional y hacia los referentes internacionales, que depositan en las entidades y organismos administrativos el deber nacional e internacional de garantizar la libertad de las personas. Se introduce en la legalidad el gobierno de los principios generales de aplicación de los derechos, que bien podrían presentarse como normas no escritas.

Esta apertura supone que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad somete a la Administración pública, quien tendrá la facultad de operativizar y completar las atribuciones y procedimientos que le sean conferidos desde el nuevo escenario denominado bloque de constitucionalidad.

1.3.5 *Potestad Reglada*

La posibilidad de verificación de la existencia de la Potestad Reglada se produce si el ordenamiento jurídico - constitucional provee de todas las normas que, de forma minuciosa, regulan la actividad total de la Administración Pública en el ejercicio de todas sus funciones y atribuciones en la planificación, organización, dirección y control; es decir se produce la manifestación del Principio de Legalidad en estricto. La administración pública podrá subsumir todos los supuestos de hecho a la norma administrativa, que otorga cobertura plena y total desde la amplitud de su contenido. El Derecho es suficiente para poder resolver todas las controversias. El Derecho Administrativo contiene todas las alternativas de trámite y todas las soluciones. Cada supuesto de hecho tendrá una única respuesta jurídica administrativa posible, por lo que la Administración queda relevada de titubeos y vacilaciones.

1.3.6 Potestad Discrecional

La amplitud del ordenamiento jurídico – constitucional como fuente generadora del Derecho administrativo, la posibilidad de rigor de los regímenes normativos nacionales e internacionales, el crecimiento y dispersión de las entidades y organismos administrativos, en la interminable búsqueda del servicio a los intereses generales consigue que las Administraciones no posean todas las soluciones. He aquí una discusión cuya construcción no se ha finalizado:

“se supone atribuir a los gobernantes y los administradores públicos una capacidad de decisión propia, se manifiesta el temor de que ese poder pueda ejercitarse de manera equivocada, injustificada y aún arbitraria, sin que a través del Derecho -es decir de los jueces- pueda controlarse adecuadamente” (Sánchez Morón 2011)

La potestad discrecional no es inusual al Derecho Administrativo, por el contrario se produce con frecuencia. El servicio a los intereses generales que le corresponde alcanzar a la Administración Pública no puede agotarse a la norma previamente diseñada. Los criterios insertos en las políticas públicas, económicas, sociales y sociales enfrentan a los gobernantes y a las autoridades administrativas a velar por su ejecución, por lo que dictan sus decisiones o soluciones para la consecución de los intereses generales.

En el Estado constitucional, se pondrá de manifiesto que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, abriendo el compás hacia la potestad discrecional, puesto que, por la tutela efectiva, la autoridad administrativa podrá fundar sus decisiones fundados en la legitimidad democrática.

La potestad discrecional no es absoluta ni ilimitada. Toda decisión discrecional siempre estará amparada en un contenido mínimo de preceptos jurídicos determinados, o por incompletos supuestos de hecho ya previstos. La potestad discrecional actúa en un sentido e idea de complementación y conformación de aquello, que si bien se normó, no cubrió la totalidad de la actividad necesaria para la satisfacción efectiva del ser-

vicio. El ordenamiento jurídico es un paraguas que cubre ,en todo o en parte, a la discrecionalidad; no podrá apartarse jamás totalmente de su cubierta.

El sometimiento de la potestad discrecional a la revisión del Juez significará un ejercicio de mayor dedicación. El revisor deberá filtrar la decisión discrecional por todos los parámetros de legalidad, constitucionalidad, principios generales del derecho, Tratados internacionales de derechos humanos, jurisprudencia y el más amplio sentido de coherencia jurídica para que el análisis y juzgamiento sea válido. Supone un cuerpo de justicia con calificaciones y expectativas mayores para acceder a un juzgamiento de valía.

1.3.7 Normas Administrativas en Blanco

El constitucionalismo en franco crecimiento ha generado la expansión de la potestad discrecional. Los gobernantes y los administradores azuzados por la idea del servicio a los intereses generales, de forma constante, emiten decisiones específicas desde un marco general del Derecho.

Por ser la Constitución un cuerpo instrumental, existen servidores públicos, que conforman la Administración Central, cuya denominación consta en la disposición constitucional, sin que se haya formulado función o atribución específica, presentándose una norma administrativa en blanco.

Un ejemplo de esta atípica manifestación administrativa es la del Vicepresidente de la República, conforme al artículo 149 la Constitución del Ecuador (Asamblea Constituyente 2008) "...cuando no remplace a la Presidenta o Presidente de la República, ejercerá las funciones que ésta o este le asigne"

Con relación al Presidente de la república del Ecuador se verifica la existencia de la potestad discrecional, pues la norma constitucional prevé la delegación de atribuciones hacia el Vicepresidente, no obstante no se especifica cuál de las funciones o atribuciones son delegables, no se indica el criterio, momento o circunstancia para que se produzca la delegación; tampoco se ha especificado si le es posible revocar la delegación

de las facultades, de tal suerte que la sola decisión discrecional del Primer Mandatario producirá los efectos jurídicos.

Sin embargo, si al Vicepresidente de la República no le fuera delegada atribución alguna, o si aquellas inicialmente conferidas le fueran revocadas (Moreno 2017) se provocará una norma administrativa en blanco. El vicepresidente, sin atribuciones, no se halla facultado para rellenar el vacío normativo y la carencia de atribuciones y facultades en que se encuentra situado, por lo que el ejercicio de la autoridad, conferida por un ejercicio de democracia directa, permanece en suspenso.

La construcción de normas administrativas en blanco merecen particular atención, puesto que tal calificación ha aparecido principalmente en el ordenamiento penal, en el que se presentan tipos que carecen de un antecedente de hecho, en unos casos; y, en otros revela una ausencia de tipicidad

El principio de legalidad determina que las facultades y atribuciones de un servidor público deben ser atribuidas por la Constitución y la ley, por lo que la norma que contiene el acervo de facultades de un servidor público es siempre de carácter objetivo, nunca subjetivo. La norma busca de propósito motivar la acción del individuo que es parte de la estructura del Estado, permitiendo de manera exclusiva la adecuación objetiva del comportamiento al mandato, anulándose la autonomía de la voluntad propia, para asumir el rol determinado en la estructura pública.

Como resultado de la objetivización se tendrá que si un servidor público se aparta de las atribuciones conferidas, se producirá un quebrantamiento del principio de legalidad, y todos los actos administrativos que produzca, presentarán ausencia de competencia y se han de considerar nulos. El desenvolvimiento del funcionario deberá encajar en la atribución conferida en la norma para afirmar la consagración del principio de legalidad como categoría dogmática. Sin embargo podrían presentarse variaciones “según se hable de tipicidad indiciaria, de los elementos negativos del tipo o tipo total”(Vega Arrieta 2016) El pensamiento de derecho penal, válido para el estudio de la norma como ordenador de conducta, presenta la tipicidad indiciaria en donde la adecuación de la conducta se produce de forma espontánea, sin que existe de por medio una valoración

de la antijuridicidad. En la teoría de los elementos negativos se presenta la tipicidad y la antijuridicidad de forma mancomunada, como parte de un todo dentro de una prescripción prescriptiva, que configuran la acción.

1.3.8 Renovación del Principio de Legalidad

El Derecho administrativo se ha fundamentado en el Principio de Legalidad, con la finalidad de circunscribir las actuaciones de la Administración pública a un conjunto de facultades y atribuciones que de forma previa le haya atribuido el ordenamiento jurídico. Todas las actuaciones deben enmarcarse en los preceptos prescriptivos de la norma. La delimitación de actuación de la administración pública obedece a un control de poder y a la expulsión de la arbitrariedad en el desarrollo de la gestión administrativa.

El ordenamiento jurídico y la norma administrativa definirán de forma taxativa e imperativa las atribuciones del funcionario público. La disposición taxativa no es una categoría dogmática, sino que constituye una determinación expresa del quehacer público.

El derecho administrativo, que confiere facultades a la Administración pública se halla constituido por normas jurídicas imperativas. El principio de legalidad procurará brindar a todos los funcionarios públicos un impulso hacia un comportamiento previamente determinado, bien puede ser una acción o una omisión, delineadas por la orientación del servicio que procurar la entidad. Este impulso busca de propósito la modificación del comportamiento del funcionario público, quien deberá despojarse de su interés personal, para asumir un comportamiento estándar proveído por la norma, revelándose una modificación del comportamiento.

El principio de legalidad con el carácter eminentemente positivista relega la Administración pública a ser una ejecutora de la ley. No obstante, la Administración al activar su dinámica en un Estado Constitucional que promulga la supremacía de la Constitución que gobierna al ordenamiento jurídico, el principio de legalidad positivista sufre profundos cuestionamientos, que incluso podrían llevar al desplazamiento de las atribuciones administrativas por presentarse como manifiestamente

opuestas a la norma suprema, produciendo un abandono de la normativa kelseniana.

Si el Estado Constitucional supone la subordinación de todas las normas a una Constitución rígida, se entenderá también que las facultades de la Administración, proporcionadas por el Principio de legalidad, también se hallan subordinadas y que deberán presentar la suficiente conformidad para mantener su validez. Se beneficia así el Principio de Legalidad del control de constitucionalidad, que incluso podría expulsar las atribuciones por declaratoria de inconstitucionalidad.

El Estado Constitucional permea al clásico Principio de legalidad que se ve sustituido por uno más extenso: el Principio de Juridicidad, que se presenta como abarcativo de las disposiciones positivizadas así como permite la incorporación de la norma constitucional como facilitadores de las atribuciones del servicio público.

La Administración pública debe actuar conforme a Derecho, a la Constitución y a la normativa supranacional y no se limita al positivizado Principio de Legalidad.

A la Administración se le ha confiado numerosísimos cometidos que requieren de instrumentalización jurídica, para alcanzar nuevos objetivos reclama reformas orgánicas, y funcionales. El Estado constitucional delega a la administración pública la tutela efectiva y el resguardo de los derechos de los ciudadanos, provocando una concentración de actividades en el ejecutivo, que ha de multiplicarse, por lo que requiere de entidades de asesoramiento, ejecución y gestión. La dinámica del siglo XXI reclama la creación e innovación de nuevas facultades y atribuciones que incursionen en ámbitos innovadores, otrora ajenos a la función administrativa que han de requerir incluso la formación de entidades nacionales, binacionales, regionales y continentales

El Principio de legalidad parte de ser ordenador conductual para transformarse en conformador y configurador de amplísimas facultades, razón por la cual el legislador resulta imposibilitado de diseñar las atribuciones al detalle, por la variedad y extensión de materias, entidades, facultades y atribuciones a construir. De ahí que el Principio de juridici-

dad propone la construcción de un ordenamiento de soporte estructural, puesto que delimita de forma genérica la misión, visión y objetivos que persiguen las entidades, no obstante la configuración de sus atribuciones y facultades específicas se gestionarán a partir de la puesta en práctica de la potestad discrecional y de la capacidad de auto regulación normativa de la Administración.

La Administración pública, generadora de sus facultades, deberá adecuar su producción a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales y a la ley vigente, para así subordinar el principio de juridicidad al ordenamiento que ha sido el mandato de la soberanía popular “la superioridad de la ley arranca en el hecho de ser la expresión de la voluntad general”(Aguirre 2013)

Capítulo II

El Derecho Administrativo y la Organización del Estado

Dr. PhD. Francisco Xavier Alarcón Espinosa

En el segundo capítulo se estudia la estructura jurídica y constitucional de las entidades y organismos que conforman la Administración Pública. Se analiza la atribución de facultades, otrora exclusivas del individuo, que revelan la personalidad jurídica del Estado, como sujeto de derechos y su capacidad de acción, de decisión y de creación. Se presenta el análisis jurídico del principio de legalidad y las potestades administrativas de la Administración pública a la luz de la tutela de los derechos de las personas. Se aborda la organización del Estado que surge a partir de su auto construcción, las relaciones jurídicas inter institucionales y las acciones de control ejercidas con la finalidad de verificar el rol constitucional del Estado.

La inflación normativa, que surge a partir de la diversificación del Estado en la procura de la garantía de las libertades de los administrados, presenta contraposición de normas, principios y funciones que han de resolverse con los métodos de interpretación de las potestades administrativas y del principio de legalidad.

2.1 Estructura Administrativa y Personalidad Jurídica del Estado

Se ha explicado de forma suficiente que la Administración se halla orientada al servicio de los intereses generales de los ciudadanos, intereses que apuntan hacia la tutela efectiva de la garantía de la libertad. Por cuanto la Administración no representa de forma directa a la mancomunidad de ciudadanos, por no provenir de un ejercicio directo de la democracia; y por cuanto únicamente el Congreso de Diputados es el legítimo representante de la voluntad del pueblo, le corresponde a la Administración ejercer sus atribuciones desde la perspectiva de las Entidades provistas de personalidad jurídica.

El pensamiento jurídico que defiende la personalidad jurídica de la Administración y la considera como un ente jurídico con las prerrogativas de una persona natural, es controversial. Se ubica en el plano de la existencia física de las personas e incluso la Administración pública asume los atributos del ciudadano, en el sentido de la tutela de los derechos. Por citar un ejemplo: mediante la Sentencia número 151-18-SEP-CC en el caso 413-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador 2018) el más alto Tribunal de Justicia Constitucional ecuatoriano, dictaminó que una entidad pública es poseedora de derechos, dentro de un procedimiento de garantía jurisdiccional de Acción Extraordinaria de Protección que fue interpuesta por la máxima autoridad de la entidad pública: la Corporación Nacional de Telecomunicaciones. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé los procedimientos que servirán para tramitar las garantías jurisdiccionales que oferta la Constitución del Ecuador a favor de los ciudadanos, con la finalidad de declarar la vulneración de sus derechos humanos y ordenar las medidas de reparación con la utilización de procedimientos “sencillos, rápidos y eficaces” (Asamblea Nacional del Ecuador 2009b) Al considerar a la Administración pública como una persona natural -persona jurídica-, en el Ecuador se le ha atribuido a ella el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, proponiendo la Corte Constitucional la inexistencia de diferencias entre persona natural y persona jurídica.

“la personificación de las organizaciones administrativas es una técnica acuñada en el continente europeo como consecuencia de la acumulación de tres ideas:

- de una parte, la metáfora organicista, que describe simbólicamente al Estado como semejante a un cuerpo humano integrado de órganos;
- de otra, la idea de fisco, personificación instrumental del poder público con la que se intentó en la época del Estado Absoluto, someter parcialmente a éste al Derecho, a los meros efectos de poder reclamarle judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales;
- y; por último, el concepto de corona, que cumplió -entre otras- funciones muy semejantes al de fisco, bien que con la intención de restringir las facultades de disposición del monarca sobre el reino y los elementos fundamentales del mismo”

(Santamaría Pastor 2002)

La aceptación de la personalidad jurídica del Estado ha sido incorporada a la Ley. En el Ecuador en el artículo 46 del Código Administrativo (Asamblea Nacional del Ecuador 2017a) se contempla la Personalidad Jurídica de la Administración pública Central, de las personas jurídicas de derecho público creados en la Constitución y en la Ley y las empresas públicas. También la Ley 39/2015 del 1 de Octubre de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas(BOE 2015), en el artículo 69 recoge la personalidad jurídica de la Administración española.

La consideración de la Administración pública con las características de un individuo ubica a los dos sujetos de la relación jurídica planteada en el Derecho Administrativo, el ciudadano cobijado por el sistema que garantiza sus derechos de libertad y la Administración también tutelada por el garantismo.

El Derecho Administrativo precisamente surge como la normatividad propia, de exclusividad privilegiada de las Administraciones públicas, que significará así también una garantía favorable para el individuo, pues éste Derecho constituye un limitante del poder asumido por las entidades de gobierno. No obstante, el Derecho de la Administración no se halla consolidado en un único portafolio jurídico, sino que al haberse planteado una variable de Gobierno central, y otras tantas de entidades autónomas con actividad productora de normas.

Esta presentación de la Administración como un sujeto jurídico de la relación con el ciudadano, permite también nivelar las posibilidades de su enjuiciamiento por el beneficiario, frente a la no consecución de su propósito de garantizar la libertad.

Sin embargo, la introducción de la tutela de derechos de la Administración como persona jurídica, es forzada. Se plantea un posible escenario en donde la Administración pública, configurada por todos los atributos de la especie humana, sería situada en estado de indefensión. Momento de vulnerabilidad provocado por el ejercicio de las atribuciones y competencias de otra entidad administrativa, que si bien incluso puede ser autónoma, no deja ser parte de un todo mucho mayor: el Estado; produciéndose una confusión concentrada en la Administración: por una parte, la Administración como persona jurídica que sufre el detrimento de sus atributos; y, por otra, la Administración como agente desconocedor de las facultades del accionado que produce el atropello.

El derecho civil, en la teoría de las obligaciones, manifiesta que si en una obligación, se reúnen en el mismo individuo las condiciones de acreedor y de deudor, se produce la desaparición de la figura de la obligación por confusión. En el Derecho Administrativo la lógica se apega al mismo razonamiento; si en la Administración pública, una Entidad administrativa asume el detrimento de sus facultades y es otra Entidad quien lo ha provocado, se provoca una confusión, pues en la misma figura de la Administración pública convergen los dos ejercicios, de tal suerte que el resultado es castigado con la inexistencia de efectos jurídicos. No es posible adherir a la Administración Pública al concepto de persona desde el ejercicio de derechos.

2.1.1 *Personas Jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado*

La expresión “Administración Pública”, utilizada para determinar a la Entidad que provista de personalidad jurídica, se relaciona con el ciudadano a fin de provocar efectos jurídicos en él, es abstracta, genérica e indeterminada.

La expresión es abstracta, la Administración pública no es una entidad administrativa sino que “son una multitud, una verdadera galaxia de

Administraciones públicas personificadas”(Santamaría Pastor 2002) La racionalidad del pensamiento lleva a la afirmación de la pluralidad institucional de la Administración, pluralidad que es entendida, sin embargo la ciudadanía no conoce a la totalidad de Entidades y órganos administrativos que la conforman.

Es genérica porque la Administración pública no es una sola persona jurídica, sino múltiples. Desde la configuración del Estado Liberal, se estableció la conexión entre división de poderes y la garantía de la libertad del individuo. Desde ese mismo instante los nóveles Poderes del Estado se vieron atados por un conector que los obligaba a funcionalizar a cada uno de ellos hacia el servicio de los intereses generales; así la Administración pública, desde la Revolución Francesa ya estaba conformada por la Función Ejecutiva, Legislativa y Judicial, desechando la posibilidad de unificación y arraigando su partición. En el Estado Constitucional, se ha revalorizado y se renovó la garantía de los derechos de las personas, de tal suerte que el servicio, hacia los intereses del conglomerado social, se amplió y diversificó, trayendo consigo la expansión de la Administración Pública.

La expresión es indeterminada por la diversificación de las Entidades administrativas en la provisión del servicio a los intereses. Con la denominación de Administración Pública se hace alusión a un todo indeterminado, pues bien se podría titular así al gobierno central, a las entidades de los gobiernos autónomos descentralizados, a las empresas públicas o a cualquier entidad u órgano administrativo sin que exista precisión.

Precisada la dificultad en la expresión del término Administración pública es menester realizar algunas precisiones que buscan delimitar a la Administración en los contextos del espacio del Derecho público y del Derecho privado.

“Los criterios aventurados han sido múltiples, Garrido Falla³⁸ enumera cinco principales:

38 Fernando Garrido Falla fue un jurista español. Es considerado junto a Eduardo García de Enterría, uno de los padres de la Ciencia Jurídica Pública en la España del siglo XX (WIKIPEDIA)

El criterio del fin, según el cual el carácter público o privado de las personas jurídicas, viene determinado por la naturaleza pública o privada de los fines que persiguen en su actividad;

el criterio de las prerrogativas, según el cual el ente público se caracteriza por ostentar potestades de autoridad, típicas del poder de *imperium* del Estado;

el criterio de la creación o injerencia estatal, según el cual son entes públicos los creados por el Estado u otro ente territorial, o bien aquellos en los que dichas entidades ostentan potestades de intervención o vigilancia;

el criterio de la forma, según el cual un ente es privado cuando adopta en su constitución una forma de personificación típica del Derecho privado, y público cuando la forma de personificación adoptada no tiene paralelo en el Derecho Privado; y,

el criterio del encuadramiento, conforme al cual un ente merece la consideración de público cuando se encuentre inserto o encuadrado en el complejo estructural de otro ente público, que ejerce, sobre el primero. poderes de tutela o de naturaleza jerárquica.

Todos y cada uno de estos criterios -y cualesquiera otros que pudieran formularse- son susceptibles de críticas imposibles de rebatir”

(Santamaría Pastor 2002)

El intento de marcar una diferencia sustancial entre las Entidades públicas y privadas no ha sido concluido aún; y las ambigüedades se insertaron en la norma jurídica, a saber:

El Código Civil del Ecuador plantea el problema:

Artículo 564 “Se llama persona jurídica a una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno u otro carácter”

Artículo 566 “Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio. Tampoco se extienden las disposiciones de este

Título a las corporaciones o fundaciones de derecho públicos, como la Nación, el Fisco, las Municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario. Esas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales”

(Congreso Nacional del Ecuador 2016)

La norma civil ecuatoriana en el concepto de persona jurídica expresa que su corporeidad se manifiesta bajo la forma de corporaciones, fundaciones y sociedades.

Las corporaciones y fundaciones emanan de la fuente del Derecho Civil, con objetivos propios que se enfocan en la realización de toda actividad que provenga de una causa y objeto lícito, no prohibido por la ley. A estas presentaciones de la persona jurídica no se les permite la actividad societaria, comercial y de compañías que signifiquen el desarrollo de un perfil económico orientado a la obtención de ganancias lucrativas, pues existen otras normas específicas para ese supuesto. Particular atención merece la acreditación de corporaciones y fundaciones, puesto que al carecer del giro económico, el tratamiento tributario es preferente, de tal suerte que los proyectos innovadores de creación de fundaciones no pueden esconder, bajo la figura de entidades sin fines de lucro, a verdaderas compañías que persiguen ganancias produciéndose conductas que se adecúan al tipo de evasión de tributos.

Las compañías son personas jurídicas de Derecho privado, por cuanto surgieron del pacto contenido en el “contrato de compañía por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”(Congreso Nacional del Ecuador 1999)

Por haber emergido de una fuente de Derecho Privado, las corporaciones, fundaciones y compañías, y por el cumplimiento de dos orientaciones, la primera de servicio sin ánimo de lucro; y, la segunda, la captura de utilidades económicas, se definen como Personas Jurídicas de Derecho Privado.

No obstante, el Estado se manifiesta bajo la figura de Empresas Públicas, calificadas como personas jurídicas de derecho Público:

“...Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria

(Asamblea Nacional del Ecuador 2009a)

Desde esta visión de inicio, se detecta que la norma civil ecuatoriana se ha sujetado al Criterio de la Forma en que han concebido la personificación cada una de las personas jurídicas.

El Criterio del fin conjuga en el mismo hemisferio tanto a las entidades públicas como a las privadas. Desde el horizonte de la garantía de la libertad de los ciudadanos, la Administración pública tiene como objetivo fundamental el rol de servir al ciudadano para satisfacer los intereses generales. Para las entidades de Derecho privado la finalidad se distancia; la provisión de bienes y servicios, que tras la negociación supondrán la generación de utilidades, va ligada con el ejercicio de los derechos humanos de las personas, ya que incluso la propiedad es considerada uno de ellos.

El Criterio de creación o injerencia estatal plantea una posibilidad diáfana de diferenciación: la entidad pertenece al Derecho público si fue creada por el Estado o por una entidad pública territorial. Esta persona jurídica asume una ubicación jerárquica de control y vigilancia mientras que la persona jurídica de Derecho privado, por haber nacido de la autonomía de la voluntad de las personas será controlada y vigilada.

El Criterio de las prerrogativas es el indicar de mayor suficiencia en tanto que únicamente las Entidades Administrativas de Derecho público se hallan revestidas de poder público, que a manera de potestades van a diseñar los mecanismos de adecuación de su actividad. Las entidades de Derecho público se hallan despojadas de imperium, por lo que se desenvolvimiento se adecua al ordenamiento jurídico y a las decisiones administrativas emanadas de la Autoridad pública.

