

APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA DE TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA MODERNIDAD DEL ESTADO

Francisco Xavier Alarcón Espinosa

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat de Girona

TESIS DOCTORAL

**APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA DE
TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS – FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONALES DE LA MODERNIDAD DEL ESTADO**

Francisco Xavier Alarcón Espinosa

2022



Universitat de Girona

TESIS DOCTORAL

**APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA DE
TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS – FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONALES DE LA MODERNIDAD DEL ESTADO**

Francisco Xavier Alarcón Espinosa

2022

Programa de Doctorado en Derecho, Economía y Empresa (IU)

Dirigida y tutelada por: Dr. JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

Memoria presentada para optar por el título de Doctor por la Universidad de Girona



El Dr. Joan Manuel Trayter Jiménez de la Universitat de Girona,

DECLARO:

Que el trabajo titulado APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA DE TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA MODERNIDAD DEL ESTADO, que presenta Francisco Xavier Alarcón Espinosa para la obtención del título de doctor, se ha realizado bajo mi dirección y que cumple los requisitos para poder optar a Mención Internacional.

Y para que así conste y tenga los efectos oportunos, firmo el presente documento.

Firma

Girona, 08 de junio de 2022

“Lo que más confusión provoca en el espíritu es el uso que se hace de estas palabras: “democracia”, instituciones democráticas”, “gobierno democrático” (...) Mientras no se las defina claramente y se llegue a un entendimiento sobre su definición, se vivirá en una confusión de ideas inextricable, con gran ventaja para los demagogos y los déspotas”(Tocqueville, 2020)

Sin duda, ser un estudiante de derecho es una tarea inagotable. En cada paso de la carrera, en