E Criterio de encuadramiento orienta la diferencia entre las entidades de Derecho público y de Derecho privado respecto a si una entidad es contenida en el marco jurídico de otra, se considera pública. Si bien la iniciativa de creación de una entidad puede provenir de la voluntad de los individuos o bien del Estado, el procedimiento regulador de acreditación se concentra en el Estado. El otorgamiento de personalidad jurídica, tanto a la iniciativa particular como la estatal es una potestad del Estado. La sola voluntad del individuo no es suficiente para conceder personalidad jurídica a la entidad que se propone, la intención se someterá al cumplimiento de requisitos y procedimientos que previstos en la ley, otorgarán al Estado la potestad de la concesión. La iniciativa pública se someterá a los procedimientos reglados y recibirá la personalidad jurídica desde que se produzca el cumplimiento de los supuestos jurídicos previstos.

2.2 División del Poder Público y Dispersión del Derecho Administrativo

La inclusión del nuevo paradigma de Estado constitucional provoca una renovación de las fuentes del derecho, que ubican a los derechos de las personas en el sitio preferente. La Constitución ocupa la cúspide del ordenamiento, a continuación, se ubican los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y luego todas las normas. Este ordenamiento constitucional somete con una garantía normativa a toda la actuación del Poder Público, incluyendo al Legislativo.

Artículo 84 “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y, las nacionalidades. En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución” (Asamblea Constituyente 2008)

La adecuación de todas las leyes y normas jurídicas pretende la verdadera supremacía de la Constitución. Con la Garantía normativa se armoniza en un todo constitucional al sin número de normas vigentes. La abundante producción y diversificación de las normas obedece a la multiplicidad de entidades públicas que sirven al ciudadano, todas ellas amparadas en el principio de reserva de ley, llevan a cabo la producción de normas administrativas, que determinan regulaciones básicas que no incluyen toda la actividad dinámica de la Entidad. Son las propias Administraciones públicas y los Tribunales los que por medio de resoluciones, decisiones y reglamentos completan el vacío.

La concentración de poder fue combatida por las ideas revolucionarias por considerar que la democracia y la inclusión del colectivo de personas garantiza la libertad. Idéntica reflexión cobija al Derecho, la idea de un cuerpo jurídico concentrador a manera de “ley general y única propia de los estados centralizados dominantes en Europa hasta el último tercio del siglo XX, ha sido sustituida por una multiplicación de los legisladores que actúan tanto en el plano infraestatal como a escala supraestatal” (Muñoz Machado 2006a)

El proceso de creación de entidades concentradas tiene precedentes notorios conforme lo advirtió Gierke³⁹ en el Derecho canónico medieval “en cuyas fuentes se habla ya de *ecclesia mater et domina* y de *ecclesie filiae*” Presenta así un conjunto de entidades dispersas que han encontrado como un vértice a otra de mayor jerarquía que la gobierna de forma centralizada. La necesidad de presencia institucional en una cobertura geográfica mayor, determinó la necesidad de fragmentación.

El propósito de ligadura a un poder concentrador, suponía una suerte de vigencia, atada de forma intrínseca con complejas y detalladas normas jurídicas, a la vida del generador. Si la fuente generadora, que le concedió

39 Otto von Gierke fue un erudito e historiador legal alemán. En su obra de cuatro volúmenes titulada “Das deutsche Genossenschaftsrecht (Ley alemana de asociaciones)” fue pionero en el estudio de grupos sociales y la importancia de las asociaciones en la vida alemana, que se encontraba entre la división del derecho privado y público (Wikipedia) https://en.wikipedia.org/wiki/Otto_von_Gierke

poder subsiste, entonces pervive el creado; y si el generador cesa en su accionar, el creado cesa también; no obstante este silogismo no se cumplió. La desaparición de la entidad generadora no trae como consecuencia la extinción de la entidad creada, por no haber desaparecido la necesidad de servicio que motivó su creación

La destrucción del Estado concentrador y la introducción de la descentralización como proceso modernizador del Estado, crea entidades capaces de producir normas jurídicas y de persistir aún en el caso de desaparición de la entidad creadora. En el plano supraestatal, los Organismos, Entidades y Tribunales que surgen a partir de los Instrumentos Internacionales, aportan normas, dictan opiniones consultivas y jurisprudencia, que se introducen en el cuerpo jurídico nacional. En el plano estatal le corresponde, por un lado, al legislador la esencia misma de la creación de la norma; y por otro al Presidente de la República, que por dirigir la Administración pública está revestido de la potestad reglamentaria. En el plano infraestatal se muestran los Gobiernos autónomos descentralizados, de nivel regional, provincial, cantonal y parroquial; todos ellos, desde la técnica jurídica, construyen el ordenamiento

Se ha de manifestar, sin temor a errar, que toda la multiplicidad de entidades son creadoras de normas; ubican el punto de partida de su legislación en el principio de reserva ley y encuentran como marco de referencia la garantía de la libertad del individuo, sin que se ponga de manifiesto un limitante, por la naturaleza misma de progresión de las facultades de la persona.

En palabras del catedrático español Eduardo García de Enterría, al referirse al surgimiento de entidades descentralizadas, dice:

“los motores de este proceso organizativo singular que concluye en la creación de organizaciones independientes a la que se dota de una personalidad jurídica propia, han sido tres: a) ciertas necesidades de gestión..., b) el efecto financiero...; c) la huida generalizada del derecho administrativo...”

Por ciertas necesidades de gestión se ha de entender la urgente prestación de servicios especializados, cuya ejecución involucra una gestión

financiera. Se forma así una Entidad administrativa, independiente, con una manifiesta vocación de especialización y con una parcela presupuestaria apartada. La autoridad central se reserva para sí las facultades de control y de utilización instrumental para el cumplimiento de los fines de servicio. Tal orientación de especialidad permite que la Administración pública sea eficaz, al introducirse nuevos actores que coadyuvan de forma independiente la consecución de un fin. La diversificación de las necesidades de atención de la persona promueve la diversidad de entidades.

El desarrollo de actividades especializadas, como se anotó, requiere de presupuesto independiente de la entidad central. Una entidad administrativa especializada parte de un diagnóstico de su ser, para identificar su natural esencia, qué clase de persona jurídica es y de manera particular requiere identificar el propósito específico para el cual fue creada, se sitúa frente a la determinación de la misión. Superada esta fase, la entidad debe trazar un plan, técnico, minucioso y estratégico que le permita llegar a la satisfacción del interés particular para el cual fue creada; es la visión. La conexión entre la misión de la entidad y la visión será posible en la medida en que se cuente con los recursos suficientes para tal efecto, contándose entre ellos, quizá como el más importante, al presupuesto; que por ser destinado para un accionar especializado, genera ingresos y egresos propios, debe desmembrarse del presupuesto general para afincarse en una cuenta propia.

La provisión de presupuesto particularizado y la orientación hacia un servicio especializado, inserto incluso en actividades empresariales de provisión de bienes y servicios que generalmente eran cubiertas por personas jurídicas de derecho privado, hace que la entidad pública se auto determine con un ordenamiento, que por atender a su naturaleza, también es singular, que frente a la multitud de entidades administrativas especializadas, se ha de provocar la conformación de un disperso o deformación del ordenamiento, fenómeno que el Dr. Eduardo García de Enterría lo denomina como la “huida del Derecho administrativo”. Según el jurista, este éxodo es el resultado de la expansión de las entidades administrativas autónomas provistas de potestad atribuida por el legislador, que ha sido capaz de producir un dibujo de facultades, atribuciones y procedimientos, muchas veces, no sujeto a control aparente. Desde la

Constitución se deberá marcar el campo de acción para que la potestad auditora y controladora no sufran detrimento.

2.3 El Poder Público Disperso y la Garantía de los Derechos

2.3.1 Capacidad Jurídica de las Entidades Públicas

La Administración pública se halla provista de la capacidad jurídica, condición *sine quanon* para cumplir con sus propósitos. El instituto de la capacidad de la Administración pública es el mismo de las personas jurídicas de Derecho privado. Se ven involucradas dos sustancias cuya solución conforma la capacidad jurídica. La primera es la formación de la entidad, cuyo origen se radica en la autonomía de la voluntad del Estado, o bien de los individuos; busca la conformación del ser de la persona jurídica; se construye la esencia misma de entidad. Esta construcción define la naturaleza jurídica de la entidad, revelará y pondrá de manifiesto cuál fue el interés general selecto que motivó a sus creadores optar por la iniciativa; justificará la orientación privada o pública que permitió su surgimiento. La formación de la persona jurídica se orienta a la satisfacción de necesidad las personas, desde el inicio de su gestión se halla delimitada la consecución de metas y se han trazado los objetivos que debe lograr; perspectiva que incluye la conformación de sus órganos, métodos y delimitación de la estructura presupuestaria. Se moldea ese ser abstracto que se convierte en un sujeto que puede ejercer derechos. La segunda sustancia de la capacidad jurídica de la entidad es el diseño metodológico que le permite obrar. Poner en marcha y puesta punto de la maquinaria jurídica que compone a la persona jurídica, a fin de que cumpla con el principio de eficacia en la consecución de sus objetivos. Debe contener no solo la delimitación clara y objetiva de la meta por alcanzar, sino que debe trazar todo el esquema programático funcional que lleve a la persona jurídica, de manera inequívoca, hacia ella. Comporta un minucioso y detallado plan con engranajes operativos, técnicos y jurídicos, cuyo accionamiento provoque el traslado de la entidad, desde la determinación de la necesidad de creación, la construcción, articulación de funciones y procedimiento

hasta la satisfacción total del interés general cobijado. Se forma así el atributo de la entidad que consiste en la posibilidad de obligarse.

La capacidad jurídica de la entidad de Derecho Público no se halla regulada en el ordenamiento jurídico de forma particular, sino que se adapta a las normas de las entidades de Derecho privado con sujeción al Principio de legalidad. La totalidad de las acciones y de las relaciones jurídicas de la persona jurídica de Derecho público son perfiladas bajo la autorización manifiesta de la norma jurídica. El obrar de la entidad administrativa se desarrolla a partir de las potestades que le hubieran sido atribuidas por el ordenamiento, todas sus funciones y atribuciones deben ser dispuestas por la norma creacional “no puede hacerlo fuera de esa atribución invocando un supuesto principio de presunción general de aptitud o de libertad” (García de Enterría, Eduardo & Fernández 2002)

La persona jurídica de Derecho privado, desarrolla las acciones que no han sido calificadas por la ley como prohibidas; su esfera jurídica de actuación es amplia, incluso ha de permitírsele la incursión en acciones no legisladas. Ante el surgimiento de una duda por la presencia de antinomias o anomias, por el principio de favorabilidad, se resolverá siempre a favor de la manera más idónea de tutela de derechos de las personas naturales y jurídicas de Derecho privado.

La Administración pública únicamente puede accionar conforme a las atribuciones que la ley le haya conferido para hacerlo.

“Aquí potestad es sinónimo de poder, poder para actuar. Es la técnica de la atribución expresa de potestades. De ese modo, hablamos de potestad expropiatoria o el poder atribuido a la Administración para privar coactivamente al particular de su propiedad privada...” (Trayter Jiménez 2017)

Se presentan atribuciones de orden positivo y restricciones negativas. El ordenamiento jurídico debe presentar todo el concierto de atribuciones, procedimientos y facultades que le permiten a la Administración pública llevar a cabo el servicio. Desde la técnica legislativa se ha planteado el esfuerzo necesario para proveer la totalidad los mecanismos de acción.

La esfera negativa, de principio, proscribía la acción de la Administración pública no determinada con anticipación; se expulsaba del manifiesto de sus competencias a aquellas que no fueran pre establecidas en su diseño; sin embargo, la propia dinámica en la provisión del servicio conquista nuevos espacios, que sin haber sido legislados, son cubiertos con accionamiento administrativo en un escenario que no puede suponer el desbordamiento constitucional.

En el derecho europeo se denomina *théorie des pouvoirs implicites*. Son aquellas potestades o poderes no expresamente atribuidos a las instituciones europeas pero indispensables para un ejercicio más completo de las funciones atribuidas (*tâches confiées*) y de las funciones y finalidades fijadas por la norma general (STJ-CE de 29 de noviembre de 1956, Fédéchar, Ass. 8/55, Rec.291)

Los poderes implícitos de la Administración Pública se ejercen con apego a las siguientes reglas:

- a) La Administración para actuar, debe hacerlo siempre que tenga una atribución expresa de la potestad.
- b) En consecuencia, no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales (el derecho son límites y este es uno de ellos)
- c) Las llamadas generales del apoderamiento son excepcionales y deben ser interpretadas de acuerdo a las potestades y la gestión de intereses que el ente posea (las funciones y finalidades del ente, fijadas por la norma). Nunca son poderes ilimitados, son delimitables y acotables también con la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.
- d) Además, como veremos, esa potestad la deberá ejercitar el órgano de la Administración que tenga la concreta competencia atribuida por ley. La competencia es la medida de la potestad”

(Trayter Jiménez 2017)

2.3.2 *Novación del Principio de Legalidad*

El principio de legalidad, para la Administración pública, plantea que el conglomerado de ciudadanos dueños de la soberanía y el poder, disponen en justa medida la distribución de esas potestades en una tripartición: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El eje conector y limitante del poder es la ley, que por representar la voluntad del pueblo, los somete, obliga y condiciona.

“La ilimitación del ámbito de la ley refiere que puede regular cualquier materia, no existiendo campo alguno reservado a la normación de otros poderes del Estado (especialmente el ejecutivo)”(Santamaría Pastor 2002)

La ley como moduladora de conducta de la persona y del Estado descifra el mundo jurídico y ofrece las posibles maneras y procedimientos de solución a las inquietudes que surgen de la cotidianidad. La ley es la repartidora de facultades, atributos y potestades para el individuo y para el Estado. La silueta de la Administración pública se confecciona con la ley, de tal suerte que se insertan las potencialidades que ella asume, dirige y controla; e incluso desde la norma jurídica se le confieren a las Entidades administrativas facultades implícitas que son utilizadas para particularizar acciones requeridas y extraídas desde un marco regulatorio general. No se plantea la superioridad absoluta de la ley porque toda norma que se halla subordinada a la Constitución, que ocupa la jerarquía de la pirámide kelseniana, otorgándole a la ley un sitio de subordinación preferente.

La integración de las Naciones en conglomerados administrativos supranacionales, producto de la inserción en Comunidades Internacionales y en Tratados y Convenios Internacionales de derechos humanos, obliga a que las Entidades, desde el manejo expedito de sus poderes implícitos, procedan a enriquecer el ordenamiento jurídico con la producción y ampliación del Principio de legalidad. Está claro también que la acción supranacional puede disminuir o desapoderar a las entidades administrativas para regular la acción.

El sometimiento a las políticas del Derecho Internacional Público obliga a la adecuación de las facultades de las Entidades administrativas nacionales,

que requieren una armonización de la política de servicio. La orientación de servir al ciudadano, que provocó el surgimiento de la entidad pública, amplía su demanda; ya no sólo persigue los intereses generales del pueblo en el que se asienta, sino que el pueblo desbordó las fronteras nacionales, de tal suerte que la Administración pública tutela a un ciudadano del mundo.

El creciente número de personas, con un mejorado sistema de protección de derechos humanos, obliga, no únicamente al mejoramiento de la Administración pública respecto al crecimiento del volumen de beneficiarios, sino que provocará que el servicio ofertado, sea mejorado porque mejor es la condición de libertad que se persigue, consiguiéndose un cambio actitudinal de la Administración de cantidad y de calidad.

Las decisiones, resoluciones, opiniones consultivas y sentencias emanadas desde los Organismos Internacionales de Derechos Humanos modifican el sistema operativo jurídico de las entidades públicas nacionales, sometiénolas al control de legalidad así como al control de convencionalidad.

La introducción del constitucionalismo no produjo un rompimiento del principio de legalidad de la Administración pública, sino que amplió su espectro, de tal suerte que no cabe referirse a una reconstrucción de él, puesto que no ha sido necesario destruirlo para volver a iniciar. El principio de legalidad, desde la constitucionalización, ha debido refundar sus obligaciones que surgen de la relación con el administrado; se produce la novación del principio de legalidad. La Administración Pública se halla sometida a un principio de legalidad, que desde la Constitución, Instrumentos Internacional de Derechos Humanos y la ley, le ofertan a las entidades administrativas todas las potestades, facultades y procedimientos, en procura del servicio a los intereses generales de mayor alcance e incluso atribuyéndole poderes implícitos a la administración con un cerco constitucional supranacional.

2.3.3 Principio de Legalidad y Atribución Legal de las Potestades

2.3.3.1 La Potestad

El principio de legalidad atribuye de manera precisa a la Administración pública las facultades con las que se posibilita su actuación. Por medio de la legalidad se confiere poderes jurídicos a las administraciones. Toda actuación administrativa es el ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley, que lo define y lo delimita.

El concepto, atribuido a las potestades que revisten la actuación de la administración, en sentido amplio se entienden como facultades de querer y obrar. Para el Derecho Civil, tales facultades de querer y obrar surgen de una obligación contenida en un negocio jurídico, pacto o contrato, que genera un ligamen prestacional y deberes correlativos entre los sujetos activos. Para el Derecho Administrativo, la potestad no nace en el seno de relación jurídica alguna; procede de forma directa del ordenamiento. La potestad no refiere a un objeto jurídico determinado, sino que goza de un carácter genérico.

“No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares” (García de Enterría, Eduardo & Fernández 2002)

A diferencia de las relaciones entre individuos, la potestad no corresponde a ningún deber jurídico de hacer o de no hacer; sino que implica que los sujetos jurídicos se hallan sometidos a la esfera de poder de la Entidad Administrativa. No resuelven una situación concreta sino que mantienen la posibilidad de producir efectos jurídicos. Frente a las potestades de la administración, ninguna persona determinada está en una situación de deber u obligación, sino todo el conjunto de los ciudadanos sobre quienes se ejercerán tales potestades.

Por provenir directamente del ordenamiento jurídico las potestades son indisponibles, inalienables, intrasmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, únicamente se ha de advertir que la Administración podrá o no hacer uso de las potestades, según el giro de su actuación, sin que exista la posibilidad de transferencia; no obstante mediante un ejercicio descentralizador

las potestades podrían ser delegadas. Las potestades no son susceptibles de modificación, solo la Ley que las creó, puede alterarlas o extinguirlas.

La potestad de la Administración pública no representa el interés propio de la entidad sino que sintetiza la voluntad del pueblo, puesto que se halla al servicio de los intereses generales de los ciudadanos y esos fines son los que condicionan el contenido de las actuaciones.

2.3.3.2 Técnica de Atribución de Potestades

a) Auto atribución de potestades.

La Administración actúa con las potestades que le han sido atribuidas desde la legalidad con anterioridad desde un marco genérico; sin embargo, si tratara de iniciar una actuación concreta específica, y no cuenta con suficientes potestades, deberá promover una reformulación de la legalidad a fin de generar la habilitación suficiente.

Este mecanismo por el que la Administración puede producir la atribución de potestades con las cuales puede actuar se produce incluso cuando la propia administración es la llamada a dictar la norma nueva inserta en un reglamento. Con el reglamento la Administración puede auto atribuirse nuevas potestades, más específicas, dinámicas y potentes que le van a permitir a la administración adentrarse en campos específicos y complejos de actuación. No supone un resquebrajamiento del principio de legalidad, por el contrario; supone un desarrollo de la potestad reglamentaria basado en un punto de partida estrictamente legal; fue la potestad atribuida por la norma la que le permite la creación del reglamento. No se produce un desbordamiento inmensurable de las potestades, por cuanto el limitante del reglamento se halla en la jerarquización de las normas que son gobernadas por las garantías normativas.

b) Atribución expresa y poderes inherentes o implícitos.

La atribución de potestades desde el ordenamiento jurídico hacia la Administración debe ser expresa. Las actuaciones administrativas se han de circunscribir a la potestad atribuida.

La administración pública, también es poseedora de potestades inherentes y ostenta poderes implícitos. Por excepción la administración

pública podrá disponer de potestades inherentes generadas a partir de la inferencia o interpretación de las normas que regulan su actividad de modo directo. En el sentido de la más estricta legalidad la Administración sólo se vería constreñida al mandato expreso de la norma que con anterioridad definió su acción; sin embargo, al ser el Estado Constitucional el escenario en el que la administración desarrolla su accionar, la actividad es dinámica, no solo se halla sometida a la ley sino a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, a otras Entidades Internacionales e incluso a sus fallos jurisprudenciales, por lo que se presenta la muy frecuente posibilidad de hallar potestades implícitas.

Las potestades inherentes deben ser deducidas de un ordenamiento jurídico de partida, de ninguna manera puede ser abstracto o supuesto el poder generador, puesto que se pondría en grave riesgo el principio de legalidad.

Las potestades inherentes de la Administración pública son poderes atribuidos por el ordenamiento aunque no refieran a la norma escrita.

c) **Atribución específica.**

Una de las principales características de las potestades es que sean específicas. La actuación de las administraciones públicas responde a mandatos concretos y determinados; no caben poderes inespecíficos, indeterminados y totales.

La concentración de poderes fue la causa detonante para la Revolución Francesa del 1789, por lo que la partición de las potestades es el diagrama que configura el Estado de Derecho. Una potestad ilimitada pondría en grave riesgo la totalidad del ordenamiento jurídico, porque excluiría a las entidades y desintegraría el rol de tutela de derechos que perfigura el Estado. Si la Administración pública se halla conformada por Entidades, y ellas por órganos, se debe esperar que cada uno de ellos actúe con potestades específicas que permitan su funcionamiento articulado. Si uno de ellos posee potestades inespecíficas anularía el accionar de los demás, por duplicación o porque alguno de ellos posea todas las potestades.

La esencia de la actividad de la Administración pública se orienta a la garantía de la libertad de las personas. La libertad individual únicamente

podrá ser disminuida en procura de la consecución de los intereses de colectivo, de tal suerte que la Administración pública que funcionaliza los intereses generales, únicamente mediante la técnica de atribución específica de potestades podrá limitarlos.

2.3.3.3 Potestades Regladas y Potestades Discrecionales

La Administración pública únicamente puede ejercer las potestades específicas, que le hayan sido atribuidas, con anterioridad, por el ordenamiento jurídico. Sin tales potestades atribuidas las Administraciones no podría actuar.

En el ordenamiento jurídico se distinguen dos tipos de potestades: regladas y discrecionales. Todas las posibilidades de actuación de la Administración se circunscriben en uno de los dos tipos.

2.3.3.3.1 Potestad Reglada

Es aquella que el ordenamiento jurídico ha proveído a la Administración Pública de manera que, desde la técnica jurídica, ha realizado una extensa y detallada descripción de la actividad de la Administración; la norma jurídica construye el supuesto de hecho y la resolución a fin de que la Administración únicamente proceda a subsumir su actividad con la norma, sin que quede supuesto alguno y derivando en una sola solución justa.

La tutela judicial de la potestad reglada le permite al juez la contrastación de los requisitos establecidos en la ley con la actuación aplicativa que ha realizado la Administración.

La creciente multiplicidad de entidades administrativas y la diversificación temática de su gestión y orientación determinan que la potestad reglada tenga un matiz genérico. El ejercicio de producción normativa asumido, por el legislador en unos casos; y, por el ejecutivo en otros, atribuye potestades regladas genéricas fundacionales a la Administración, ya que la amplia diversificación impide la reglamentación detallada de cada actividad que permitirá la gestión de la entidad.

2.3.3.3.2 Potestad Discrecional

En el ejercicio de las potestades discrecionales, la Administración, al aplicar la ley, posee un margen de apreciación subjetiva. La potestad discrecional surge cuando el ordenamiento jurídico, si bien construye la actuación de la Administración, no ha especificado el universo de todas y cada una de las posibles acciones. La apreciación subjetiva de la potestad discrecional no es ilimitada, por el contrario se constriñe a unos mínimos jurídicos indispensables que dan el soporte de legalidad y constitucionalidad a la actuación; de tal suerte que la potestad discrecional cuenta como requisito *sine quanon*, elementos reglados.

La discrecionalidad no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; todo lo contrario; la discrecionalidad es un ejercicio de remisión a la norma legal, de tal suerte que el Juez podrá realizar un ejercicio de control de la discrecionalidad a partir de los elementos reglados de ella.

Existe la potestad discrecional de la Administración únicamente cuando la ley se la ha atribuido, por lo que se han construido varios elementos reglados a fin de que la Administración se refiera a alguno o algunos de ellos a fin de desarrollar la discrecionalidad.

Son inevitables las potestades discrecionales en el desenvolvimiento de las actuaciones administrativas, no es posible atribuirle al Derecho la posibilidad de imaginar todos los supuestos de hecho necesarios para la ejecución del rol de servicio a los intereses generales. Las Administraciones públicas, al perseguir finalidades públicas en el Estado constitucional, deben intervenir en situaciones abstractas de tutela de derechos, desde un marco jurídico reglado, a fin de alcanzar sus fines.

Eduardo García de Enterría distingue cuatro elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional: (i) la declaratoria de existencia de la potestad reglada y su extensión; (ii) la competencia; (iii) la delimitación de un ente y dentro de él a un órgano determinado; y, (iv) la finalidad pública.

2.3.3.3 Discrecionalidad y Conceptos Jurídicos Indeterminados

Para determinar con mayor precisión la discrecionalidad es menester realizar una distinción de los conceptos jurídicos indeterminados. La confusión de ambas técnicas ha mantenido un grave peso en la historia del Derecho Administrativo y hasta recientemente ha comenzado a liberarse.

El ordenamiento jurídico contiene conceptos jurídicos determinados así como indeterminados. Los determinados refieren, de manera precisa, a una idea jurídica, sin que quepa duda respecto a su alcance, por el contrario, la noción se halla delimitada; por ejemplo la mayoría de edad de una persona es un concepto determinado; se describe que todo individuo que cumple dieciocho años alcanza la mayoría de edad. No existe posibilidad de duda alguna respecto a quien o quienes son los poseedores de la mayoría de edad, puesto que la hipótesis se halla solucionada por el propio concepto jurídico.

La técnica del concepto jurídico indeterminado provoca que la norma jurídica refiera a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante es evidente que se pretenda limitar a partir de un concepto concreto. Para ilustrar conviene mencionar como ejemplo que la falta de probidad, la buena fe, la premeditación, la fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de las funciones, incompatibilidad, justo precio, buena administración, son conceptos jurídicos indeterminados. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos, no es posible detallar una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso refieren a una idea jurídica. La aplicabilidad del concepto jurídico indeterminado admite una sola posible solución total, existe o no existe: hay buena fe o no, existe justo precio o no, se ha faltado a la probidad o no, existe una buena administración o no. Solo se permite una unidad resolutoria, sin ningún tipo de graduación.

Conforme lo advirtió Sainz Moreno (1976) importando la doctrina alemana (trabajo incorporado por la jurisprudencia española) la aplicación del concepto jurídico indeterminado excluye cualquier margen de discrecionalidad. La ley no le permite a la Administración optar por variantes igualmente posibles, sino por una sola.

La diferencia entre los conceptos jurídicos determinados y la discrecionalidad se radica en que, mientras la indeterminación admite una sola solución posible la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas.

En la estructura del concepto jurídico indeterminado es compleja. Se compone de un núcleo de certeza positiva; una zona de certeza negativa y una zona de incertidumbre que rodea al núcleo; mientras que la estructura de la discrecionalidad permite verificar la existencia de dos núcleos de certeza positiva dentro de una zona de incertidumbre

2.3.3.3.4 Límites en el Ejercicio de las Potestades Discrecionales

La potestad discrecional le permite a la Administración elegir entre varias opciones, todas ellas justas, siempre sometidas a unos límites que son susceptibles de control por parte del Juez. Si esos límites son sobrepasados, la discrecionalidad se transforma en arbitrariedad, se aparta del ordenamiento jurídico y se vuelve ilegal e injusta.

La división de los poderes lograda por la revolución, en un inicio jurídico rudimentario contempló que las decisiones de la Administración no fueran susceptibles de control, por no concebir el sometimiento de la administración a un poder superior a ella. El poder discrecional no debía ser controlado. Poco a poco se han de ir insertando unas técnicas de control externas a la propia decisión discrecional: la incompetencia, la infracción del procedimiento y el instituto de la desviación del poder. Con posterioridad se añaden los principios de siglo la comprobación de la existencia material de los hechos.

La introducción del Estado constitucional promueve el sometimiento de la administración a la Constitución, a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y a todo el ordenamiento jurídico, de tal suerte que su exclusión se convierte en un imposible.

Toda la actuación de la administración pública, tanto en las potestades regladas como discrecionales son susceptibles de control administrativo y de control judicial.

2.3.3.4 Potestad Reglamentaria

El desenvolvimiento y dinámica de las entidades públicas en el Estado constitucional, desborda la previsibilidad del legislador respecto a la regulación de tareas específicas y minuciosas de la Administración pública. “En el interés derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto...”(Kelsen 2010) Precisamente, la naturaleza propia del Estado constitucional provoca un éxodo del poder legislativo hacia el ejecutivo, quien pese a la delimitación de su misión, por el afán de perseguir el interés general, requiere de la facultad creadora de norma que le permita cumplir su cometido, produciendo una legítima ruptura del derecho, “Los reglamentos son un tipo de norma habitual en nuestra experiencia cotidiana y nadie pone en cuestión su legitimidad y la necesidad de su existencia...”(Sánchez Morón 2011)

La expresión de la voluntad de la Administración, productora de actuaciones administrativas, es la creadora de derecho.

La jerarquía de las normas jurídicas ubica en el sitial preferencial a la Constitución y a los Tratados e Instrumentos Internacional de derechos humanos, luego la ley y por debajo de ellos los decretos y reglamentos. La Constitución asegura que el Estado y la Administración pública se someta y se subordine, tanto a la norma suprema, como a la ley; sin embargo, las entidades públicas pregonan su libertad respecto al derecho, sus restricciones no implican el desarrollo de normativa de cuestiones específicas. La Administración por antonomasia carece de potestad legislativa, pero se reserva para sí la potestad de dictar normas de carácter reglamentario.

Si bien la potestad reglamentaria atribuye a la Administración la creación de norma jurídica, que incluso resulta ser el medio idóneo de materialización de la ley e incluso de la Constitución misma, supone una aparente duplicidad de la potestad creadora de norma y un aparente atentado a la democracia. La formación de la voluntad del Estado, expresada en norma jurídica se presenta tanto en el poder Legislativo como en el poder Ejecutivo, diferenciándose por el orden jerárquico, pero en esencia las dos son fuentes creadoras de ordenamiento, rompiéndose la exclusividad de la democracia. La estructura del derecho administrativo, creada

por la potestad reglamentaria, podría advertir un panorama de heteronomía creacional, que crea una tensión entre el Legislativo y el Ejecutivo.

La potestad reglamentaria creadora de reglamentos autonómicos, desde la experiencia en Cataluña-España, ha sido concebida con la participación activa de los administrados, quienes en el ejercicio de la consulta previa, han de incidir activamente en la creación del reglamento. No obstante, la práctica material de esta participación ciudadana, se ve afectada por una suerte de cumplimiento formal del requisito más que por la incidencia ciudadana, “Si seguimos por este camino, la consulta previa a la elaboración del proyecto normativo será, simplemente, un requerimiento procedimental a tener en cuenta para justificar su no realización” (Araguàs Galcerà 2019) con lo que tal intervención ciudadana se convierte en un mero trámite, que se cumplirá sin aporte popular alguno.

La delimitación de la actividad estatal, por medio de reglamento, dinamiza la potestad reglamentaria y consigue que una sola entidad administrativa requiera de varios reglamentos para su funcionalización, tal necesidad será compartida por los órganos administrativos que conforman la persona jurídica de derecho público, consiguiendo una gran cantidad de actos administrativos reglamentarios; que multiplicados por el sin fin de Administraciones que componen el Estado, presentan un no delimitado ordenamiento jurídico, formado de forma exclusiva por el Ejecutivo.

No son casos aislados, pero suele presentarse el caso en que los reglamentos específicos, bajo la premisa de garantía del interés general, contradigan la norma constitucional o que atribuyan competencias similares a varias entidades de gobierno, presentándose así una “conflictividad competencial”(Aguirre i Font 2013), que no por ello deja de producir efectos jurídicos.

En el Estado Constitucional la procura de la garantía de la libertad de las personas, gobernada por la Constitución y por los Instrumentos internacionales de derechos humanos, presenta un panorama en el que la potestad reglamentaria no solo es ejercida por las entidades administrativas nacionales

“IO rules take various forms-e.g, guidelines recommendations, and standards- and are promulgated by not only traditional interstate organizations but public/private hybrids, transnational networks in-

volving agencies inside states, private associations of industry or other experts, or subsidiary committees of the parties (COPs) or meetings of the parties (MOPs)...”(Alvarez 2018)

2.3.3.5 Rulemaking

El derecho administrativo ha sufrido un ataque inmisericorde del *rulemaking*⁴⁰. La potestad de las entidades públicas dio origen a un sin fin de cuerpos normativos reglamentarios a los que se suman todos los actos administrativos reglamentarios creados por instituciones administrativas de índole supranacional.

Se revela así un comportamiento irregular de la técnica jurídica y un resquebrajamiento del interés del bien común nacional, que servía de fundamento para la potestad de la administración pública nacional, puesto que, como resultado de la imperatividad jerárquica de los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, se forman entidades interestatales, que revestidas de potestad, son capaces de crear reglamentos que rigen en los estados nacionales adscritos; tales organizaciones internacionales no son únicamente aquellas tradicionales reguladas por el derecho internacional público, sino que incluso pueden ser privadas, o fusiones entre públicas y privadas-híbridas- que involucran agencias entre los estados y que irradian efectos jurídicos hacia los estados nacionales y suponen una figura de autoridad para ellos.

Para ilustrar este fenómeno jurídico es posible mencionar, que profesores de universidades públicas y privadas, sometidos al principio de legalidad y juridicidad, gobernados por los reglamentos producidos por la Administración pública universitaria nacional, son conductualmente condicionados por ordenamientos normativos de instituciones transnacionales, que incluso son de derecho privado, como es el caso de *Scopus*⁴¹

40 *Rulemaking* es un término anglosajón utilizado para referir a la “reglamentación” como una actividad constante de las instituciones públicas del Estado para innovar el ordenamiento jurídico.

41 *Scopus* is the largest abstract and citation database of peer-reviewed literature: scientific journal, books and conference proceedings. https://service.elsevier.com/app/answers/detail/a_id/15534/supporthub/scopus/#tips

que regenta la forma y el contenido de publicaciones académicas que presentan los resultados de las investigaciones, otorgándoles un valor de puntuación que sirve de posicionamiento en cuartiles de calidad.

La cualificación determinada por esta base de datos, determina el reconocimiento y reputación del investigador en el ámbito científico global e incluso es un referente, que ubica el ranking de calidad de universidades en el mundo; y, a nivel nacional, proocca la emanación de actos administrativos que, en pro del aseguramiento de la calidad de la educación universitaria y de la tutela efectiva del derecho a la educación del ciudadano, aseguran la acreditación, vigencia o cierre de la Institución universitaria; es decir que la reglamentación de una entidad transnacional, se presenta con cierto grado de autoridad, sin buscar el consentimiento del estado, provocando efectos y actos jurídicos en el estado nacional, dando origen a una “international administrative law”

Si el “*soft law*” ya presentaba contradicciones para los más asérrimos juristas positivistas, esta formación de *rulemaking* lleva a la necesidad de cuestionar la posibilidad legisladora de entidades públicas y privadas internacionales.

El *Rulemaking* torna a la potestad reglamentaria impredecible, pues la voluntad de la administración nacional se ve superada por intereses globales y transnacionales, que abanderados de la protección de los derechos de las personas, además aseguran sus propios intereses empresariales.

La Legitimación de los reglamentos se desvanece, puesto que la voluntad soberana del pueblo debía ser recogida por el Parlamento, quien por medio de la ley concede la potestad reglamentaria a la Administración pública; no obstante en el *rulemaking* esto no ocurre. El reglamento de una entidad transnacional no se origina en la ley nacional; la institución no recibió la expresa delegación contentiva de a potestad reglamentaria y a pesar de ello, producirá motivación conductual en el servidor público.

En el contexto de globalización del mundo, la técnica jurídica deberá decantarse hacia la atribución expresa de la potestad reglamentaria desde los estados nacionales hacia las instituciones transnacionales, para regular acciones determinadas y previamente consensuadas, que aseguren la

consecución de fines específicos de garantía de los derechos que se han consagrado en las Constituciones de los países adscritos.

Se debe mencionar además que el *rulemaking* no solo se produce en las esferas supranacionales sino que también es posible verificarlo en la producción normativa nacional. La intención del ejecutivo de innovar la actividad estatal provoca la producción de regulaciones. El rol ejecutivo en la administración pública se produce en el nivel nacional, distrital, y en todas las formas de gobierno autónomo descentralizado, por lo que la actividad regulatoria rebasa el espectro geográfico en el que fue producida y provoca efectos jurídico generales en los administrados; por ello “la literatura de las ciencias políticas y legales contienen una investigación empírica notablemente escasa sobre la elaboración de normas por parte de las agencias” (O’Connell 2008)

2.3.3.6 La Potestad Reglamentaria en el Estado Constitucional

La subordinación y primacía de la Constitución caracterizan al Estado constitucional, por lo que cualquier formación de derecho público debe guardar conformidad con la norma suprema.

El poder ejecutivo se halla revestido de la potestad reglamentaria, por mandato expreso de la Constitución. No cabe duda que la mayor representación democrática del pueblo se centra en el poder legislativo, al que la norma constitucional le asigna la declaración de la voluntad soberana mediante la creación de la ley, sin embargo, conocedora de que el carácter abstracto de la norma requiere de una regulación específica, le confiere al poder ejecutivo la posibilidad de crear norma que permita la aplicación de la norma. Las actividades legisladores se presentan complementarias unas de otras, puesto que si se contradijeran, el reglamento perdería de inmediato el valor jurídico por la supremacía de la ley frente a él. No obstante, el fin ulterior del Estado constitucional, que busca de propósito el aseguramiento de la libertad del individuo mediante la provisión de bienes y servicios estatales, contempla también la posibilidad de otorgar la potestad reglamentaria, no solo como desarrolladora de la ley, sino como el instrumento jurídico idóneo que le permita funcionalizar su gestión operativa.

Al ciudadano se le garantiza el derecho de acceder a una buena administración pública, que se logrará con el desarrollo de la potestad reglamentaria. Este accionar no ha de suponer una inflación normativa, por la formación de reglamentos inocuos e innecesarios, que lejos de cumplir la finalidad, llevarían a un caos en el ordenamiento jurídico; sino que servirán de forma exclusiva a garantizar la eficacia de la Administración pública. La formación del reglamento administrativo será incluyente y participativa, en donde todos los agentes involucrados en el giro de la entidad, puedan coadyuvar en su diseño, a fin de que el ciudadano no se halle gobernado por una norma autocrática, sino que ésta sea el medio para la consecución del fin estatal.

2.3.3.7 Potestad Discrecional como Fuente de la Potestad Reglamentaria

No cabe duda que la Administración Pública ejerce y desarrolla potestades que le fueron atribuidas conforme al ordenamiento jurídico. Es el legislador quien habilita a la Administración pública para que dibuje sus fines y su desenvolvimiento; procura anticipar las necesidades organizacionales y funcionales para que la Entidad administrativa cumpla con el rol de garantía de derechos. No obstante resulta imprescindible referirse al contenido mismo de la potestad, a su extensión o ámbito material que se denomina “ densidad dispositiva” (Muñoz Machado 2006a).

Para la gestión, la Administración implementa planificaciones, decisiones y desarrolla su actuación operacional mediante actos, contratos o actuaciones combinadas. “El reglamento constituye una decisión administrativa, sometida a reglas de elaboración, de validez y de eficacia del Derecho Administrativo”(Sánchez Morón 2011)

El reglamento se utiliza para intervenir en actividades fácticas objetivas y directas que dinamizan la actividad administrativa; se ilustra con un ejemplo: La universidad pública, como una manifestación de una Institución Administrativa autónoma, con un reglamento regula el número de estudiantes que serán admitidos a una carrera o programa profesional en cada cohorte académico. Nótese que la decisión de la adminis-

tración pública cumple de forma efectiva el cometido esencial del giro de la Institución: asegurar la educación universitaria del ciudadano; sin embargo, con su decisión consigue definir políticas para el manejo de los recursos de presupuesto económico, la gestión académica e infraestructura física que son necesarios para tal servicio y genera un impacto directo en la vida del ciudadano, sin afectar la naturaleza de la Institución pública, pero produciendo un posible gravamen al conglomerado social, que se verá afectado por la restricción..

La potestad reglamentaria proviene de la potestad discrecional, la Administración buscará introducir novedades de regulación que no se hallaban previstas en el ordenamiento, facilitará el ejercicio de la acción para el cumplimiento de los fines organizacionales y planteará los parámetros de inactividad de la Institución.

El reglamento como actuación administrativa se somete a un control de los Tribunales de Justicia, no obstante, no se podrá revisar el núcleo mismo de la discrecionalidad, ni sustituir la posibilidad de agencia de la Institución, así como tampoco reemplazar a la entidad.

2.3.3.7.1 Proceso de Elaboración del Reglamento

El reglamento se constituye en una norma jurídica de elaboración interna de la Administración. La posibilidad de producción normativa de la Administración Pública alarga la tripartición de la república que, en el diseño primigenio, confiaba la elaboración de la norma al poder legislativo. Con el reglamento, el legislador atribuye de modo objetivo la potestad discrecional a la Administración, para que en el escenario ejecutivo interno, se gestione el ordenamiento necesario para la conquista del objetivo institucional. En consecuencia, el reglamento estará orientado a garantizar el servicio a la colectividad y se hallará regentado por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, entre otros, con la finalidad de asegurar el “derecho fundamental a la buena administración pública”(Asamblea Nacional del Ecuador 2017a)

La producción normativa de un reglamento, supone a la Administración pública un complejo ejercicio y desarrollo de la potestad discrecional, pretenderá adecuar su operatividad al ideal denominado buena administración, que por ser un concepto jurídico indeterminado, no presenta la posibilidad de establecer grados intermedios de verificación, sino que deriva en dos únicas alternativas: es una buena administración; o, no es una buena administración; siendo la segunda posibilidad de afectación muy grave a la esencia misma de la administración.

El reglamento requiere un planteamiento material del interés de la Administración en el Estado constitucional, procura superar las anomias jurídicas y establecer un cúmulo de procedimientos que le permitan alcanzar en una etapa de tiempo los objetivos de interés común.

La orientación a la tutela efectiva de los derechos de las personas obliga a que en la elaboración del reglamento se verifique la participación ciudadana; será el conglomerado social incluyente y los grupos colectivos minoritarios quienes contribuyan en el diseño procedimental o bien se opongan si la intención administrativa no guarda con los intereses generales. La participación le permitirá al ciudadano ser parte de una entidad que busca protegerlo y asegurarlo, presentándose así el primer control de juridicidad en el proceso creacional de la norma reglamentaria administrativa.

El proceso creacional del reglamento será de carácter abierto, participativo e incluyente con la finalidad de obtener una legítima validación desde los ejercicios contradictorios.

En la elaboración del reglamento se analizarán todos los efectos y se visibilizarán a todos los afectados. La potestad discrecional, conferida con suficiente medida, para la generación de un reglamento, se deberá apoyar en informes jurídico - técnicos, que permitan un análisis preciso para identificar el medio viable de protección del interés común.

La expresión de la voluntad de la Administración, manifestada de forma material en una decisión del nivel ejecutivo dispone la elaboración del reglamento; no obstante, se contará con un informe sobre la necesidad y oportunidad del nuevo reglamento. La actuación administrativa requerirá

la conformación de un presupuesto económico necesario, tanto para la actividad creacional, como para la implementación del reglamento.

El Derecho Administrativo debe revelarse como un agente activo en la producción reglamentaria; es imprescindible que se formulen Informes Jurídicos que han de plantear la incidencia del reglamento en el espectro del ordenamiento jurídico; se deberá verificar su conformidad con la norma constitucional, se demostrará el cumplimiento de los instrumentos convencionales, se armonizará con la estructura jerárquica del ordenamiento, se evaluará el alcance de la potestad discrecional y reglamentaria que le hubieran sido conferidas y se calcularán los efectos jurídicos y el impacto social que se busca provocar.

Por lo general, el emisor de la decisión está revestido de la potestad discrecional y de la potestad reglamentaria suficiente para aprobar el proyecto. El desarrollo creacional del texto, que conformará el reglamento, será responsabilidad de los servidores que hubieren sido designados para tal efecto. La intención del Estado constitucional de ubicar como meta primordial la garantía de los derechos, precisa que la conformación del órgano creador del texto del reglamento incluya una participación directa y activa del ciudadano, que proviniendo del grupo focal al que se intervendrá, sea capaz de incluir en el texto sus expectativas.

La introducción de criterios jurídicos, la afinación de los informes, consultas y la activa participación ciudadana procura evitar regulaciones precipitadas, sobre valoradas o superfluas, que lejos de dinamizar la acción de la Administración la entorpezcan e impidan la consecución de sus fines.

El ordenamiento jurídico de España regula y dispone de forma taxativa la creación de informes y la formulación de Consultas⁴² que en unos casos serán facultativos y en otros, serán informes preceptivos.

Para conseguir el fin planificado la Administración ha de requerir informes preceptivos de entidades públicas especializadas. Si el reglamento podría afectar las competencias de otras Administraciones públicas es

42 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Publicado en BOE de 28 de noviembre e 1997. Vigencia desde el 18 de diciembre de 1997. Revisión vigente desde el 02 de octubre de 2016 http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/150-1997.html

imperante el informe preceptivo. Este supuesto se muestra muy probable por la dispersión y crecimiento acelerado de la Administración Pública, en donde el derecho a ser protegido es asumido por dos o más instituciones públicas.

Los informes preceptivos articulan los niveles descentralizados de gestión a fin de evitar la duplicidad y evitar afectaciones entre el Estado y los gobiernos autónomos.

En España, el informe preceptivo más relevante es el del Consejo de Estado⁴³ “porque la jurisprudencia considera esencial este trámite , de manera que su omisión cuando procede determina la nulidad del reglamento”(Sánchez Morón 2011)

En la conformación de reglamentos *ad extra* la participación ciudadana deberá tener el rango de informe preceptivo; de tal suerte que sin ella, se produce la nulidad de la actuación. La participación ciudadana caracteriza a los estados constitucionales. Se promovió la subordinación del Estado a la Constitución y la norma suprema volvió su mirada a la tutela efectiva de las personas; en consecuencia, los sujetos de derecho son el hecho generador de la dinámica pública, y su ausencia produce un quebrantamiento de la razón de ser del Estado. No obstante, la participación ciudadana se ha instrumentalizado con disposiciones que regulan la celebración de audiencias, cual si fuera una etapa que por obligación se cumple, sin considerar la real necesidad de la participación de los individuos y colectivos sociales en los escenarios de posible restricción de sus libertades; ciudadanos que con su presencia en la etapa de creación reglamentaria garantizarán la efectividad, la eficiencia y asegurarán el cumplimiento del rol tutelar del organismo.

Agotado el trámite de elaboración del reglamento y una vez que se han producido los informes facultativos y principalmente resueltos de forma favorable los informes preceptivos, le corresponde a la máxima autoridad de la Administración, en uso de las potestades discrecionales

43 El Consejo de Estado se halla previsto en el artículo 107 de la Constitución de España: “El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia”

y reglamentarias, proceder con la aprobación. La máxima autoridad, por la propia conformación ejecutiva se presenta a manera de un cuerpo colegiado que, únicamente el pleno emanará una motivada actuación de aprobación definitiva.

La publicidad es un principio de la Administración pública, que obliga a que todas sus actuaciones sean puestas en conocimiento del conglomerado social. El ciudadano por su parte, se halla revestido del derecho a la información, por lo que la comunión del principio y del derecho vuelven infranqueable la publicación del reglamento aprobado.

Para los actos administrativos la notificación es un requisito de eficacia, cuya inobservancia convierte al acto en viciado. Solo en la medida que e destinatario conozca el contenido de la actuación de la Administración se producirán los efectos legales. La misma lógica cobija al Reglamento, la publicidad origina la validez. El reglamento aprobado debe ser publicado en el Diario Oficial del Gobierno y para los gobiernos autónomos será el diario oficial de cada uno de ellos. La publicación contendrá el reglamento de forma íntegra, la exposición de los motivos y el acto motivado que sancionó su aprobación. Sin publicación, el reglamento no producirá efecto jurídico alguno.

2.3.3.7.2 La Aplicación de los Derechos y el Desarrollo Normativo

El Estado constitucional sitúa a la tutela efectiva de los derechos de las personas como el objetivo fundamental de su gestión. Se debe precisar que la naturaleza constitucional se traduce como la ideología que otorga la razón de ser del derecho, así como fomenta la institucionalidad, que nacida del derecho debe reproducir y materializar la ideología.

Desde la premisa que afirma que el desarrollo normativo de los derechos humanos es superfluo e innecesario, se presenta la posibilidad de mantener el esquema de la Administración Pública y restringir la potestad discrecional y la potestad reglamentaria.

Las instituciones que conforman la Administración son la forma material de expresión del Derecho puesto que se encargan de ejecutarlo. Todo el acervo de argumentos jurídicos requieren de instituciones que lo

apliquen y lo garanticen; el derecho legitima a la autoridad, ésta desarrolla la institucionalidad y la autoridad aplica el derecho.

El Derecho Administrativo construido a partir de la Revolución Francesa, acción revolucionaria concebida como una crisis fraguada desde mucho tiempo atrás, procuró el establecimiento liberal en el ámbito de gestión del Estado.

Los seres humanos nacen libres y son libres. “En estado de naturaleza, afirmará Locke, todos somos libres”(Roig 2002) Se delega al Estado la necesidad y la obligación de proteger la libertad de la persona, puesto que sin la presencia de la autoridad de la administración se imposibilita el ejercicio de la libertad. Bajo esta construcción, el Estado se vuelve vigilante de la libertad y asume el rol de interventor frente a la problemática que pudiera surgir de la controversia entre particulares. Queda claro, que en el pensamiento liberal, será el ciudadano quien se apodera de su libertad y el Estado asumirá el quehacer político.

El paradigma liberal supuso una construcción de la Administración pública en esa línea de ejecución; se dijo que el derecho se materializa con la instrumentalización de las instituciones; y la introducción de un nuevo paradigma, el del constitucionalismo, provocará tensiones.

En la línea de pensamiento que se desarrolla, el paradigma jurídico requiere de instituciones que lo ejecuten; y al producirse un cambio de paradigma, la consecuencia es un cambio de las instituciones o por lo menos un cambio de la instrumentalización.

La noción del constitucionalismo no puede ser implementada por unos organismos de la Administración Pública que responden a un paradigma diferente. Si desde la teoría de los derechos humanos pregonamos que la aplicación de los derechos no requiere desarrollo normativo, se debería plantear el escenario de una administración pública que haya surgido dentro de ese paradigma conceptual; pero la realidad es otra. La transformación de la Administración pública, y del Derecho Administrativo en el contexto del constitucionalismo requiere una transformación, una revolución a la que se le ha denominado Novación.

El principio de legalidad que concede las facultades a las instituciones del Estado no puede quedarse estático frente al cambio de paradigma,

por el contrario, este y todos los principios de la administración deberán sincronizarse con el constitucionalismo para producir su materialización.

Esta sintonía no podrá darse de forma espontánea, deberá ser atribuida por el ordenamiento jurídico. La evolución de la Administración pública desde el Estado liberal hacia el Estado Constitucional requiere, de forma inequívoca, un desarrollo normativo reglamentario, que ejercido por la potestad discrecional, de la que se halla investida, la Administración ha de desarrollar con la única finalidad de materializar el paradigma constitucional.

2.3.3.8 La potestad Organizatoria

La Potestad organizatoria es la facultad conferida a los organismos administrativos del Estado para que puedan interferir en el diseño de la organización. Esta potestad se halla distribuida en todos los niveles de gobierno del Estado y en las propias administraciones, a las que el ordenamiento jurídico les atribuye la posibilidad de decidir la adaptación de su funcionamiento hacia sus objetivos institucionales.

La norma fundacional de la entidad administrativa define los objetivos: general y específico; e inclusive diseña la misión y la visión; de tal suerte que la gestión está definida por normas jurídicas de distinta jerarquía, que podrían tener un origen diverso, puesto que las atribuciones le serán conferidas por la Constitución, por la ley, por otras entidades administrativas, por sí misma, incluso por acuerdos celebrados entre organismos de la administración o por actos de delegación.

Es necesario tener en cuenta que las atribuciones, competencias y facultades de la Administración pública se originan también desde los planes o programas de desarrollo, nacionales e internacionales, como el caso del Ecuador que articula su orientación administrativa en función del Plan Nacional del Buen Vivir (SENPLADES 2017) La configuración de la Administración pública se dibuja desde el propósito de otro ente público, que tiene a su cargo la delimitación de los objetivos del Estado nacional e irradia las competencias y atribuciones a todo el sistema público.

En la esfera interinstitucional, le corresponde a la Administración pública la promoción y formulación de la organización a fin de que no exista duplicidad de atribuciones entre instituciones públicas para facilitar que cada una de ellas persiga el ideal que generó su aparición en la procura de la tutela de los derechos del ciudadano. En la esfera intrainstitucional, la potestad organizadora de la administración permite que los órganos administrativos, dentro de un sistema, no ejerzan similares facultades. La especificidad de la función administrativa es el resultado del ejercicio de la potestad organizadora dentro del marco del “consensualismo de la gestión administrativa” (Barra and Castro 1956)

El principio de legalidad *strictu sensu* que circunscribe las atribuciones del servidor público a la norma jurídica otorgada por el Poder Legislativo, ha avanzado a un escenario constitucional que se halla en perenne construcción, en donde el modelo político de gestión encuentra el germen fecundo creador de normativa organizacional.

La facultad de organizarse ha de ser lo suficientemente flexible para permitir la adaptación a las necesidades sociales y para que logre alcanzar los objetivos de manera eficiente, por lo que esta facultad se presenta como actuaciones de índole procedimental, que no es ilimitada; por el contrario, el ordenamiento plantea limitaciones.

El primero de los limitantes es la reserva de ley. La incursión necesaria de la administración pública en el servicio al interés general provoca una amplísima diversidad de actividades, que al legislador le imposibilita su previsión pormenorizada. La potestad organizatoria, inicialmente de competencia de la función legislativa, es atribuida al ejecutivo; en consecuencia, el reglamento, como actuación administrativa, es la formación jurídica idónea. La facultad de organización y sus principales atributos “están sometidos a la reserva de ley, o bien son regulados por leyes, aunque no exista tal reserva”(Sánchez Morón 2011).

El legislador atribuye a la administración pública la posibilidad de desarrollar los reglamentos y todos aquellos principios que se orienten al cumplimiento de los objetivos de tutela. “Con lo cual los operadores de esta ley se convierten en cuasi-legisladores”(Márquez 2018) Esta difusa reserva de ley de la Administración pública debe guardar conformidad

con la Constitución, con el Estado y con los gobiernos autónomos, a fin de crear coordinación y no duplicación de atribuciones. Esta reserva de ley no es absoluta, puesto que regula, de modo general, los aspectos esenciales de los organismos jerárquico-supeiores y se amplía con las entidades territoriales estableciendo nexos causales jurídicos con el Gobierno central, sometiendo sus principales aspectos a reserva de ley o bien regulados por ley, aunque no se ponga de manifiesto tal reserva.

La reserva de ley, en materia de organización, no solo se atribuye a la ley del Estado, sino también respecto a los Gobiernos autónomos, quienes también tienen la potestad de organizar a los organismos propios.

La organización supone también la necesidad de establecer límites de competencias entre los organismos existentes. La descentralización es otro de los principios que caracterizan a la Administración pública, de tal suerte que la Constitución reconoce los gobiernos autónomos y como tal, se establece la no intromisión del gobierno central en sus actuaciones. Al legislador le corresponde atribuir facultades genéricas y transversales de competencia de los organismos públicos; mientras que a cada entidad descentralizada, deberá realizar su ejercicio organizativo propio. En consecuencia el régimen jurídico y administrativo de los gobiernos autónomos tiene dos dimensiones: la esfera nacional y la esfera intra organizacional.

2.3.3.8.1 Las Figuras Públicas

La estructura de organización en el estado constitucional es la Administración pública, que comprende el conjunto de todas las entidades del sector público. La entidad administrativa es el conjunto de órganos con unidad de misión institucional; y, el órgano de la administración es la unidad básica de organización.

La entidad administrativa está dotada de personalidad jurídica, es un conjunto organizativo, de mayor o menor dimensión y complejidad y forma parte de la organización estructural de los poderes públicos. La denominación de ente es atribuida por el derecho al conjunto de personas, a fin de trasladar los derechos del individuo a un colectivo de personas, transmitiéndole la capacidad de obrar, de decidir, de ejercer derechos y de

contraer obligaciones; por cierto se debe mencionar que ciertos derechos podrán ser asumidos por la entidad y no la totalidad de ellos que su ejercicio le corresponde de forma privativa a la persona física. La personalidad jurídica le permite a la entidad atribuirse facultades proyectadas desde lo individual, separadas de su interioridad, que conforman sus potencialidades de actuación, cual si fuera un sujeto más, descubriéndose la posibilidad de obrar en el ordenamiento jurídico. La teoría de la personalidad de la entidad se importó desde el derecho privado hacia el público, encontrando su desarrollo y expansión en el derecho constitucional.

La personalidad de las entidades del estado permite la diferenciación de la sustancia y de la potencialidad de actuación entre unas y otras, delimitará la actividad con las instituciones públicas autónomas y descentralizadas y ha sido incorporado el ejercicio de derechos, como el de carácter patrimonial a las entidades públicas. En el caso de la personalidad de las administraciones descentralizadas, no es sino consecuencia de la lógica de la autonomía político administrativa que se ha promovido. Cada entidad autónoma tendrá identidad y responsabilidad propia, separada del Estado.

No será de extrañar la continua aparición de entidades administrativas en el panorama nacional, su fusión, alargamiento y extinción; muchas veces promovidas por la necesidad de intervención en el territorio; y otras tantas, por razones de aplicación de presupuesto, de régimen laboral o contratación o por fines institucionales. Se provoca el desdoblamiento de la administración pública central creándose satélites de entidades atribuidas de facultades.

2.3.3.8.2 Entidades Territoriales

Las entidades territoriales son organizaciones administrativas generales, que desarrollan su gestión institucional en los gobiernos autónomos. Para estas entidades, el territorio es un elemento constitutivo de su esencia y es el delimitador de la unidad de convivencia política de sus habitantes. Las entidades territoriales conforman el modelo pleno de la Administración pública; por lo general, se encuentran provistas del total

de potestades y facultades propias del Derecho Administrativo. Contarán con la potestad discrecional, potestad reglamentaria, potestad de autotutela, potestad organizatoria, potestad fiscalizadora, potestad sancionatoria; e inembargabilidad de sus bienes. Sus actuaciones administrativas estarán provistas de los principios de ejecutividad, ejecutoriedad y todos los demás principios atribuidos por la ley.

Las entidades territoriales cuentan con personalidad jurídica que les atribuye la posibilidad de actuar, de asumir derechos y contraer obligaciones. El Estado constitucional es poseedor de personalidad jurídica y no únicamente la Administración.

En el Estado español, la administración pública cuenta con atribución exclusiva de personalidad y no el Estado; a diferencia del Estado ecuatoriano, que si cuenta con personalidad jurídica. Conforme al principio de legalidad, las entidades administrativas ejercen atributos y facultades conferidas por la ley; razón por la cual, la atribución de personalidad, strictu sensu ha de ser conferida por el ordenamiento jurídico. No obstante, la no atribución al Estado español de personalidad carece de trascendencia jurídica. Si se aplica la exégesis como método de interpretación, resultaría que el Estado español, por carecer de personalidad, no es un sujeto de derecho público y como tal se despojaría del reconocimiento internacional de derecho; razonamiento inadecuado por completo. Lo atrevido de la afirmación recae en lo inconcebible. En este caso, la inexistente atribución de personalidad es abordada por el conjunto de entidades administrativas del sector público, provenientes del poder ejecutivo, legislativo y judicial, que en conjunto, y con estricto respeto a su separación, otorgan los atributos al Estado.

En el Estado constitucional, la formación de las potestades y atribuciones de las entidades territoriales se sustenta en la protección de los intereses ciudadanos de forma específica. La planificación gubernamental y participativa detecta las necesidades in situ de la población, a fin de promover el diseño de los objetivos institucionales del Estado, que de forma específica, especializada y oportuna, buscará de propósito adelantar la tutela efectiva.

El Estado en el paradigma constitucional, cuenta con personalidad jurídica, tanto así que se le atribuye, como obligación principal de su gestión, el respeto y atención a los derechos de las personas. El atributo de la personalidad se vincula con el fin ulterior del constitucionalismo y se verifica en la tutela del individuo que convive en un mismo territorio.

El esquema internacional de los derechos humanos ha provocado que las estrategias de protección desborden los límites nacionales, provocando la configuración de entidades internacionales extraterritoriales. La dignidad de la persona humana es un atributo que no se pierde con el tránsito de las fronteras establecidas por los países, de tal suerte que el garantismo ha de romper esquemas pertenecientes a esquemas gubernativos del pasado. Se ubica al hombre y a la mujer como ciudadanos del mundo, ilimitándose su espacio geográfico de desenvolvimiento, en la práctica comunitaria de ideales de protección generales a todas las personas, en donde las entidades administrativas han de ejercer sus competencias y atribuciones atribuidas por el constitucionalismo supra nacional. Se requerirá entonces la construcción de sistemas internacionales de armonización jurídica de entidades administrativas y el desarrollo organizacional de las facultades que se desarrollarán en los Estados que pertenezcan a la comunidad.

2.3.3.8.3 Organismos Públicos

Son entidades públicas de administración, creadas para la provisión de un servicio específico o para la realización de actividades administrativas. Los organismos públicos cuentan con personalidad jurídica, sometida a una entidad administrativa territorial o bien a otro organismo público.

Los organismos públicos tienen la capacidad de agencia a fin de emprender, de forma instrumental, en la consecución de fines específicos que les hayan sido atribuidos. La entidad administrativa delimitará la estructura, la organización y conferirá las potestades y facultades que asumirá el organismo público.

2.3.3.8.4 Órgano Administrativo

El órgano administrativo es una unidad estructural básica de organización y gestión.

Los órganos son creados por medio de normas jurídicas que determinan su funcionamiento y organización; ejercen facultades y potestades atribuidas; dispone de elementos estructurales, materiales, presupuestarios y lo conforma el talento humano determinado por las personas del servicio público. Resulta necesaria la distinción que el ordenamiento jurídico establece entre órgano administrativo y servidor público. Las acciones emanadas por una persona, investida de atribución pública, provoca efectos jurídicos directos o indirectos, en el administrado, cuando se halla legítimamente vinculado con el órgano administrativo; vinculación que se producirá desde el momento en que haya tomado posesión de su cargo.

Los órganos dictan actuaciones administrativas que tienen el carácter de preceptivas; conforman un esquema reglado de decisiones que soportan la gestión pública institucional.

Clases de Órganos

1. Por su forma en que se constituye la voluntad administrativa, los órganos son unipersonales o monocráticos y pluripersonales o colegiados. La diversidad temática y las complejidades técnicas a las que debe servir el órgano administrativo, la conformación pluripersonal resulta ser la más útil. Se procura la conformación de equipos de servidores públicos multidisciplinares, heterógeneos e incluyentes, a fin de afrontar los retos de la tutela de derechos; no obstante, esta conformación no es una receta sacramental. Muchas veces en el seno del cuerpo colegiado, se enfrentarán deliberaciones administrativas inacabables, que obstaculizan la formación de la voluntad administrativa, a consecuencia de la variada conformación de sus miembros, que deniegan la buena administración.
2. La complejidad es otro criterio para determinar la existencia de órganos simples y complejos. Por lo general un órgano com-

plejo se compone de órganos simples; así consta un Secretario o Ministro de Estado será la ejemplificación de la simplicidad, en tanto que el Ministerio o Cartera de Estado será de la complejidad.

3. La forma de creación permite la existencia de órganos representativos y no representativos. La Administración pública, en su mayor parte, se halla conformada por órganos no representativos, por cuanto no son creados mediante mecanismos de democracia directa como la elección popular. El 20 de septiembre de 2008, en el Ecuador, se llevó a cabo el referéndum aprobatorio del proyecto de Constitución que había sido elaborado por la Asamblea Constituyente del 2007⁴⁴, en este mecanismo democrático los ecuatorianos, con su voto, aprobaron el proyecto de Constitución y de forma directa crearon las entidades, los organismos y los órganos de la Administración pública contemplados en la sección orgánica de la propuesta. La teoría constitucional otorga el blindaje a la Constitución y le da el atributo de “dureza” impide que de forma constante se celebren estos mecanismos participativos, por lo que, por ésta única ocasión, en Ecuador, en el 2008 toda la administración pública tiene un origen representativo democrático. A partir de allí la potestad organizatoria faculta a la administración la creación de órganos de la administración, siendo esta la regla general que otorga personalidad jurídica a la administración no representativa.
4. Por la estructura jerárquica, se conforman órganos jerárquicos superiores y órganos ordenados o dependientes. Los órganos jerárquicos superiores se hallan atribuidos de autonomía para

44 Wikipedia: “La Consulta Popular de la Asamblea Constituyente de Ecuador de 2007, más conocida como Consulta Popular 2007, se realizó el 15 de abril de 2007, el cual fue un referéndum para establecer la Asamblea Constituyente, que con facultades plenipotenciarias redactó una nueva Constitución del Ecuador. Los resultados oficiales mostraban a más del 81% de la población a favor...”

https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_aprobatorio_de_Ecuador_de_2007

la formación de su voluntad administrativa. La autonomía no es absoluta, se deberá circunscribir a la planificación nacional y se orienta, como todo el esquema de la administración, a la protección de los derechos del individuo; así como también, articulará su autonomía con la gestión coordinada con otros órganos.

5. Por el ámbito de ejercicio de sus competencias y facultades, los órganos son centrales y descentralizados. La administración pública central y la sede del nivel gubernamental del poder ejecutivo, legislativo y judicial del Estado constitucional, que ejercen sus atribuciones en todo el territorio, provocando sistemas articuladores de gestión está conformado por órganos centrales. Los gobiernos autónomos se hallan compuestos por órganos descentralizados por excelencia, cuyo radio de acción administrativa se deberá una limitación geográfica local.

2.3.3.8.5 Relaciones Jurídicas de Organización: ***Jerarquía***

En el Estado constitucional las relaciones de jerarquía, en sentido estricto, son de orden funcional. La construcción de escalafón, escala y grado administrativo permite el desenvolvimiento operativo de la actividad del organismo. En la Administración pública burocrática, conformada por políticos y por servidores públicos, se atribuyen facultades específicas y capacidad de acción de los organismos y de los servidores públicos: “-el gobernante que crea políticas- y la máquina -la administración gestora que las implemента” (Lara de la Fuente 2017). En esta forma administrativa de gestión se implementa una aplicación de estructuras jerárquicas horizontales, que articulan las atribuciones y competencias de los funcionarios públicos de rango ocupacional similar; y, verticales respecto al establecimiento de relaciones jurídicas de los funcionarios superiores con los subordinados. En esta estructura se delegan las atribuciones de decisión y deliberación a los órganos jerárquicamente superiores, mientras que los subordinados les corresponde la facultad de ejecución y cumplimiento de las actuaciones administrativas. La estructura vertical permite atribuir la potestad de autotutela y las facultades de revisión, revocación y vigilancia a los superiores.

Las actuaciones administrativas de fiscalización y de control son emanadas por todos los componentes de la Administración pública, se asumirá mediante atribución jurídica, tanto al nivel jerárquico como al subordinado.

La imposición de los criterios de orden de jerarquía se desarrollan en el marco de las atribuciones conferidas por el principio de legalidad. Los órdenes, actos o hechos administrativos, deberán reunir los presupuestos jurídicos de validez y de eficacia para provocar efectos jurídicos en los destinatarios. Únicamente en el marco constitucional, y con ajuste al ordenamiento jurídico, se promoverán órdenes administrativas de inexcusable cumplimiento.

En la administración pública adhocrática⁴⁵ (Mintzberg and McHugh 1985) no se configuran órganos ni servidores públicos que ejerzan jefaturas de superioridad jerárquica, toda la organización operacional se desarrolla en un ambiente de gestión, en donde todos se hallan en el mismo nivel. Los órganos adhocráticos establecen políticas flexibles de dirección (Hampton 1989), que procuran la responsabilidad de todos los funcionarios que integran el órgano, provocando relaciones democráticas, igualitarias y participativas.

El principio de legalidad confiere a todos los funcionarios, en el sistema adhocrático, similares atribuciones jurídicas, suficientes para conformar de forma dinámica equipos cohesionados de trabajo. En un organismo administrativo, los servidores públicos presentan perfiles científicos y técnicos multidisciplinarios, son expertos en el área de su especialidad. A la conformación multi diversa de funcionarios públicos, se le confiere, de forma general, similares atribuciones y capacidades de actuación de derecho público.

La administración pública adhocrática desarrolla planes y programas que requieren conformación de equipos ad hoc, según las necesidades institucionales lo requieran, la conformación de los equipos de trabajo se produce sin formalismos jurídicos. La participación del ciudadano, y su

45 “*Adhocracy*” es el término inglés introducido en las innovadoras estrategias de gestión. “adhocracia y adhocrática” son vocablos producto de la traducción al castellano.

inclusión en mesas temática de trabajo se facilita en una forma adhocrática de la administración pública.

Las actuaciones de decisión son descentralizadas, realizadas en entornos dinámicos de trabajo y responden a la expresión de la voluntad de la administración pública.

La implementación de tecnología en el órgano administrativo, propone niveles de “sofisticación y automatización” (Morton and Hu 2008). La administración emana actuaciones administrativas electrónicas en las páginas web. Un certificado de pasado judicial se lo obtiene desde una página oficial de la administración en sede electrónica, ubicada en un sitio web⁴⁶. La esquematización adhocrática permite una renovación de la gestión administrativa; se ratifica los principios de coherencia, razonabilidad y oportunidad en las actuaciones administrativas.

La conversión de la administración pública burocrática, que abunda en formalismos que impiden la plenitud del principio de eficiencia, hacia la formación de “adhocracia local del Estado, al usar los aparatos de mantenimiento de la estabilidad de China, como un caso”(Chen 2019), ha permitido la formación de ejercicios organizativos flexibles, informales y oportunos que han desarrollado políticas públicas de tutela de derechos en contextos nacionales, menos institucionalizados.

El Derecho Administrativo, como organización jurídica de la administración pública, requiere un fuerte cambio de dirección, hacia la juridicidad constitucional, más allá de la estricta legalidad. La actuación de funcionarios públicos, con atribuciones genéricas, en sede administrativa electrónica, debilitan el positivismo jurídico. El activismo de la administración pública en el paradigma constitucional, requiere de una cobertura garantista que procura la inmediata gestión, se valora la consecución del objetivo planificado más que el diseño jurídico del procedimiento formal de actuación.

46 España:

<https://sede.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Sede/es/tramites/certificado-antecedentes>

Ecuador:

<http://www.mdi.gob.ec/gestorcertificados/antecedentes/>

Coordinación

La consolidación de la Administración pública en la procura de un solo objetivo nacional: respetar y hacer respetar los derechos de las personas, requiere la articulación y coordinación de entidades, organismos y órganos administrativos.

La atribución de la potestad organizadora y la formulación de una planificación nacional contemplan la inserción de formas administrativas de derecho público en la gestión del gobierno central y en las entidades autónomas, que habrán de evitar la duplicidad de entidades que promuevan idéntica promoción.

La planificación nacional, la delimitación de objetivos en la administración pública; la configuración de la misión y visión de cada una de las formas administrativas, permiten por el principio de juridicidad, la atribución de facultades jurídicas a las instituciones públicas; razón por la cual la coordinación y dirección del aparato administrativo se enfocará a la verificación del cumplimiento, es decir, al gobierno por resultados.

“En Colombia la Constitución de 1991 buscó implementar en el Estado un sistema de evaluación que midiera los resultados de sus políticas y proyectos. Por ello creó el sistema nacional de gestión y resultados, este sistema a cargo del Departamento Nacional de Planeación, -dependencia directa de la Presidencia de la República-, gestiona el manejo de la información relacionada con la agenda de evaluación, el seguimiento al Plan Nacional de Desarrollo y el afianzamiento de la cultura de gestión pública por resultados”

(Peñaloza-Vassallo, Gutiérrez-Aguado, and Prado-Fernández 2017)

La coordinación, no se agota únicamente con la tarea de eludir la duplicidad de atribuciones en la administración, sino que principalmente pretende que todos los entes administrativos, órganos y organismos públicos, en ejercicio de sus atribuciones y facultades concedidas por el principio de juridicidad, orienten su actividad de gobierno hacia la consecución de los objetivos nacionales programáticos; de tal suerte que el resultado conseguido provocará efectos jurídicos que significarán, la permanencia de la entidad y la confirmación de su razón esencial de creación;

o la concesión de facultades jurídicas expeditas, si fuera el caso que las necesitara para alcanzar el presupuesto planificado; o bien podría acarrear la eliminación de la administración.

El resultado de la actividad administrativa es el instrumento de evaluación de la gestión

Cooperación

La cooperación es un concepto jurídico indeterminado que no admite graduación. Se podrá verificar en la gestión pública de la administración, o se demostrará su inexistencia. En consecuencia, todos quienes integran la administración pública asumirán las facultades atribuidas por el principio de juridicidad, con un franco ejercicio de cooperación.

La cooperación ha de significar el auxilio institucional recíproco. Procura diseñar la planificación nacional promoviendo la gestión operacional de todos los entes administrativos, a fin de que todos y cada uno de ellos, puedan conseguir los objetivos institucionales que han preveído; y de forma simultánea coadyuven al cumplimiento de los objetivos de otras instituciones administrativas de derecho público.

Los objetivos de la administración pública, establecidos desde la planificación nacional, son de carácter operativo y estratégico. La entidad administrativa cumplirá los objetivos que hubieran sido diseñados por la propia administración, que atribuida en ejercicio de la facultad discrecional, orientan su gestión. Cada una de las entidades públicas cuenta con objetivos propios, entre los cuales se sumará la posibilidad de apoyar la ejecución y cumplimiento de los objetivos de otras administraciones del Estado. A todo ello se sumará la gestión de la Administración Pública, considerada un todo organizativo, persiguiendo una planificación nacional que plantea la consecución del interés general.

La cooperación implica “la posibilidad de compartir riesgos y costes y eliminará alguno de los frenos habituales para emprender un esfuerzo innovador” (Méndez and Méndez 2016) El Derecho Administrativo es el sistema que regula las relaciones jurídicas coordinadas de los entes administrativos al servicio del interés común. Desde la planificación se

programa la funcionalidad del Estado, las atribuciones jurídicas se otorgarán privilegiando el desempeño operacional y la gestión; implicará la consecución colectiva de los objetivos institucionales. La tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos es una meta política a la que el Estado propenderá abarcar con todos los entes administrativos. Sin distinción, toda institución de la administración pública deberá lograr el objetivo nacional, compartiendo escenarios técnicos de acción, con la utilización de un presupuesto económico nacional. Si una entidad pública fracasa, es el Estado el que fracasa.

La cooperación permite alcanzar el derecho ciudadano a la buena administración, entendiéndola como el agrupamiento de las instituciones que conforman la Administración Pública que alcanzan los objetivos planificados en la procura de la satisfacción del interés general. La cooperación permite visualizar el principio de buena fe y lealtad institucional entre entidades del sector público.

De forma frecuente se presenta, en el ejercicio de las potestades administrativas, la celebración de convenios de cooperación entre entidades públicas. Para el Derecho Administrativo, la convención no supone una fuente formal de generación de facultades; el convenio no puede atribuir a las entidades administrativas obligaciones positivas o de abstención. El convenio únicamente permitirá compartir escenarios, reducir riesgos y optimizar la distribución de los recursos presupuestarios para el desarrollo del trabajo, en el que cada una de las entidades administrativas ejerza sus facultades que le hubieran sido atribuidas por la Constitución y la ley. El convenio por excelencia es el contrato social que otorga la “noción verdadera de lazo social que es capaz de unir a los hombres, y a su vez, una unión semejante solo es posible en una sociedad política”(Alvaro 2017) El contrato social permitió ceder al individuo parte de su libertad al Estado, a fin de que éste persiga el interés general. El pacto social es el hecho generador de las facultades inherentes de la administración pública.

Control

Las atribuciones y facultades de la administración pública son conferidas por el principio de legalidad; no obstante, la dinámica de cumplimiento de todo el acervo de atribuciones, requiere ejercicios de control, a fin de verificar si la entidad administrativa desenvuelve su gestión hacia la tutela de los derechos de las personas.

Si la administración pública se aparta del cumplimiento de sus facultades legales y constitucionales, no sólo produce una desviación de su gestión administrativa, incluso provoca que las demás instituciones que conforman la Administración pública extravíen su gestión. El incumplimiento de una entidad en particular, provoca el detrimento del sistema administrativo general, por las funciones estructuradas y articuladas.

El control es necesario para establecer el nivel de gestión de la entidad administrativa y evaluar el sistema de gobierno en su total amplitud. El incumplimiento y la no observancia de las atribuciones trascienden más allá de la gestión de la administración pública, promueve el fracaso de las entidades administrativas y pone en riesgo la democracia del Estado constitucional.

El desapego de las entidades administrativas a sus atribuciones legalmente conferidas, provoca corrupción, “dicho flagelo genera una gran inestabilidad institucional y una fuerte desconfianza de los ciudadanos que termina socavando el ejercicio mismo del poder estatal por parte de la autoridad pública”(Buteler 2018)

El control en la administración pública se realiza en varios ámbitos de su desenvolvimiento. Un ejercicio de control administrativo surge como resultado del establecimiento de los niveles de jerarquía en una entidad burocrática. La autoridad administrativa jerárquica superior ejerce atribuciones de control sobre sus subordinados. Incluso el superior estará atribuido de las potestades jurídicas suficientes que le permitan resolver los recursos, que como resultado de la interposición de medios impugnatorios le correspondiera conocer. La inserción de sistemas de impugnación de los actos administrativos, en sede administrativa y judicial, como derecho de los ciudadanos, promueve acciones de control en la administración pública.

En una entidad adhocrática, por la desaparición de los niveles de jerarquía, es atribuido al propio organismo colegiado de la administración pública, en el que el componente multidisciplinar buscará la eliminación de errores en la aplicación de facultades.

La participación ciudadana en la Administración pública busca la incorporación de una auditoría social, en la que el control se ejerce desde el seno administrativo. El mayor ejercicio de control pretende la verificación del cumplimiento del objetivo de las instituciones del estado, que no es otro que la tutela efectiva de los derechos de las personas. El controlador mas idóneo es el destinatario del servicio. Solo el ciudadano podrá determinar la satisfacción de sus necesidades y la vigencia del sistema de protección de derechos.

El control es un ejercicio interno de la administración; actividad que no impide que otras entidades de la administración pública ejerzan controles inter institucionales. En el Estado nacional el control es una tarea primigenia por excelencia, la tutela efectiva de los derechos requiere comprobación habitual, los procesos de gestión administrativa requieren eficientes sistemas de control. La Convención Interamericana Contra la Corrupción dispone la creación de órganos de control y la implantación de sistemas adecuados para el control de ingresos”(OEA 2009)

En el Estado constitucional, desde la norma suprema fundacional se prevé la conformación de entidades administrativas de control, cuya misión es la adecuación de las formas administrativas hacia la protección de los derechos humanos de los ciudadanos.

La diversidad de ámbitos sociales en las que incursiona la Administración Pública, presenta un multidiverso sistema de facultades y atribuciones jurídicas que conforman el Derecho Administrativo, por lo que el control también se desarrolla en espacios técnicos diversos.

El control de legalidad, en sede administrativa y en sede jurisdiccional, resultan imprescindibles para la corrección de la actividad de la administración pública. El sistema recursal se orienta a la garantía de los derechos de las personas, objetivo compartido con el ejercicio de las facultades de la administración pública.

El control de gestión de la actividad de la administración pública se produce en varias fases del ejercicio administrativo, por lo que se presentarán momentos de control previo, concurrente y posterior.

La Administración pública persigue como finalidad la garantía de la libertad de las personas y la consecución de los intereses generales. Para ubicar la gestión de la Administración pública, desde el principio de legalidad y juridicidad se le atribuyen las potestades y facultades que delimitan su quehacer jurídico administrativo. El Estado constitucional de derechos exige que el rol fundamental del Estado se halle al servicio de la tutela efectiva de los derechos de las personas. La calificación de “efectiva” obliga a que no solo el ordenamiento jurídico dibuje el escenario de actuación de la Administración y que le atribuya potestades, sino que la propia Administración se asegure de la consecución de los fines para los cuales fue creada. La efectividad radica en la demostración material de la consecución de los fines y propósitos con la menor inversión de recursos de toda índole.

Se exige a la Administración pública una constante revisión de sus actuaciones, que son susceptibles de medición para la obtención de indicadores cuantitativos y cualitativos, La gestión por resultados de la Administración pública ha transformado la dinámica de su actividad, puesto que se halla fiscalizada conforme al real impacto e incidencia que tiene en la sociedad. Estas mediciones provocan que las administraciones públicas surjan según la necesidad de la colectividad y que, en función de las mediciones, éstas sigan brindando el servicio para el cual conceptualmente fueron creadas, o bien sean modificadas, adscritas a otras entidades o extinguidas, si no cumplen con el propósito jurídico de origen.

La actividad pública es susceptible de mediciones a fin de llegar a la real convicción de que la Administración, en el Estado Constitucional, cumple el objetivo del Estado que promovió su existencia. Es un imperativo jurídico la inserción de herramientas técnicas como la planificación, la delimitación de la misión, visión y la asignación de recursos para el aseguramiento de sus objetivos.

La organización de la Administración pública puede estudiarse desde muchos puntos de vista del saber: desde la metodología del *management*,

desde la teoría de la gobernanza, desde la ciencia de la Administración o desde el Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo no puede agotarse a la organización administrativa desde el punto de vista jurídico, porque el Estado Constitucional no solo se contrae a las normas, sino que presenta un abanico de posibilidades insertas en el ordenamiento, verbi gracia la planificación de las Entidades públicas, la estructura y diseño de objetivos, la conformación de los presupuestos económicos, la gobernanza de las Empresas públicas, todos ellos incorporados a la juridicidad.

Desde que una Entidad Administrativa pública adquiere personalidad jurídica atribuida por el ordenamiento jurídico, ya se halla provista de una misión, visión y de una estructura de presupuesto necesarios para su ejercicio.

La misión contenida en la norma jurídica creacional, describe la esencia misma de la entidad administrativa, su razón de ser; en este apartado se hallarán explicadas suficientemente las características de la naturaleza misma de la Administración y se encontrarán delimitadas las potestades regladas y discrecionales de las cuales se halla provista. El principio de legalidad aporta los procedimientos para la toma de decisiones, implementa la motivación como requisito esencial de validez de los actos administrativos, delimita la actividad de la administración, vigila el respeto del debido proceso como derecho fundamental del ciudadano administrado, e inserta los mecanismos en que se produzca la participación de los ciudadanos.

La visión de la Administración pública permitirá plantear las metas institucionales, se trazan los objetivos que se deben alcanzar, se describen los derechos y las libertades que se van a garantizar dentro de un periodo de tiempo determinado. Una de las señales de identificación de cumplimiento a los objetivos con el tiempo, puesto que los resultados, para una planificación de éxito, merecen ocurrir en un plano temporal específico; caso contrario la medición no podría poner en evidencia los principios de efectividad y eficiencia.

El presupuesto de provisión económica de la Administración pública se convierte en el factor jurídico de mayor sensibilidad, puesto que la con-

secución de los fines del Estado requiere una estructura contable de activos, pasivos y patrimonio, dentro de un periodo económico determinado.

El Derecho Administrativo y la técnica jurídica evitarán la formación de duplicidades de funciones en las administraciones. La intención creadora de Entidades administrativas públicas no siempre ha estado animada por la detección de un servicio a los intereses generales que sea necesario proveer, sino que se ha encontrado en la apuesta política de quien haya asumido la representación del poder Ejecutivo. Se ha buscado de propósito la implementación de planes políticos en la gestión de las Administraciones públicas, llevando en muchos de los casos, a la multiplicidad⁴⁷ de entidades que ofertan el mismo servicio o que de forma simultánea provocan la disminución de la libertad de los individuos, convirtiendo un panorama jurídico administrativo en político ambiguo y de difícil entendimiento para el ciudadano y de serias dificultades técnicas para el ordenamiento jurídico.

El siglo XXI demanda uno de los mayores retos: el rompimiento entre política y técnica, que debe producirse en el fuero interno de la Administración pública. Urge una reducción de estructuras, una profesionalización del servicio público, una clarificación de las competencias, un procedimiento administrativo uniforme y el establecimiento de la material responsabilidad del Estado y de sus servidores frente a los atropellos. Como lo señala Joan Manuel Trayter, la Administración local, la más cercana al ciudadano es una estructura excesivamente pequeña, dotada de pocos medios y excesivamente politizada; mientras que el aparato gubernativo central, lejano al ciudadano es el que se halla provisto de mayor número de burócratas, con mayores medios sin atribución de servicio directo e inmediato al individuo.

Con la finalidad de que las actuaciones administrativas se ajusten al ordenamiento jurídico y a los criterios técnicos de validez, previo a la

47 En el año 2018 en el Ecuador existen 23 ministros de estado y 9 secretarios de estado que dirigen 32 Entidades administrativas principales que conforman la Administración pública central (www.elcomercio.com 17 mayo 2018)

Así también para el 2018, en España, Pedro Sánchez cuenta con 18 Ministros de Estado que conforman el Consejo de Ministros (www.eldiario.es 07 junio 2018)

formación de la expresión material de la Administración se debe someter al control previo, concurrente y posterior.

El ejercicio de las potestades de la administración pública y la consecución de los objetivos institucionales contenidos en la misión y en la visión, requieren financiamiento económico con afectación a los recursos del Estado; razón por la cual, la Administración presenta actividades de control, que han de partir desde la planificación institucional, que con apego a su filosofía institucional, determinará el posible gasto que provoque la consecución de sus objetivos en donde se insertará una escala de prioridad de necesidades a ser atendidas. El control inserto en la planificación pretende seleccionar el gasto y dirigirlo a la satisfacción de requerimientos institucionales prioritarios del sector público.

El control administrativo se ejerce en la ejecución del periodo temporal de asignación de presupuesto; pretende verificar el cumplimiento de todo aquello que fuera planificado. El control posterior verificará si en la administración pública los controles previos y continuos se produjeron.

Únicamente por la implementación de mecanismos eficientes de control la Administración pública conseguirá cumplir el objetivo fundamental de tutela de los derechos de las personas; y, abrirá una confrontación oportuna en contra de acciones corruptas que desvíen los recursos y el poder soberano hacia esferas ilícitas.

El control contra la corrupción ha sido adoptado por los estados constitucionales, mediante la conformación de entidades especializadas. El Estado Boliviano creó el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha Contra la Corrupción;⁴⁸ en España se creó la Fiscalía Especial⁴⁹ para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción; en Colombia aparece la Contraloría General de la República⁵⁰; para el Ecuador existe el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social⁵¹;

48 Ley número 004 Lucha Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito del 31 de marzo de 2010

49 Ley 10 de 1995

50 Constitución de la República de Colombia, artículo 119

51 Constitución de la República del Ecuador, artículo 207

en Honduras el Consejo Nacional Anticorrupción⁵²; en Estados Unidos de Norteamérica existe la Oficina de Responsabilidad Gubernamental⁵³ (US Government Accountability Office -GAO- según sus siglas en Inglés)

2.3.3.9 Autotutela Administrativa

2.3.3.9.1 La Potestad Fiscalizadora

El profundo interés de materializar la libertad del individuo, en el Estado Constitucional de derechos, requiere de la institucionalización administrativa en diversos espacios, que cada vez ocupan sitios que las necesidades reclaman. En el Estado Constitucional, la Administración Pública es inagotable y se renueva de forma constante, que cobijada con el principio de legitimidad, procura que cada uno de los actos administrativos que se generan, persigan el ideal con el que se determinaron sus atribuciones, bien desde el ordenamiento jurídico, o desde la planificación organizadora.

El Estado constitucional, que presenta la garantía de los derechos de las personas como su prioridad, necesita asumir el rol de Estado vigilante (Sánchez and Ramírez Sánchez 2017) Una nueva atribución es imprescindible en el panorama de gestión del Estado. La consecución de los fines de las entidades de la Administración pública y su desenvolvimiento en el escenario del ordenamiento jurídico, requiere supervisión, control y evaluación. El Estado incorpora a su catálogo de facultades y atribuciones jurídico-administrativas a la potestad contralora como una herramienta que permite subsumir el comportamiento y gestión de la entidad administrativa a la facultad que el principio de legalidad le confirió.

La Administración se sustenta en el principio de evaluación, que permite desarrollar los instrumentos jurídicos que ponen de manifiesto el desarrollo de la gestión desde la planificación, desarrollo, ejecución y verificación de resultados institucionales.

52 Decreto 7-2005

53 www.gao.gov

El derecho administrativo reclama una gran presencia de Instituciones públicas para asegurar los fines programáticos contemplados en el paradigma constitucional. Las entidades públicas se presentan con potestades y atributos conferidos por el ordenamiento jurídico que, si bien persiguen tutelar derechos, no es menos cierto que también regula la conducta y somete al ciudadano.

Al haber nacido del ordenamiento jurídico las atribuciones de la Administración pública se presumen legales y legítimas. La noción del Estado liberal ubicó al poder en manos del pueblo soberano, que representado por la función democrática de participación directa, el poder Legislativo, traducía la voluntad popular en ley; en consecuencia, de forma ulterior el Estado era el delegatario de la voluntad, por atribución legal.

Las potestades atribuidas que conforman al Estado presentan el surgimiento del Derecho Administrativo que incluso es capaz de regular actuaciones administrativas únicas, que no se hallan presentes en otras áreas del Derecho. La potestad de autotutela de la Administración pública le permite realizar una evaluación y control de las potestades y atribuciones en la propia entidad en la que se ha suscitado la contradicción, sin la necesidad de acudir a un tercero imparcial que resuelva el conflicto. La potestad de autotutela permite marcar una profunda diferencia entre el Derecho privado y el Derecho Público, en tanto que en el Derecho Privado los individuos deberán acudir ante un Juez para que resuelva la disputa, mientras que la Institución administrativa podría evaluar y corregirse a sí misma y resolver el problema.

“La autotutela administrativa en ese momento, principios del siglo XIX tenía sentido en el modelo de Estado que se estaba alumbrando, y por ello se consideraba al derecho administrativo esencialmente exorbitante, especial, que se distinguía del ordenamiento privado, porque la Administración pública, su principal y único objeto de estudio, aparecía en escena acompañada de un conjunto de fenomenales poderes y potestades”

(Rodríguez-Arana Muñoz 2017)

En el Estado constitucional, la proyección jurídica de la Administración pública halla su centralidad en la dignidad del individuo; el principio de legalidad que facilita atribuciones también contempla la inserción de valores y principios que deberán ser asumidos por las Entidades, insertándose así concepciones más abiertas de los derechos humanos.

La autotutela de la administración resulta especialmente relevante en el Estado constitucional, puesto que no solo buscará adecuar el desarrollo de actividades orientadas a la consecución del interés general, sino que principalmente evaluará el cumplimiento de la tutela efectiva de los derechos de todos los individuos. Se produce un avance de la concepción de autotutela. Ésta no se limita a la evaluación, verificación y resolución de conflictos al interior de la Administración, sino que incluso evaluará el impacto constitucional, el quehacer jerárquico normativo y el cumplimiento de fines organizacionales, sin la intervención de un tercero imparcial.

Los derechos de las personas hacen declinar la actividad del Estado y lo obligan a proteger las prerrogativas inherentes a la dignidad humana, convergencia actitudinal que debe ser evaluada y corregida por la propia entidad administrativa. Las instituciones públicas administrativas deben ofertar y facilitar los medios necesarios para la satisfacción de esos derechos, que a partir de mínimos indispensables habrán de ser desarrollados por así exigirlo el principio de progresividad. Se pone de manifiesta a una estructura estatal administrativa que evoluciona constantemente y que sus facultades y atribuciones van de un grado menor a un mayor conforme se mejora el esquema de protección; y es allí donde la autotutela de la administración requiere emerger de súbito para evaluar y provocar los cambios para tal cometido.

Los derechos humanos de las personas que se hallan constitucionalizados deben tener un acomodo prioritario en las instituciones públicas. Esta inserción, avance y desarrollo debe partir desde la autodepuración interna y orgánica, posible por el principio de autotutela administrativa. La detección de los equívocos en la gestión y el apartamiento de los fines institucionales se logra por la potestad fiscalizadora de la administración, que desde los escenarios de acompañamiento en la gestión y con la in-

roducción de instrumentos técnicos de control, permitirá diagnosticar, evaluar, corregir, sancionar y redireccionar el horizonte conductual de las instituciones del Estado.

La fiscalización no es una potestad invasiva ni sancionatoria por excelencia; por el contrario, presenta la posibilidad de introducir ajustes operacionales que reorientan la gestión de la administración; por medio de ella se conseguirá adecuar el comportamiento de la entidad administrativa al efectivo rol de protección de los derechos. La evaluación fiscalizadora, es sin duda alguna, la potestad que garantiza que las instituciones públicas del Estado constitucional logren la promoción progresiva de las libertades de las personas.

Los actos administrativos entendidos como declaraciones de la voluntad de la Administración, en ejercicio de una potestad pública, previamente atribuida tiene por objetivo natural producir efectos respecto de las situaciones jurídicas de los particulares (García de Enterría, Eduardo & Fernández 2002)

Los actos administrativos, a partir de la notificación son eficaces y “están llamados a producir efectos jurídicos -positivos o negativos- sobre la situación jurídica del destinatario, incorporando dichos efectos en su patrimonio deviniendo en intangibles e inmodificables para la administración pública” (Soto Kloss 1984)

Los actos administrativos revestidos de ejecutividad y ejecutoriedad únicamente han de requerir la notificación o publicidad para ser eficaces. Cumplidos los presupuestos de publicidad, el acto es firme, estable e intangible para el destinatario, permitiéndosele a la Administración volver sobre sus actuaciones por criterios de constitucionalidad, evaluación, oportunidad y para promover la legitimidad mediante la corrección jurídica. La potestad de autotutela permite al Estado evaluar, fiscalizar, corregir y adaptar sus actuaciones al propósito tutelador de derechos del ciudadano.

La potestad de autotutela y los ejercicios fiscalizadores posibilitan que la Administración sancione sus propias actuaciones, pudiendo eliminarlas del ordenamiento jurídico, con lo cual se enerva la intervención que hubiere generado. Esta facultad se halla inserta en la entidad pública

que expresó su voluntad o incluso por es asumida otros organismos⁵⁴ administrativos ajenos a ella, que también fueren revestidos de tal facultad, provocando que el acto objeto de la evaluación sea corregido o invalidado y expulsado.

La norma jurídica nacional ha incorporado el concepto, poco desarrollado, respecto a que los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado⁵⁵; por lo que, conviene revisar la complejidad de su implementación. Si la municipalidad, como forma administrativa de un gobierno autónomo descentralizado, en uso de sus facultades y potestades, dicta una actuación administrativa con la cual se impone la colocación de radares⁵⁶ para medir la velocidad de circulación de los autos en una vía con límite de velocidad, se argumenta el derecho a la vida y a la seguridad vial de los habitantes e implementa un régimen sancionatorio para los contraventores. Este es un ejemplo de un acto administrativo que ubica al organismo en la procura de la tutela del derecho de todas las personas; y, por el poder sancionatorio, impondrá multas de tráfico a quien sea registrado rompiendo la regla que se la ha impuesto. Podría suceder que, por el principio de autotutela, se proceda a evaluar y a revisar esa actuación por razones de proporcionalidad demanda por los habitantes locales. Si se revoca el acto administrativo, dejará de producir efectos futuros a los conductores de vehículos, no existirá control; no obstante, aquellos que fueron sancionados conservarán el castigo, porque las sanciones que fueron impuestos constituyen actos ejecutados y firmes. En este caso, la activación de la potestad de autotutela provoca una expulsión del acto evaluado pero hace falta la discusión respecto a si la revocatoria afecta o no la progresividad del derecho constitucional tutelado.

54 En España la potestad fiscalizadora la ejerce el Tribunal de Cuentas conforme lo determina el artículo 136 de la Constitución española; mientras que en el Ecuador, lo ejerce la Contraloría General del estado por así ordenarlo la Constitución del Ecuador en el artículo 211.

55 Ley 19.880 artículo 61 - España

56 En el Cantón San Pedro de Huaca – Ecuador, una acción de protección logró eliminar los radares y multas (<http://www.lanaciontv.ec/index.php/carchi/san-pedro-de-huaca/item/1726-accion-de-proteccion-logro-eliminar-fotorradares-y-multas-en-san-pedro-de-huaca>)

La potestad de autotutela ejercida por el órgano de la administración, supone un ejercicio de evaluación que determinará la existencia las atribuciones suficientes para provocar la expresión jurídica de la actuación, determinará la oportunidad y la necesidad de la implementación, observará el impacto provocado en el destinatario y de forma primordial asegura que la entidad administrativa garantice los derechos de la persona. El caso propuesto podría acumularse de variables fácticas, jurídicas y constitucionales que problematicen el razonamiento e impidan obtener una pronta solución.

Se encuentran en colisión argumentos de valor jurídico y constitucional. Por una parte, la actuación de la administración persigue la defensa de los derechos e implementa dispositivos tecnológicos de control; y por otra parte, recibe la exigencia popular del conglomerado social que busca la desaparición del acto administrativo, que al ser legítimo, su mantenimiento y vigencia es parte de la seguridad jurídica.

La revocatoria del acto administrativo consagra una atribución de todas las entidades públicas que les permitirá revocar sus actuaciones; la doctrina y la norma jurídica introducen un límite a este ejercicio revocatorio si se enfrenta un acto constitutivo o declarativo de derechos, preveyéndose un tratamiento diferenciado. El dilema jurídico en el estado constitucional, está en que todos los actos de la administración pública, por el paradigma en que se desarrollan, son declarativos de derechos y han sido dictados bajo la premisa de garantía.

Como se aprecia, la potestad de autotutela y el ejercicio revocador de las actuaciones del Estado, lleva consigo desajustes y discusiones jurídico-constitucionales, enmarcadas por la persecución del interés general. Si bien la potestad discrecional conferida por el legislador, le permite a la Administración crear su propio reglamento y ordenamiento, a los cuales se adecuan sus actuaciones, resulta ser cada vez más creciente y abundante, obliga a pensar que la administración requiere de manera imprescindible la posibilidad de evaluar y corregir sus expresiones, consagrando así el principio de evaluación.

2.3.3.9.2 Evaluación Pública de Gestión

Uno de los principios que gobierna a la Administración pública es la evaluación conforme se estudia en la obra “Evaluación de control interno y gestión del riesgo aplicando el Informe Coso i, ii, iii; en los procesos administrativos y financieros de las entidades públicas” (Alarcón Espinosa and Torres Paredes 2017c). La evaluación permite la corrección de sus actuaciones a fin de encaminar su gestión al propósito constitucional. Como todo principio, la evaluación es un mandato de optimización, que ha de ser cumplido de forma imperativa en las instituciones del Estado, más aún cuando su fundamentación es la norma constitucional y su ejecución ha de provocar una transformación en la realidad jurídica en que se desenvuelve, cambio que se orientará en el mejoramiento constante y continuo del servicio de protección de libertad del ciudadano.

La evaluación es una actuación administrativa, desarrollada por los organismos del Estado, y como tal, se cobija por los principios de legalidad, juridicidad y oportunidad. No obstante, la introducción del constitucionalismo en la Administración Pública requiere que la evaluación sea incluyente y con participación directa de los actores que son los destinatarios de la actividad de gobierno. No se trata únicamente de revisiones jurídicas y técnicas de control en la planificación y cumplimiento de sus esquemas reglamentarios y procedimentales, sino que de forma primordial se procura constatar el fin mismo de atención al rol de tutela.

Particular atención merece, en el Estado Constitucional, el Derecho Administrativo en donde resulta ser altamente relevante la participación ciudadana, así lo estableció la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 07 de febrero de 1984 “*el interés general debe definirse con participación social*” superándose las versiones obsoletas y arbitrarias de interés general, y se propone un modelo de actuación participativa del ciudadano. En el Estado Constitucional es preciso convocar y recibir la profunda participación de la persona que reclama más espacios de intervención. Es la evaluación de la administración el espacio idóneo en que el conglomerado social intervendrá con toda la vitalidad, a fin de promover el cambio de horizonte operacional. Es la acción de evaluación participativa a la que ha de denominarse Evaluación Pública de Gestión.

2.3.3.9.3 Evaluación Pública y Buen Vivir

El más alto deber de un Estado está en respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados por la Constitución⁵⁷ razón por la cual se fusionan los derechos, la política y la gestión administrativa.

La estructura política organizativa de un Estado tiene como propósito la formación de un nuevo modelo de convivencia. La introducción del paradigma del constitucionalismo no es un avance en la concepción del mundo jurídico, es una verdadera transformación dogmática del Estado para hacer realidad el cambio de la forma comunitaria de vida de la persona; los derechos humanos y de la naturaleza se convierten en el objetivo y la misión que ha de alcanzar el aparato gubernativo.

La relación individuo, libertad y poder ejecutivo el Estado no solo promueve el establecimiento de los límites de la actuación del Estado, con el fin de prevenir abusos, sino que se implementan garantías y procedimientos para restricción del poder.

“Las garantías y los procedimientos formales son precisamente los que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra los individuos y los grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto; se revelan pues, como instituciones de la libertad, que tienen poco que ver con el formalismo o incluso el positivismo. La supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y prepositivo superior, ya sea este el de la “religión verdadera”, el de la “comunidad popular de los miembros de la misma especie” o el del proletariado”

(Böckenförde and De Agapito 2000)

57 Constitución del Ecuador. Artículo 11. Número 9 “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”

El Estado constitucional resguarda el cumplimiento de los derechos mediante la introducción de principios y garantías que aseguran el cumplimiento de la ley, el reconocimiento absoluto de los derechos de las personas y el control para evitar la producción de sistemas arbitrarios. El inicio de la transformación del Estado radica en la implementación de mecanismos y garantías que eviten la vulneración de derechos de la persona por parte del Estado .

“El sistema de garantías que hoy en día tiene un valor supremo en el Estado Constitucional, tiene antecedentes que se remontan al siglo XIX. En un primer momento, en el periodo decimonónico, se generó dentro del Estado de derecho un sistema de garantías diseñado para tutelar los derechos individuales y la libertad. Este sistema se sustentaba en el principio de legalidad y en el hábeas corpus”

(Carvajal Martínez 2017)

Las garantías que controlan el poder del Estado no agotan la intención constitucional. El Estado supera la abstención y se convierte en un agente de promoción de derechos, que se han de convertir en contenido político, programático y de gestión. No solo se busca el control del Estado, sino que intencionalmente se propende al involucramiento de la Administración en el aseguramiento de las libertades de las personas.

El principio de legalidad, que en el inicio se hallaba vinculado de forma exclusiva con el derecho positivo, se traslada al ámbito de protección de los derechos y pasa a ser un elemento constitutivo del Estado, que no solo proveerá controles y límites al poder que emana el Estado, sino que permitirá orientar ese poder al garantismo.

El Estado constitucional encuentra la validez de sus actuaciones, no solo en el adecuado desarrollo del comportamiento procedimental; sino que su actividad fruto del principio de juridicidad, además contará con los principios sustanciales señalados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos otorgándose un nuevo sentido al Derecho Administrativo.

“En efecto, el sistema de normas sobre la producción de normas -habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional-, no se compone solo de normas formales sobre la competencia y sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales con el principio de igualdad y los principios fundamentales que de modo diverso limitan y vincula el poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos . Así, una norma -por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad- por más que tenga una existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación, por contraste con una norma sustancial sobre su producción”

(Ferrajoli 1999)

El principio de legalidad presentará la combinación de vínculos jurídicos formales y sustanciales del positivismo jurídico con el derecho de los derechos humanos. Se obtiene así un conjunto de potestades concentradas en la Administración pública en las que se ubica a los derechos humanos y al sistema de garantías como ejes constitucionales centrales de su actuación.

Los derechos de las personas y el garantismo no solo son limitantes del Poder del Estado sino que adecuan las actuaciones.

“Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos de la disponibilidad del mercado y de la política, forman parte de lo indecible y de lo indecible que no; y actúan como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones”

La participación ciudadana y la evaluación pública de las actuaciones de los organismos, tienen como función verificar el comportamiento de los entes gubernativos frente a la exigibilidad de los derechos de las personas. En consecuencia, la evaluación constatará que el Estado no se haya involucrado con actuaciones u omisiones de lo no decidible, se vigilará la inserción de la gestión en los principios y valores constitucionales y se asegurará la tutela de la libertad, que coadyuve a construir una sociedad con una nueva forma de vida.

2.3.3.10 La Potestad Sancionadora

La potestad sancionadora de las entidades de la administración pública constituyen una respuesta, que el ordenamiento jurídico brinda para asegurar el adecuado desarrollo de la actividad pública. Producto de esta potestad, por reserva de ley, se han de construir tipos administrativos y se configuran las sanciones hacia los infractores; se suman así al concierto de tipos penales previstos en el ordenamiento jurídico. La diferencia de ámbito del Derecho, penal o administrativo, se centra en una no limitada frontera; así la falsedad, las coacciones, los conciertos para delinquir, producen colisiones normativas, puesto que al Estado le corresponde el ejercicio de las facultades sancionatorias penales o administrativas.

La potestad sancionatoria, corresponde al resultado de la dinámica operacional de la Administración pública. Inicia con el diseño de una política pública, que ha de transformarse en norma jurídica creadora de la institución pública, además ha de conferir sus atribuciones genéricas; y, como resultado de su propia potestad discrecional, establecerá su atribución específica en un reglamento al que se sumarán decretos, circulares y toda manifestación material de la voluntad de la administración. El desenvolvimiento de la actividad administrativa definirá procesos de control, fiscalización y finalmente determinará un régimen sancionatorio que pretende dotar de eficacia a la regulación.

“El auge del derecho sancionatorio de la administración es consistente con el proceso de materialización o desformalización del derecho que ya observaba Max Webber”(van Weezel and van Weezel 2017) La diversidad de ámbitos públicos en los que incursionan las entidades administrativas del Estado y la procura de la tutela de los derechos de los ciudadanos, implica que el legislador experimente un crecimiento exponencial de necesidades regulatorias, ciertamente imposible de cubrir. Frente a ello, la ley se vuelve indeterminada y genérica. Vuelca su atención al establecimiento de los fines institucionales, para que los contextos sociales metamórficos, sean atendidos en territorio por las entidades administrativas, a quienes les corresponde concretar la ley.

Como consecuencia de este fenómeno jurídico, se torna necesario la implementación de mecanismos de control específico, contenidos en

normas infra legales, que han de asegurar la consecución de objetivos planificados. Surge una administración pública en un amplio panorama regulatorio, dejando para la norma constitucional y legal el diseño de normas sancionatorias procedimentales y no sustantivas.

El derecho penal es en esencia retrospectivo, y de forma excepcional preventivo, se orienta a castigar la culpabilidad del infractor; mientras que, el régimen sancionador es prospectivo, se orienta hacia el buen funcionamiento de la entidad y en consecuencia propende una buena administración.

La configuración de la potestad sancionadora de la administración, implica que sobre los servidores públicos y ciudadanos, impera la necesidad de conocer el tipo administrativo y todos los presupuestos jurídicos de la imputación. Para la administración pública no se contempla la defensa de caso fortuito o fuerza mayor, de particular estimación en derecho penal. El reproche sancionador administrativo conlleva a la determinación de mal ciudadano.

La administración pública supone que el conocimiento de las conductas castigadas. Varias sentencias⁵⁸ han defendido la postura del deber del ciudadano de conocer la norma reglamentaria.

El derecho sancionatorio administrativo opera en términos generales. Aplica sanciones idénticas a tipos, aparentemente diversos, un ejemplo de ello es la aplicación de multas por cualquier infracción. Resulta indudable que el derecho administrativo, con su régimen sancionador cubre un espectro regulatorio mucho más amplio que el derecho penal.

El ejercicio de la potestad sancionadora, en ciertos casos, supone tensión con la garantía que consagra el *nom bis in idem*. Por la insuficiente delimitación de los ámbitos penales, administrativos y civiles; las conductas castigadas generan sanciones contempladas en todo el ordenamiento jurídico. Un examen de control administrativo podrá determinar de forma simultánea, responsabilidades genéricas. La determinación

58 Chile: STC Rol No. 2154 (2012), Cons. 49. Las sentencias rechazan el argumento basado en el deber de conocer. Consagra una garantía destinada a proteger a las personas del ejercicio despótico del poder punitivo del Estado.

de responsabilidad, implica que el infractor sea imputado con sanciones civiles, imposición y cobro de títulos de crédito; administrativas como generación de multas; y, penales con penas privativas de la libertad. La garantía de no ser juzgado más de una vez por la misma causa, podría verse afectada por el desdoblamiento de sanciones frente a la adecuación de la conducta a un tipo administrativo.

La imposición de multas, como castigo administrativo, presenta a las entidades de derecho público la posibilidad de incorporar importantes recursos económicos a su haber presupuestario. En consecuencia, el régimen sancionatorio administrativo representa un apoyo a la economía institucional, que difiere ampliamente del sistema punitivo penal, que genera altísimos costes para el Estado.

No obstante la diferenciación económica del sistema sancionador administrativo del sistema penal, no puede negarse que corresponden a manifestaciones del *ius punendi* propio del Estado. Un régimen sancionador, sea cual fuere su naturaleza, debe garantizar que el imputado pueda ofertar los medios de defensa idóneos e incluso pueda impugnar la resolución una vez que sea dictaminada. Como se ha dicho, el legislador establecerá un presupuesto mínimo de debido proceso que debe ser observado. En sede administrativa el procedimiento sancionador no incorpora el mismo estándar defensorial y probatorio que existe en el derecho penal, y de así intentarlo, sería un error. La expresión de la voluntad de la administración en un acto sancionador, no requiere de la interposición de la voluntad del administrado, la eficacia radica en la notificación, sin embargo de lo cual la administración pública ofertará un sistema mínimo de defensa racional que esté a la altura de la imparcialidad y la justicia.

Si se retoma la función primordial del Estado orientada a la satisfacción de los intereses generales, el régimen sancionador deberá adecuarse a tal propósito. Supone una configuración jurídica innovadora, por medio de la cual el régimen sancionatorio administrativo gira hacia un horizonte jurídico que difiere del derecho penal. La vocación sancionadora de la administración pública, pretende *prima facie*, la consecución de los fines institucionales y se apoya en el principio de necesidad, distanciándose de la innecesaria observancia de las garantías penales. Para la adminis-

tración pública, el cumplimiento de la tutela efectiva de los derechos de las personas es el objetivo fundamental, por lo que las sanciones no son su esencia. La búsqueda de la eficacia en su gestión, no contempla el desarrollo de un aparato sancionador administrativo, sino que halla su concreción en la finalidad ulterior.

2.4 Interpretación de las Potestades Inherentes y Principio de Legalidad

La actividad e inactividad de la administración pública es delimitada por el principio de legalidad, también susceptible de interpretación por la transición de producción abstracta a un accionamiento material. La interpretación de la norma, que atribuida por el principio de legalidad, gobierna la administración pública habrá de utilizar los métodos de interpretación, a saber: reglas de solución de antinomias, principio de proporcionalidad, interpretación evolutiva o dinámica, interpretación sistemática, interpretación teleológica, interpretación literal o cualquier otro método. Se busca de propósito alcanzar la aplicación material de la norma y el ejercicio de las potestades de la Administración de la manera que más favorezca el ejercicio de las libertades del individuo.

2.4.1 Regla de Solución de Antinomias

En la práctica la Administración Pública podrá evitar a priori la presencia de antinomias que suponen la contradicción de dos normas jurídicas vigentes en el mismo ámbito espacial y temporal. Por ello si se pretende alcanzar la unidad de coherencia, la administración pública podrá usar tres criterios:

- a) Jerárquico, obedece a la máxima, *lex superior derogat inferiori*;
- b) Cronológico, *lex posterior derogat priori*; y,
- c) De especialidad, *lex specialis derogat generali*

(Pérez Royo 2002)

Mediante esta regla, la Administración pública podría apartarse de la norma que por el principio de legalidad le haya atribuido potestades, a fin de someterse en primer lugar a una norma superior. En el año 2016, la Registraduría⁵⁹ de Colombia negó la posibilidad de registro tardío de nacimiento a una adolescente de dieciséis años de edad, por cuanto su pretensión no coincidía con el procedimiento administrativo que el principio de legalidad había propuesto para este caso en particular. La adolescente pretendía que, con información por ella suministrada, más el apoyo de dos testigos presenciales del parto, se asentara la inscripción de su nacimiento y que se procediera a la consignación de la identidad de su madre biológica que la había procreado con padre desconocido. El conflicto plantea el enfrentamiento del principio de legalidad de la Administración pública de Colombia con los derechos fundamentales de la ciudadana. Frente a la negativa de la Registraduría, se interpusieron acciones judiciales planteadas en el Tribunal Administrativo de Antioquia y en el Consejo de Estado, quienes decidieron negar las acciones de tutela argumentando que existen procedimientos ordinarios para la inscripción y para la definición de la situación jurídica. El principio de legalidad había aportado procedimientos que no permitían distinguir entre la filiación de la familia biológica con la familia de crianza; y, al primar la formalidad de los procedimientos administrativos se desconocía la existencia jurídica de la adolescente ante el Estado y con ello se le impedía tener un nombre y otros atributos de la personalidad que se derivan del caso.

“...La situación excepcional, en que se encuentra la menor de edad, a raíz de la prolongada espera para su registro y el abandono que sufrió exigía de la autoridad registral un grado mayor de diligencia...

...La falta de inscripción de la menor de edad en el registro civil de nacimiento conllevó la vulneración de los derechos a la persona-

59 La Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia es una entidad con autonomía, contractual y presupuestal organizada de manera desconcentrada, que tiene a su cargo el registro de la vida civil e identificación de los colombianos y la realización de procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana administrativa, con plenas garantías para los colombianos (<https://www.registraduria.gov.co/>)

lidad jurídica y el nombre y, con ello, la posibilidad de construir su propia identidad...”

(Corte Constitucional de Colombia 2017)

La Corte constitucional de Colombia, mediante sentencia, resuelve el caso y ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil que en el término de cuarenta y ocho horas proceda a la inscripción de la adolescente en el Libro del registro civil de nacimientos, dispone que el Instituto colombiano de Bienestar Familiar brinde la asesoría necesaria a la adolescente sobre los estándares de protección de su familia de crianza, teniendo en cuenta su opinión respecto a la definición jurídica con su familia biológica y de crianza; y se revocan los fallos de tutela dictados.

En este caso, la norma jurídica y el principio de legalidad de la Administración Pública fueron susceptibles de ejercicios de interpretación, que llevados a cabo por el juez, determinarán la existencia de la incertidumbre y proponen ejercicios interpretativos que producirán un ajuste constitucional y evitarán la producción de perjuicios en contra del individuo. Se procede a la solución del problema jurídico subordinando el principio de legalidad de la Administración a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales que tutelan los derechos de las personas promoviendo el criterio de superioridad jerárquica.

2.4.2 Principio de Proporcionalidad

El ejercicio de las potestades de la Administración pública persigue los intereses generales de las personas por sobre el interés particular, de tal suerte que el individuo podría soportar una suerte de restricción de sus facultades por la dinámica del ejercicio estatal. Los Tribunales Constitucionales europeos y la Corte Constitucional de Colombia han utilizado el Principio de Proporcionalidad para sustentar sus decisiones en el estudio de la afectación de los derechos de las personas respecto de actuaciones de las administraciones públicas ajustadas al principio de legalidad.

El Código Orgánico Ambiental (Asamblea Nacional del Ecuador 2017b) en el artículo 318 como infracción administrativa muy grave establece:

“La caza, pesca, captura, recolección, extracción, tenencia, exportación, importación, transporte, movilización, aprovechamiento, manejo, comercialización de especies de vida silvestre, sus partes, elementos constitutivos, productos o sus derivados, de especies migratorias, endémicas o en alguna categoría de amenaza, que no cuenten con autorización administrativa”

Tipificación administrativa que es castigada con “Decomiso de las especies de vida silvestre, nativas, exóticas o invasoras, herramientas, equipos, medios de transporte y demás instrumentos utilizados para cometer la infracción” Serios debates se han presentado respecto a la aplicación del régimen sancionatorio administrativo ambiental, puesto que si bien es una potestad de la Administración pública ambiental el adelantar un procedimiento que impone las sanciones tipificadas, no se halla reglada la medida en que la Administración pública ejerce la potestad sancionadora, lo que ha llevado a que se impongan idénticas resoluciones sancionatorias a quienes cometan la infracción sin considerar los siguientes aspectos relevantes del tipo:

1. No se distingue entre la primigenia acción que produce la intervención a la naturaleza: caza, pesca, recolección y extracción, de la tenencia del producto, que ocurre a posteriori. El supuesto de hecho de la infracción administrativa es confuso.
2. Se iguala, en la producción de efectos jurídicos, la transportación del producto con la extracción y tenencia de él.
3. No se distinguen cantidades de producto extraído de forma ilícita que permitan la graduación de la sanción, es decir el castigo es genérico y se aplicará de forma independiente a la cantidad del producto indebidamente aprovechado, mantenido en custodia o transportado.

Urge la incorporación de un parámetro de proporcionalidad que permite adecuar el ejercicio de la potestad sancionadora con los derechos de las personas.

Carlos Bernal Pulido identifica al principio de proporcionalidad como un concepto jurídico compuesto de tres reglas “que toda interven-

ción estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como intervención constitucionalmente legítima” (Bernal Pulido 2005) Las reglas son los subprincipios de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” (Alexy 1993)

En palabras de Alexy el principio de proporcionalidad consiste en una relación de peso y equilibrio. La inclinación negativa de la balanza, no satisfacción del derecho fundamental debe ser compensada con la intervención estatal.

La introducción del principio de proporcionalidad, en la actividad de la Administración Pública, supone un encuadramiento de la voluntad de la Entidad, en los derechos de las personas. Prevé la disminución de los derechos de las personas en procura de un interés general. Tal ejercicio de limitación busca que la administración pública aporte con actuaciones que contengan decisiones razonables

“cuando no es posible tomar una decisión adecuada, compatible, observando los criterios de racionalidad, el intérprete se ve obligado a adoptar una decisión razonable que represente el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas y sea admisible por la comunidad, entendida como una auditorio ideal” (Atienza 2017)

La aplicación de la sanción es responsabilidad de la Administración, no obstante, también es su responsabilidad la oferta de ejercicios razonables de la potestad. La normativa administrativa ambiental no puede, ni debe, proponer un régimen sancionatorio estándar frente a la multiplicidad de variantes que podría contener el supuesto de hecho; incluso la afectación de los derechos de la naturaleza involucra a toda la comunidad⁶⁰.

La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la

60 WWF “todos somos cómplices del tráfico ilegal de madera” (<http://www.economista.es/materias-primas/noticias/8861992/01/18/WWF-Todos-somos-complices-del-trafico-ilegal-de-madera.html>)

efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos.

(Sentencia 7-425/95 Corte Constitucional de Colombia)

2.4.3 La Ponderación

El origen de la Ponderación surge de las investigaciones de Ronald Workin y Robert Alexy quienes determinan la existencia conjunta de reglas y principios dentro del ordenamiento jurídico. La técnica legislativa construye normas que condicionan la conducta de las personas y de las Entidades Administrativas. Por el principio de legalidad se observa que las normas jurídicas atribuyen facultades a los entes administrativos, de tal suerte que circunscriben su actuación a un supuesto de hecho previamente elaborado. El legislador plantea hipótesis y soluciones que permiten la producción de actuaciones administrativas. Por la inserción del Estado constitucional, la administración pública no solo se somete a las normas jurídicas hipotéticas sino que también se halla gobernada por la Constitución y por los Instrumentos Internacionales de Derechos humanos que son catálogos de principios, denominados según Ferrajoli como normas téticas, por ser normas generales y abstractas que carecen de un supuesto condicional de hecho

Ante al enfrentamiento de normas hipotéticas, las soluciones posibles surgen de las reglas de solución de antinomias; pero ante la colisión de principios no cabe la subsunción, por ser todos ellos del mismo valor, dando origen a la ponderación.

La palabra ponderación proviene de la locución latina “*pondeus*” que significa peso; en este sentido los principios se ponderan porque “están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso” (Bernal Pulido 2005)

El núcleo de la ponderación está dado por la Ley de ponderación que se formula en los siguientes términos: “cuando mayor sea el grado de no

satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor debe ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy 2008)

A su vez el autor divide la ponderación en tres pasos. El primero, destinado a definir el grado de afectación de uno de los principios en colisión. El segundo, orientado a precisar la importancia de satisfacción del otro principio. El tercero, dirigido a justificar la afectación del primero debido a la importancia de la satisfacción del otro.

La actividad de la Administración pública está regida por los principios constitucionales y por los principios generales del derecho, de tal suerte que no resultaría extraño, que las actuaciones de las Entidades administrativas sean susceptibles de ejercicios de ponderación. Al Estado se le ha confiado el deber positivo de respetar y promover los derechos de las personas. Se debe considerar que, por concedérsele personalidad jurídica a la administración, se les atribuye a ellas la posesión de derechos; de tal suerte que se le ha planteado no abusar de ellos. Los principios definen la auto contención de la Administración en el ejercicio de sus facultades. La eficacia constitucional de la Administración pública exige de los sujetos jurídicos, administración y administrados, un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de los demás y e la colectividad.

2.4.4 1 Interpretación Evolutiva o Dinámica

La Administración Pública surge como una Entidad que brinda servicios a la sociedad para garantizar el más alto grado de libertad de las personas, de tal suerte que la oferta de su actividad se halla inminentemente atada al requerimiento ciudadano. La conformación social, dinámica por naturaleza, demanda un diario crecimiento de sus necesidades que se han de satisfacer. Por otro lado, constan las Entidades públicas, a quienes se les atribuyó facultades, competencias y procedimientos única y exclusivamente previstos en la ley, según un momento temporal determinado. Con el afán de conseguir el objetivo fundamental, la Administración Pública se ve en la necesidad de interpretar la norma jurídica que dibuja su quehacer, a fin de adaptar el principio de legalidad a la modernidad

y mediante la adecuación de su actuación en una realidad actual podrá desenvolver su actividad, so pena de generar vicios en el ordenamiento jurídico. Bajo este planteamiento, “las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tomarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales” (Asamblea Nacional del Ecuador 2009b)

2.4.5 Interpretación Sistémica

El Principio de legalidad ata el funcionamiento de la Administración pública al ordenamiento jurídico en el que constan sus facultades y atribuciones. La multiplicidad de ambientes jurídicos, en que se ponen de manifiesto los ejercicios de la Administración Pública, generan también multiplicidad de normas y una inevitable dispersión del principio de legalidad.

La base formal, material y sustancial de la vigencia de todo sistema de Derechos se encuentra en la Constitución, de allí surgen sus propiedades de unidad, coherencia y concordancia práctica. Todo el ordenamiento jurídico que regula el funcionamiento de las entidades públicas encuentra su vértice en la Constitución, por lo que se ha de formar un sistema integral que expulse las contradicciones y antagonismos normativos y operacionales entre las Entidades administrativas. Desde los principios generales de aplicación del Derecho se construye un marco conceptual sistémico e integral, por el que cada una de las Administraciones Públicas se halla inserta en un concierto de actividad únicamente interpretable y entendible desde la visión sistemática integral.

El propósito de la interpretación sistémica es lograr que entre todas las entidades de la Administración Pública, la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

2.4.6 Interpretación Teleológica

A la Entidad Administrativa le corresponde interpretar y adecuar su intervención hacia los propósitos, objetivos y subjetivos, del Estado cons-

titucional. La idea propuesta por la “teleología” supone la consecución de las causas finales. La tutela efectiva de los derechos de las personas es el fin ulterior del Estado constitucional, de tal suerte que la Administración pública, interpretará y adecuará su actuación hacia la consecución de los derechos de las personas; incluso este horizonte teleológico construye el límite de actuación de las Entidades, puesto que ningún poder puede violentar los derechos de las personas, ni siquiera el parlamentario, por lo que la efectivización de los derechos de las personas y su maximización es una tarea interpretativa constante.

El activismo de la Administración pública es una forma de materializar la voluntad del poder constituyente por medio de la concatenación de los principios fundamentales y de las normas jurídicas con los hechos regulados en su actividad.

2.4.7 Interpretación Literal

La exégesis como método de interpretación es acertado si el significado de las palabras que conforman el principio de legalidad es claro y de su lectura no resultan ambigüedades que puedan desencadenar en apreciaciones erradas y en actuaciones contrarias a la intención de la norma. El catálogo de atribuciones y facultades que le son conferida a la administración pública mediante una norma jurídica siempre será entendido en su contexto integral acorde a los principios que dan soporte al Estado constitucional.

La Corte Constitucional de Colombia con la sentencia C-461-11 en el expediente número D-8349 procedió a realizar un ejercicio de interpretación respecto a las facultades administrativas de las Entidades en el siguiente caso: El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades legislativas extraordinarias, mediante decreto número 2636 del 2004 reforma el artículo 169 de la Ley 65 de 1993 y se promulga:

“Visitas de Inspección y Garantías: La Defensoría del Pueblo, La Procuraduría General de la Nación, y los Personeros Municipales y Distritales, deberán constatar mediante visitas mensuales a los esta-

blecimientos de reclusión el estado general de los mismos y de manera especial el respeto de los derechos humanos, la atención y el tratamiento a los internos, las situaciones jurídicas especiales y el control de las fugas ocurridas, fenómenos de desaparición o de trato cruel, inhumano o degradante...”

El problema jurídico se presenta en el momento en que se procura interpretar los términos de “visitas mensuales” puesto que al ser varias las Entidades Administrativas a quienes dispone el mandato, se podría entender que, a cada una de esas Entidades, les corresponde la realización de una sola visita; tal interpretación podría provocar: (i) violación de las facultades del Ministerio Público; (ii) violación de los derechos constitucionales de los reclusos; y, (iii) violación del derecho a la información de la comunidad.

Resulta que el principio de legalidad, que dispone la realización de una actividad a las Entidades administrativas, se halla envuelto en una manto de incertidumbre respecto a su aplicabilidad, por lo que la interpretación podrá uniformar el modo en que la Administración proceda al cumplimiento del servicio

Para la solución del problema la Corte Constitucional colombiana realizó una interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal de la locución.

Para la interpretación histórica se tiene en cuenta el análisis del proceso de creación de la norma para conocer la opinión general de quienes la crearon y reconstruir de esta manera la intención de estos. En efecto, la modificación del texto jurídico se produce con la reforma integral del Código Penitenciario y Carcelario que, en la exposición de motivos, manifiesta la intención de adecuar las normas penitenciarias y carcelarias con las normas constitucionales y normas internacionales sobre derechos humanos de las personas privadas de la libertad

Con la interpretación sistemática se define el entendimiento de una norma que se deriva de la comparación del precepto con la norma o normas en las que se integra, cuyo resultado lleva a la convicción de que “visitas mensuales” puede ser entendido como una medida que se

corresponde con la tutela de los derechos de los reclusos por parte del Ministerio Público en su función de inspección y vigilancia, que garantizará los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad humana de estas personas.

La interpretación teleológica que tiene en cuenta la finalidad de la norma, que en este caso en particular revela que el precepto tiene como finalidad regular la actividad del Ministerio Público en la vigilancia e inspección de los establecimientos carcelarios y en la tutela y defensa de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, que son sujetos de especial vulnerabilidad por la situación en la que se encuentran. Por lo que desde la visión teleológica se puede concluir que el término “visitas mensuales” debe ser comprendido desde una visión amplia y garantista que se relaciona con las funciones que cumple el Ministerio Público en la verificación del respeto de los Derechos Humanos y la atención y tratamiento de las personas en situación de reclusión.

En el sentido semántico o literal del texto de la norma, la locución “visitas mensuales” se refiere a un término mínimo de visitas de inspección y garantías que realiza el Ministerio Público a los sitios de reclusión, esta interpretación es la más acertada debido a su redacción en plural, es decir que cuando se habla de “visitas mensuales” debe ser entendido como varias visitas dentro de un mismo mes.

Luego del sometimiento del principio de legalidad a los ejercicios interpretativos, la Corte Constitucional mediante sentencia declaró la exequibilidad de la expresión “vistas mensuales” de la Entidad administrativa.

2.5 Responsabilidad del Estado y Principio de Legalidad

La norma jurídica es susceptible de interpretación; posibilidad surgida desde la construcción de la ley en abstracto que realiza el legislador hasta la adecuación material de los hechos a ella, que supone su ejercicio.

La garantía constitucional normativa posibilita la adecuación de todas las leyes, que conforman el ordenamiento jurídico, a la Constitución, y de ella al fundamento que favorezca de mejor manera la tutela efectiva

de los derechos de las personas. La garantía normativa restringe el ámbito de la ley, puesto que su creación no es una facultad privativa e ilimitada de un Estado, por la presencia de normas, reglamentos y jurisprudencia supranacionales que son de directa aplicación; produciéndose incluso el efecto de despojar a los órganos internos de cada Estado de su potestad normativa.

La entidad administrativa provista de personalidad jurídica está facultada para ejercer derechos y contraer obligaciones. El ejercicio inadecuado de la administración pública, originado en el desarrollo de una potestad prevista en la ley, pero sin ajuste a la tutela de los derechos puede significar, que luego de la interpretación, se determinen responsabilidades del Estado para con el ciudadano.

El ejercicio de la Administración pública involucra la responsabilidad de los poderes públicos y faculta al ciudadano demandar su reparación. A las Entidades administrativas les queda vedado el atropello de los derechos de las personas. No se podrá justificar el cumplimiento de la atribución jurídica o la falta de ella para el desconocimiento de un atributo humano, siempre se pondrá de manifiesto la orientación del servicio.

La superposición del interés general por sobre el particular, la inadecuada interpretación del mandato jurídico o el quehacer arbitrario coloca a la Administración pública en la posibilidad de enfrentar la responsabilidad en la determinación de la responsabilidad y en reparación de los daños que se causaran

“...el Estado Ecuatoriano representado por la Procuraduría General del Estado, entrega al señor Pedro José Restrepo Bermúdez, al tenor lo dispuesto en el artículo 1045 y 1052 del Código Civil, una indemnización por una sola vez, de \$2.000.000,00 dos millones de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, con cargo al Presupuesto General del Estado. Esta indemnización involucra el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral irrogado, sufridos por la familia Restrepo Arismendy...”(Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000)

Capítulo III

Instituciones Sólidas

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Dra. PhD. María de los Ángeles Torres

El tercer capítulo de esta obra propone una discusión y análisis de los Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS de la Agenda 2030. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo se examinan los alcances de la propuesta, sus ventajas y desventajas.

Se estudian las potestades de la Administración pública en entidades de gobernanza global, que generan políticas públicas con intenciones de cobertura mundial de derechos humanos, sus alianzas cooperadoras y la implementación en los destinatarios. Con sentido crítico se discute respecto a situaciones problemáticas de los ODS que han despertado a nivel mundial severas críticas y férreos detractores.

3.1 Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Política Pública.

La Organización de las Naciones Unidas ONU⁶¹ en la Asamblea General número 70, celebrada en Nueva York en septiembre de 2015,

61 “Las Naciones Unidas nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después

convocó la reunión de ciento noventa y tres jefes de Estado y de Gobierno. Los gobernantes acordaron continuar con el trabajo por un mundo más justo, que erradique la pobreza y aprobaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

En la resolución de aprobación reconocieron que el mayor desafío del mundo es la erradicación de la pobreza, y solo a partir de ese logro podría construirse el desarrollo sostenible.

“Estamos resueltos a poner fin a la pobreza y al hambre en todo el mundo de aquí a 2030⁶², a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Señalaron los Estados en la resolución”(ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS ONU 2015)

La resolución de la Asamblea General de la ONU plantea diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que se desglosan en ciento sesenta y nueve metas más concretas. Representan el compromiso internacional más ambicioso para transformar el mundo hacia un desarrollo sostenible, procurando establecer un equilibrio entre tres dimensiones fundamentales> el crecimiento económico, la inclusión social y la protección ambiental.

Los ODS son interdependientes, lo que significa que el éxito-fracaso de uno de ellos afecta el logro de los demás. La construcción interdependiente traza un símil con la teoría de los principios de aplicación de los derechos contenidos en la norma constitucional⁶³ por la que se establece

de que la mayoría de los 51 Estados Miembros signatarios del documento fundacional de la Organización, la carta de la ONU, la ratificaran” <https://www.un.org/es/>

62 La Agenda 2030 es el plan de acción global adoptado en 2015 por las Naciones Unidas para lograr el Desarrollo sostenible. El corazón de esta agenda son los 17 Objetivos de Desarrollo sostenible (ODS)

63 El artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador dice: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, inter-

que el respeto a la dignidad de las personas supone la tutela de todos los derechos humanos como un todo integral, en la que el irrespeto y quebrantamiento de uno, provoca el resquebrajamiento de todo el sistema de protección.

Los ODS abarcan desafíos globales críticos: desde eliminar la pobreza extrema y el hambre, hasta garantizar educación de calidad, igualdad de género, agua limpia y saneamiento. También incluyen trabajo digno y crecimiento económico, infraestructura resiliente, reducción de desigualdades, ciudades sostenibles, consumo responsable, acción climática, protección de océanos y ecosistemas terrestres, paz, justicia y alianzas para lograr estos objetivos.

La Agenda 2030 propone un enfoque holístico e integrado. No se centra de forma exclusiva en los países en desarrollo, sino que reconoce que todos los países, desarrollados y en desarrollo, deben contribuir. Además, promueve la participación de múltiples actores: los gobiernos.

La Agenda 2030 entró en vigencia en enero de 2016 y, si bien son objetivos de carácter global y aplicación universal, supone que cada Estado ha de adoptar sus propias metas nacionales, acorde a las necesidades del país.

En el caso de Ecuador, la Agenda 2030 se ha incorporado en la planificación nacional, vinculándose con los planes de desarrollo y las políticas públicas locales contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo Ecuador No Se Detiene 2025-2029⁶⁴ en cuyo texto se ha agregado un apartado específico denominado “ALINEACIÓN A LA AGENDA 2030. Vinculación del Plan Nacional de Desarrollo” (Presidencia de la República del Ecuador 2025) en el que se declara un franco compromiso de incorporación del Ecuador a la Agenda 2030, tanto así que el Gobierno del Ecuador emitió el Decreto Ejecutivo 371 dictado en abril de 2018 en el que se ha declarado, como política pública, la adopción de la Agenda 2030.

dependientes y de igual jerarquía”

⁶⁴ <https://www.planificacion.gob.ec/plan-nacional-de-desarrollo-2025-2029-ecuador-no-se-detiene/>

En el año 2021, el gobierno del Ecuador en coordinación con el PNUD⁶⁵ se construyeron los lineamientos metodológicos para la aplicación de los ODS.

Objetivos de Desarrollo Sostenible:

“1. Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo. El principal reto es acabar con la pobreza extrema.

2. Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible.

3. Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos y a todas las edades.

4. Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos.

5. Igualdad de género: Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas.

6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.

7. Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos.

8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.

9. Desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación.

10. Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos

11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles

12. Garantizar modalidades de consumo y de producción sostenibles.

13. Adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

14. Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible.

65 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

15. Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, y frenar la pérdida de diversidad biológica.

16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.”(Nieto García 1997)

3.2 Instituciones eficaces, responsables e inclusivas

La Agenda 2030 plantea diez metas para el objetivo 16, que cito a continuación:

“16.1 Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo

16.2 Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños

16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos

16.4 De aquí a 2030, reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada

16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas

16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas

16.7 Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades

16.8 Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial

16.9 De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos

16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales

16.a Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia

16.b Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible”⁶⁶.

3.2.1 Lucha contra la corrupción.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define a la corrupción como la “acción y efecto de corromper o corromperse (...) En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores⁶⁷”

No obstante, la citada definición no es suficiente para describir un fenómeno complejo y multidimensional.

Para el Derecho Administrativo, la corrupción constituye un manifiesto quebrantamiento del principio de legalidad que atribuyó las facultades al servidor público (Alarcón Espinosa and Torres Paredes 2017d); la corrupción pone de manifiesto un alejamiento de los deberes del servicio público con la intención de satisfacer intereses particulares, en detrimento de la orientación de cobertura estatal de los derechos de los ciudadanos.

“La corrupción pública empieza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público

66 <https://www.cedhnl.org.mx/bs/vih/secciones/planes-y-programas/Agenda-2030-y-los-ODS.pdf>

67 <https://dle.rae.es/corrupción?m=form>

-o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales- no se utiliza correctamente al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes para obtener un enriquecimiento personal” (Nieto García 1997)

La corrupción puede fracturar los valores del Estado constitucional de derechos, y perjudica el derecho de la “buena administración” del que se hallan revestidos los ciudadanos.

Desde el derecho penal se ha pretendido construir la respuesta estatal en contra de la corrupción, por lo que se ha legislado respecto a la tipificación de las reprochables conductas del servidor público e incluso se ha añadido a los catálogos penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas; sin embargo, no es, ni puede asumirse como una solución definitiva.

La lucha contra la corrupción también requiere de propuestas integradoras y con el concierto de muchos actores. De ahí que el ODS 16 y sus metas, proponen desde el nivel global la construcción, no solo de tipos penales, sino de estructuras institucionales no permeables, en la conformación de entidades administrativas de derecho público con solvencia moral, ética y profesional, capaces de llevar a ejercitar las potestades administrativas de control administrativa, “que impidan en origen un posterior daño”(Rodríguez Panduro 2020)

3.2.2 Eficacia y transparencia

La gestión de la Administración pública se mide a través de los resultados obtenidos a la finalización del proyecto que fue planificado; por lo que, la eficacia se entenderá como el cumplimiento de los objetivos institucionales.

Como se ha mencionado, la Agenda 2030 y los ODS suponen, como en el caso de Ecuador, que la política pública se encuentra alineada con los ODS a fin de que los objetivos, en el espacio de tiempo previsto (hasta el año 2030) se cumplan, o por lo menos se procuren cumplir. Significará entonces que la Administración Pública incorpore en su dinámica institu-

cional, en su planificación operativa y en su gestión los ODS y las metas, a fin de ejercitar mecanismos de medición que a posterior incluso podrían ser motivo de examinación por las entidades de control(Alarcón Espinosa and Torres Paredes 2017a).

La transparencia definida por un “mecanismo que evita el mal uso de los recursos públicos, el secreto, la improvisación, la ineficiencia, la discrecionalidad arbitraria y el abuso en el ejercicio de dicha función”(Rodríguez Panduro 2020)

La transparencia en la Administración Pública no es un objetivo en sí mismo, sino un medio intra-inter institucional que promueve una dinámica del servicio público orientada a la garantía de los derechos de los administrados.

La transparencia no se agota con la sola publicación de información⁶⁸ como lo establece la norma jurídica, sino que se instrumentaliza y habilita la participación ciudadana informada, combate la corrupción y facilita la auditoría social sobre la gestión pública.

El principio rector de máxima publicidad determina que toda información en poder del Estado es pública, salvo excepciones establecidas en la ley. La presunción siempre favorece la divulgación.⁶⁹

La transparencia en la Administración Pública se ejerce en tres dimensiones:

- a) La transparencia activa prevista en el ordenamiento jurídico del Ecuador (Pateman 2012): Implica que las instituciones públicas deben publicar su información de manera proactiva. Instituye la obligación de difundir en un portal informático

68 Art. 7

69 El literal g) y el literal h) del artículo 5 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Ecuador (última reforma publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial 367, 29-V-2024) consagran los principios “IN DUBIO PRO ACTIONES” e “IN DUBIO PRO PETITOR” que en caso de duda la interpretación de las normas debe efectuarse en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho de petición.

- web o del medio que se disponga información que debe ser actualizada de forma mensual
- b) La transparencia pasiva o derecho de acceso a la información permite que cualquier persona solicite información pública específica. Ante la petición, la Administración Pública requerida se convertirá en el sujeto obligado que ha de garantizar el derecho al acceso a la información.
 - c) La transparencia colaborativa promueve espacios de diálogo y se orienta al ejercicio del principio de coordinación entre entidades administrativas públicas, a fin de construir canales de comunicación y de intercambio de información que promuevan, de manera mancomunada, el logro de los objetivos y la cobertura estatal de los derechos de los ciudadanos.

3.2.3 *Política Pública participativa y representativa*

La Agenda 2030 promueve la construcción de modelos avanzados de gobernanza democrática, en los que los ciudadanos administrados no son receptores de las decisiones del Estado, sino que la ciudadanía adquiere el rol de actor activo y corresponsable en la identificación de los problemas, definición de agenda, diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la actividad del Estado.

La meta 16.7 que corresponde al ODS 16 se orienta a “Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativa y representativas que respondan a las necesidades”

La participación, en palabras de la autora “tiene un valor educativo intrínseco: los ciudadanos que participan desarrollan competencias cívicas, comprenden mejor el funcionamiento institucional y fortalecen su compromiso con el bien común”

La teoría de la gobernanza contemporánea plantea que gobernar no es una función exclusiva del Estado, incluso la teoría de gobierno ejercido por instituciones democráticas representativas se ve superada por el gobierno participativo y representativo; puesto que, propone el gobierno es el resultado de complejas estructuras e interrelaciones entre el gobier-

no, el sector privado, las organizaciones sociales y la ciudadanía, sin que esta composición sea taxativa sino ejemplificativa.

La política pública ya no es el resultado de la voluntad exclusiva del gobernante, implementada de manera jerárquica y vertical en la dinámica operacional del Estado; sino que la política se ha de construir desde espacios horizontales como sucede en la propuesta de gestión *adhocracy*⁷⁰

La posibilidad de gestionar la problemática desde la verificación de las necesidades más urgentes evita que la planificación de la Administración Pública presente desconexiones, incluso evita la oferta clientelar y populista del gobernante.

La participación ciudadana no se agota con la detección de la necesidad y la construcción de la propuesta sino que permite la apropiación comunitaria de la política, permitiendo el monitoreo del cumplimiento, de la ejecución, detección de inconvenientes, ajustes y logros; creándose así incluso un proceso de aprendizaje y memoria social para posteriores ejecuciones.

3.2.4 Fortalecimiento de Instituciones nacionales y cooperación institucional.

La Agenda 2030 y los ODS se implementan con la gestión institucional del Estado, que busca mejores propuestas de fortalecimiento e implementación de arquitectura de cooperación intra e inter institucional. La integración de tecnologías digitales permite expandir las posibilidades de fortalecimiento participativo y cooperativo que permiten reportar situaciones problemáticas, construcción de mapas colaborativos.

El fortalecimiento y la cooperación en la Administración Pública experimentan formatos participativos con mayor alcance de cobertura y satisfacción de necesidades; así como se crean eslabones de conexión en distintos niveles de gobierno, evitando la fragmentación y creando situaciones de intercambio de experiencias y metodologías exitosas.

70 Mencionada en este mismo texto en el apartado anterior.

La constitucionalización del Estado incorpora como uno de los componentes esenciales la cooperación institucional, también promovida por la Agenda 2030, para asegurar el cumplimiento del objetivo primigenio del Estado, lograr mayor efectividad, legitimidad y sostenibilidad de la política pública.

La cooperación proporciona información, facilita negociaciones, monitorea el cumplimiento de objetivos y mitiga la incertidumbre entre las instituciones e incluso se permite integrar procesos administrativos, financieros, informáticos y tecnologías emergentes conforme se desarrolla en la obra “La Sinergia del Layout. Estrategias de Gestión para integrar procesos administrativos, financieros, informáticos y tecnologías emergentes” (Torres Paredes and Alarcón Torres 2025). La gestión global y la implementación de los ODS requieren instituciones que incorporen mecanismos de cooperación democrática. La lucha contra la pobreza, contra la corrupción y la intención de fortalecer las instituciones va más allá de organizaciones gubernamentales formales.

3.2.5 *Nudos problemáticos del ODS 16: Instituciones de Gobernanza Global*

Conforme se ha mencionado, las estrategias de gobernanza contemporánea exigen que las decisiones y políticas públicas sean el resultado de la comunión de varios actores y no de un solo gobernante. Por ello, la noción de multiplicidad de actores incorpora la idea de la participación activa de organizacionales nacionales, internacionales, transnacionales, organizaciones no gubernamentales, redes globales de expertos, movimientos sociales transnacionales y todos quienes mantengan una propuesta de construcción de espacios de garantía de derechos; de hecho, “los actores no estatales han ganado protagonismo en espacios tradicionalmente reservados a Estados”

Si bien la procura de la tutela de derechos de las personas y la lucha contra la pobreza global, contra el hambre, la intención de construir sociedades más justas e instituciones sólidas son; sin lugar a duda, objetivos loables pues incluyen categorías morales que no admiten reproche algu-

no; sin embargo, se pueden advertir núcleos problemáticos, que se explican a continuación:

3.2.5.1 Ausencia de legitimidad.

Las instituciones no son el resultado creativo de mecanismos de democracia directa; tampoco son instituciones que conforman la Administración Pública. Es así que el origen no guarda conformidad con el formato creativo tradicional.

Además, existen otras tensiones: la potestad de control a una Institución de Gobernanza Global se torna inexistente. Los administrados y otras instituciones estatales se hallan vedados de ejercer control sobre este tipo de entidades, incluso la rendición de cuentas, que han de entenderse como mecanismos de transparencia de su operación no puede aplicarse por la inexistencia de una democracia global (Granth 2005) desnaturalizándose así los parámetros genéricos de funcionamiento de las instituciones públicas.

3.2.5.2 Exigencias Supranacionales

La sospecha de falta de legitimidad y el aparente déficit democrático son problemas aún no resueltos. Las decisiones, los actos, las resoluciones y toda la actividad de una organización de gobernanza global surgen en un entorno en el que la ciudadanía no tiene representatividad alguna, ni posibilidad alguna de control democrático.

Las instituciones de gobernanza global son susceptibles de imponer exigencias supranacionales a los destinatarios. Poderosos intereses y políticas impuestas por Estados hegemónicos, corporaciones transnacionales o élites institucionales son implementados por las instituciones globales, provocando la adopción de ellas con intención de favorecerlas.

Para citar un ejemplo se puede mencionar a las instituciones de Bretton Woods cuyas actividades se han orientado a favor de los intereses de países desarrollados (McMichael 2020). A partir de los acuerdos de Bretton Woods EN 1944 se crea el Fondo Monetario Internacional

FMI como una organización internacional intergubernamental con arquitectura de gobernanza económica global, institución multilateral que no ha dejado de lado opiniones en contra puesto que, con sus actuaciones y programas asociados se afirma haber favorecido la desigualdad de ingresos del orden de 1,5 puntos Gini⁷¹, concentrados en reducción de transferencias sociales y contención salarial pública (Kentikelenis 2016). En “The Social Costs of IMF Programs”(Kentikelenis 2016) documentan mediante análisis a 162 países que programas del FMI se asocian con reducciones en cobertura educativa, incrementos en mortalidad infantil y deterioro de indicadores de salud materna en países de bajo ingreso. Así también se ha determinado mediante análisis cuantitativo de 6,857 condiciones en 131 países que la condicionalidad estructural se ha expandido, no reducido

3.2.5.3 Fragmentación y duplicación institucional.

Las instituciones de gobernanza global desarrollan sus actividades en los Estados destinatarios que, en su estructura de Administración Pública nacional cuentan con entidades que diseñan, implementan y ejecutan políticas públicas con idéntica misión institucional. Si bien se intenta poner en marcha el principio de coordinación no puede negarse la duplicación de instituciones.

Ahora bien, si por una parte se verifica la existencia de organizaciones gubernamentales y supranacionales con idénticos propósitos se ha de entender también que, para su gestión se han de destinar recursos por partida doble produciéndose fragmentación presupuestaria, revelándose así que los recursos, para lograr los objetivos son insuficientes. Incluso se ha de mencionar que los recursos de las instituciones globales, casi siempre, por no decir siempre serán insuficientes, por el tamaño de la población destinataria. Los recursos que las organizaciones globales son

71 Los puntos Gini o Coeficiente Gini son una medida estadística de la desigualdad, generalmente de ingresos o consume, que varía entre 0 y 1 o 0% y 100%: 0 representa igualdad perfecta (todos tienen lo mismo) y 1 representa desigualdad máxima (una persona tiene todo)

inadecuados para las necesidades del sistema: solo el sector financiero global maneja activos que generan un déficit de satisfacción de necesidades dibujándose así una arquitectura fragmentada contemporánea de financiamiento internacional.

3.2.5.4 Programas de Gobierno impuestos por las Instituciones Globales.

La intención de los Estados de encontrarse alineados con las políticas impuestas por las Instituciones de gobernanza global condiciona las estrategias y la política pública de cada gobierno soberano, reflexiones teóricas examinan cómo creencias económicas dominantes en el staff del FMI influyen en el diseño de programas de Gobierno(Nelson, 2017).

Los ejercicios democráticos y la orientación de la actividad administrativa estatal hacia la cobertura de los derechos de los ciudadanos se halla comprometida con la imposición de políticas que emanan desde las Instituciones de Gobernanza Global. Se diseñan actividades de gestión ajenas a la realidad que no están en sintonía de las democráticas aspiraciones de los mandantes, sino que han surgido del seno gubernativo de la corporación transnacional. El resultado, la percepción ciudadana de un aparato administrativo de gobierno manipulado y manipulable por poderes globales.

3.2.5.5 Estatalismo

La implementación de los ODS, la construcción de instituciones sólidas y el fortalecimiento de las instituciones de gobernanza global privilegian al Estado como el actor protagónico en el diseño de la vida económica, social y política de los administrados. Niega la participación activa de la comunidad en la construcción de la política pública.

En la obra *“Capitalism, Alone: The future of the System That Rules the World”*(Milanovic 2019) se distingue diferentes formas contemporáneas de capitalismo estatal, particularmente el modelo chino que combina propiedad estatal masiva de empresas con orientación de mercado versus

el capitalismo liberal meritocrático occidental. El Estado se reviste del poder que le permite diseñar de manera unilateral el proyecto de vida de la población, auto atribuyéndose la detección de necesidades y formulación de soluciones desde las cápsulas gobernantes, que no permiten el involucramiento de los actores sociales. Se crean así sistemas de gobiernos artificiales que buscan alcanzar objetivos y metas corporativas propia.

El Estado es el único encargado de determinar el bien, programa como alcanzarlo y establece los mecanismos administrativos para controlarlo. Además de los objetivos políticos y jurídicos, se construyen exigencias morales que se traducen en actuaciones y gestión pública institucional. En *“The New Competitive Authoritarianism”* (Levitsky 2002) se explica que aproximadamente 40% de la población mundial vive bajo regímenes de “autoritarismo competitivo” que combinan elecciones formales con control estatal de medios, sistemas de justicia cooptados (Alarcón Espinosa and Torres Paredes 2017b) y recursos económicos, neutralizando la competencia política y la participación de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. 2012. *Buen Vivir: Sumak Kawsay: Una Oportunidad Para Imaginar Otros Mundos*. ed. Ediciones Abya Yala.
- Aguirre i Font, Josep Maria. 2013. “L’impacte de La Reforma de La Llei de Costes Sobre El Règim Jurídic Del Litoral Català: Especial Referència a La Reducció de l’espai Protegit i a Les Invasions Competencials.” *Revista Catalana de Dret Públic* No. 47: 140–58. doi:<https://doi.org/10.2436/20.8030.01.16>.
- Aguirre, Pamela. 2013. *El Principio Constitucional de Legalidad y La Facultad Normativa Del SRI*. Primera. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Alarcón Espinosa, Francisco Xavier, and María de los Ángeles Torres Paredes. 2017a. “Auditoría Forense Como Fundamento de Una Gestión Eficiente En Contraposición Con La Corrupción y Demás Actos Ilícitos En La Administración Pública Propuesta de Una Metodología Basada En El COSO II. Aplicación a Un Caso Práctico.” *Revista Publicando*, 4 No 12. (2). 2017, 848-865 4 No 12 (2. doi:1390-9304.
- Alarcón Espinosa, Francisco Xavier, and María de los Ángeles Torres Paredes. 2017b. “Error Judicial Del Juez e Injerencia En La Administración de Justicia Del Ecuador.” *Revista Publicando*, 4 No 12. (1). 2017, 742-759. doi:1390-9304.
- Alarcón Espinosa, Francisco Xavier, and María de los Ángeles Torres Paredes. 2017c. “Evaluación de Control Interno y Gestión Del Riesgo Aplicando El Informe Coso i, Ii, Iii; En Los Procesos Administrativos y Financieros de Las Entidades Públicas.” *Revista Publicando*, 4 No 11. (2). 2017, 32-48. ISSN 1390-9304 (11): 32–48. http://www.rmlconsultores.com/revista/index.php/crv/article/view/544/pdf_368.
- Alarcón Espinosa, Francisco Xavier, and María de los Ángeles Torres Paredes. 2017d. “Valoración Crítica de La Percepción de La Corrupción En Ecuador de Acuerdo Con Los Informes de Transparencia Internacional.” *Revista Publicando*, 4 No 12. (2). 2017, 397-407. ISSN 1390-93 (12): 397–407. http://www.rmlconsultores.com/revista/index.php/crv/article/view/705/pdf_510.
- Alarcón Espinosa, Francisco Xavier, and María de los Ángeles Torres Paredes. 2018. *Infracciones Administrativas y El Derecho Penal - Memorias Del I Congreso*

- Internacional*. ed. Universidad Técnica del Norte. Ibarra: Universidad Técnica del Norte,.
- Alexy, Robert. 1993. “Teoría de Los Derechos Fundamentales.” : 607.
- Alexy, Robert. 2008. “La Fórmula Del Peso.” In *El Principio de Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales*, ed. Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.
- Alvarez, José E. 2018. “The Legitimacy of IO Rule-Making.” *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* 112: 275–78. doi:10.1017/amp.2019.49.
- Alvaro, Daniel. 2017. “La Metáfora Del Lazo Social En Jean-Jacques Rousseau y Émile Durkheim.” *Papeles del CEIC* 2017(1). doi:10.1387/pceic.15726.
- Araguàs Galcerà, Ines. 2019. “La Consulta Prèvia En El Procediment d’elaboració de Reglaments Autònòmics.” *Revista Catalana de Dret Públic* No. 58: 97–111.
- Asamblea Constituyente. 1998. “Constitucion Política de La República Del Ecuador 1998.”
- Asamblea Constituyente. 2008. “Constitución de La República Del Ecuador 2008.” : 218.
- Asamblea Francesa. 1789. “Declaración de Los Derechos Del Hombre.”
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2009a. “Ley Orgánica de Empresas Públicas.” : 46.
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2009b. “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.”
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2015. “CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.”
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2017a. “Código Orgánico Administrativo.”
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2017b. “Código Orgánico Ambiental.” : 92.
- Atienza, Manuel. 2017. “El Juez Perfecto.” *Jueces por la Democracia* 90: 43–48.
- Barra, Rodolfo Carlos, and Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. 1956. “Administración Pública Consensual: Un Análisis Entre El Mdelo Burocrático y Gerencial.” *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 114(0).
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. “El Derecho de Los Derechos. Escritos Sobre La Aplicación de Los Derechos Fundamentales.”
- Biasco, Emilio. 2006. “Las Figuras Jurídicas Subjetivas En El Derecho Uruguayo.”
- Böckenförde, Ernst Wolfgang, and Rafael De Agapito. 2000. *Estudios Sobre El Estado de Derecho y La Democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- BOE. 2015. *Ley 39/2015 de 1 de Octubre Del Procedimiento Administrativo Común de Las Administraciones Públicas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Buteler, Alfonso. 2018. “Los Sistemas Para El Control de La Corrupción Publica En El Orden Global.” *Revista de Direito Econômico e Socioambiental* 8(3): 239. doi:10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.20935.
- Carbonell, Miguel. 2003. “Neoconstitucionalismo.”
- Carvajal Martínez, Jorge Enrique. 2017. “Transformaciones Del Derecho y Del Estado, Un Espacio de Reflexión de Novum Jus.” *Novum Jus* 11(2): 7–18. doi:10.14718/NovumJus.2017.11.2.1.

- Cevallos Calapi, Raúl. 2008. "Ama Llulla, Ama Killa, Ama Shuwa: Los Tres Adverbios Prohibitivos Del Kichwa." : 66.
- Chen, Feng. 2019. "Local State Adhocracy: Infrastructural Power and Stability Maintenance in Grassroots China." *Problems of Post-Communism*: 1–13. doi:10.1080/10758216.2019.1605829.
- Colomer, J.M. 2018. "The Ventorous Bid for the Independence of Catalonia | La Aventura Apuesta Por La Independencia de Cataluña." *Revista de Estudios Politicos* (179): 267–94. doi:10.18042/cepc/rep.179.09.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2000. "Informe No.99/100 Caso 11.868 Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy."
- Congreso de los Diputados y del Senado. 1978. "Constitución Española." : 54.
- Congreso Nacional del Ecuador. 1999. "Ley de Compañías, Codificación." : 135.
- Congreso Nacional del Ecuador. 2005. "Código Tributario Del Ecuador."
- Congreso Nacional del Ecuador. 2016. "Código Civil Ecuador."
- Consejo Nacional Electoral. 2017. "Consejo Nacional Electoral." <http://cne.gob.ec/es/institucion/sala-de-prensa/noticias/4234-cne-aprobo-papeleta-y-documentos-electorales-para-cne-convoca-a-ecuatorianos-a-participar-en-referendum-y-consulta-popular-2018>.
- Convención Nacional de Francia. 1793. "Constitución Francesa 1793."
- Corte Constitucional de Colombia. 2017. "Sentencia T-240-17 Derecho al Reconocimiento de La Personalidad Jurídica y al Libre Desarrollo de La Personalidad." : 46.
- Corte Constitucional del Ecuador. 2018. *Sentencia Número 151-18-SEP-CC En El Caso 413-09-EP*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2018. "Control de Convencionalidad Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Justicia No. 17." : 25.
- Derecho, Anuario D E, Constitucional Latinoamericano, and Ramiro Ávila Santamaria. 2009. "Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia." : 775–93.
- Fernández, Tomás Ramón; García de Enterría, Eduardo. 2004. "Curso de Derecho Administrativo TOMO II."
- Ferrajoli, Luigi. 1999. *Derechos y Garantías. La Ley Del Más Débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 2001. "Pasado y Futuro Del Estado de Derecho."
- Ferrajoli, Luigi. 2011. "El Constitucionalismo Garantista: Entre Paleo-Iuspositivismo y Neo-Iusnaturalismo." *Cuadernos de Filosofía del Derecho*: 311–60.
- García de Enterría, Eduardo & Fernández, Tomás-Ramón. 2002. *Curso de Derecho Administrativo. I. Undécima. ed.* Gonzalo Alonso García, Ricardo; Diez-Picazo, Luis; García de Enterría, Eduardo; González Pérez, Jesús; Menéndez, Aurelio; Montoya Melgar, Alfredo; Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- Granth, Ruth; Keonhane, Robert. 2005. "Accountability and Abuses of Power in World Politics." *American political science review* 99(No.1): 29–43.

- Hampton, D. 1989. *Administración*. Tercera. Mexico: McGraw Hill, Ed.
- I. de Otto. 1987. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. ed. Grupo Planeta.
- Interpol. 2018. "INTERPOL." <https://www.interpol.int/es>.
- Kelsen, Hans. 2010. *Teoría Pura Del Derecho*. ed. Eudeba.
- Kentikelenis, Alexander; Stubbs, Thomas; KING, Lawrence. 2016. "IMF Conditionality and Development Policy Space, 1985–2014." *Review of International Political Economy* 23(4): 543–82.
- Koestler, Arthur. 1967. "A Self-Analysis of a Conversion to Communism." *Voice of the people. Readings in public opinion and Propaganda*.
- Kraft M. & Scott F. 2007. "Politics, Analisis and Alternatives 2nd Edition." *Washington Post* p.5.
- Lara de la Fuente, Daniel. 2017. "En Elogio de La Burocracia. Paul Du Gay. Madrid: Siglo XXI, 2012." *Revista Española de Sociología* 26(2): 277–80. doi:10.22325/fes/res.2017.23.
- Levitsky, Steven; Lucan, A. Way. 2002. "Elections without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism." *Journal of democracy* 13(No.2): 51–65.
- Márquez, Daniel. 2018. "Comentario a La Nueva Ley General de Mejora Regulatoria." *Revista de la Facultad de Derecho de México* 68(272–2): 1035. doi:10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67619.
- McMichael, Philip; Weber, Heloise. 2020. *Development and Social Change*. ed. Sage Publications.
- Melrose, J., R. Perroy, and S. Careas. 2015. "Campo de Poder-Campo Intelectual." *Statewide Agricultural Land Use Baseline 2015* 1. doi:10.1017/CBO9781107415324.004.
- Méndez, Ricardo, and Ricardo Méndez. 2016. "Innovación y Redes de Cooperación Para El Desarrollo Local." *Interações (Campo Grande)* 2(3). doi:10.20435/interações.v2i3.585.
- Milanovic, Branko. 2019. *Capitalism, Alone: The Future of the System That Rules the World*. ed. Harvard University Press. Harvard University Press. doi:10.4159/9780674242852.
- Mintzberg, Henry, and Alexandra McHugh. 1985. "Strategy Formation in an Adhocracy." *Administrative Science Quarterly* 30(2): 160. doi:10.2307/2393104.
- Montaña, Juan. 2012. "APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN."
- Moreno, Lenin. 2017. "Decreto Ejecutivo 100." : 2.
- Morton, Neil A., and Qing Hu. 2008. "Implications of the Fit between Organizational Structure and ERP: A Structural Contingency Theory Perspective." *International Journal of Information Management* 28(5): 391–402. doi:10.1016/j.ijinfomgt.2008.01.008.
- El Mundo. 2009. "Tránsito Amaguaña, Centenaria Líder Indígena Del Ecuador." <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/12/obituarios/1242095375.html>.
- Muñoz Machado, Santiago. 2006a. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Pú-*

- blico General Tomo I. Segunda.* Madrid: Iustel - Portal Derecho S.A.
- Muñoz Machado, Santiago. 2006b. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General Tomo II.* Madrid: Iustel - Portal Derecho S.A.
- Nelson, Stephen. 2017. *The Currency of Confidence: How Economic Beliefs Shape the IMF's Relationship with Its Borrowers.* ed. Cornell University Press.
- Nieto García, Alejandro. 1997. *Corrupción En La España Democrática.* Barcelona: Ariel.
- O'Connell, Anne Joseph. 2008. "Political Cycles of Rulemaking: An Empirical Portrait of the Modern Administrative State." *Virginia Law Review*: 889–986.
- OEA. 2009. "OEA - Organización de Los Estados Americanos: Democracia Para La Paz, La Seguridad y El Desarrollo."
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS ONU. 2015. "OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS)." <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> (November 25, 2025).
- Oviedo Freire, Atawallpa. 2014. *Buen Vivir vs Sumak Kawsay.* Tercera Ed. ed. Ediciones CICCUS. Argentina.
- Pateman, Carole. 2012. "Participatory Democracy Revisited." *Perspectives on Politics* 10(1): 7–19. doi:10.1017/S1537592711004877.
- Peñaloza-Vassallo, K, A Gutiérrez-Aguado, and M Prado-Fernández. 2017. "Evaluaciones de Diseño y Ejecución Presupuestal, Un Instrumento Del Presupuesto Por Resultados: Algunas Experiencias Aplicadas En Salud." *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* 34(3): 521. doi:10.17843/rp-mesp.2017.343.3074.
- Pérez Royo, Javier. 2002. "Curso de Derecho Constitucional."
- Presidencia de la República del Ecuador. 2025. https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/2025/08/PlanNacionalDeDesarrollo25-29_EcuadorNoSeDetiene.pdf *Plan Nacional de Desarrollo Ecuador No Se Detiene 2025-2029.* Ecuador: https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/2025/08/PlanNacionalDeDesarrollo25-29_EcuadorNoSeDetiene.pdf.
- Representantes del Estado de Ecuador. 1830. "Constitución Del Ecuador 1830."
- Rodríguez Panduro, María Séfora; Palomino Alvarado, Gabriela del Pilar; Aguilar Saldaña, Carlos Miguel. 2020. "Eficiencia, Eficacia y Transparencia Del Gasto Público ." *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar.*
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. 2017. "Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales." *Ius Humani. Law Journal* 6: 95–105. doi:10.31207/ih.v6i0.113.
- Roig, Arturo Andrés. 2002. *La Dignidad Humana y La Moral de La Emergencia.* Quito: Corporación Editora Nacional.
- Rosero, Luis. 2017. "Ley Anticorrupción: Una Norma Urgente." *Diario El Telégrafo.*
- Rousseau, Jean-Jacques. 1762. "El Contrato Social."
- Sagüéz, Néstor Pedro. 2002. "Justicia Constitucional y Control de La Ley En América Latina." In *Justicia Constitucional En La Actualidad,* , 173.

- Sánchez, Alcides F. Antúnez, and Amed Ramírez Sánchez. 2017. “La Potestad Inspectiva vs. La Auditoría Pública. Odeada Histórica Dentro Del Derecho Administrativo.” *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, ISSN 2179-345X, ISSN-e 2179-8214, Vol. 8, No. 3, 2017 (Ejemplar dedicado a: setembro/dezembro), págs. 303-342 8(3): 303–42.
- Sánchez Ferriz, Remedio. 1993. *Introducción al Estado Constitucional*. Primera Ed. Barcelona - España: Editorial Ariel S.A.
- Sánchez Morón, Miguel. 2011. *Derecho Administrativo PARTE GENERAL*. Séptima. Madrid: Editorial Tecnos.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. 2002. *Principios Del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- SENPLADES. 2017. “Plan Nacional Del Buen Vivir 2017-2021.” : 150.
- Sotelo, Ignacio. 2012. *El Estado Social: Antecedentes, Origen, Desarrollo y Declive*. Editorial Trotta.
- Soto Kloss, Eduardo. 1984. “Los Derechos Adquiridos En El Derecho Público Chileno. Réquiem Para Una Inepcia Doctrinaria.” *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 81. No.1: 13–23.
- Torres Paredes, María de los Ángeles, and Francisco Xavier Alarcón Torres. 2025. *La Sinergia Del Layout. Estrategias de Gestión Para Integrar Procesos Administrativos, Financieros, Informáticos y Tecnologías Emergentes*. ed. Dikynson. Madrid / España: Dykinson. doi:10.14679/4369.
- Trayter Jiménez, Joan Manuel. 2017. *Derecho Administrativo Parte General*. Tercera Ed. Barcelona - España: Atelier LLIBRES JURIDICS.
- Vega Arrieta, Harold. 2016. “The Grammatical Analysis of the Penal Type.” *Justicia* 21(29): 53–71. doi:10.17081/just.21.29.1233.
- Villar, G.C. 2018. “The Territorial Organization of Spain. A Reflection on the State of the Question and Keys to Constitutional Reform | La Organización Territorial de España. Una Reflexión Sobre El Estado de La Cuestión y Claves Para La Reforma Constitucional.” *Revista de Derecho Politico* (101): 395–430.
- Viteri Gualinga, Carlos. 2000. *Visión Indígena Del Desarrollo En La Amazonía*. ed. Mimeo.
- van Weezel, Alex, and Alex van Weezel. 2017. “Sobre La Necesidad de Un Cambio de Paradigma En El Derecho Sancionatorio Administrativo.” *Política criminal* 12(24): 997–1043. doi:10.4067/S0718-33992017000200997.
- Zagrebelky, Gustavo. 2016. *El Derecho Dúctil*. ed. Editorial Trotta.
- Zalpa Ramírez, Genaro. 2011. *Cultura y Acción Social*. ed. Plaza y Valdés S.A.

Fuentes Normativas Europeas

- Asamblea Francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre. Retrieved from http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/es-

pagnol/es_ddhc.pdf
Convención Nacional. Constitución de Francia (1793). Francia.
Convención Nacional de Francia. (1793). Constitución Francesa 1793. Retrieved from
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf

Fuentes Normativas Americanas

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). COSTA RICA. Retrieved from https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
OEA. (2009, August 1). OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo. Retrieved from http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciase de nuestras ofertas semanales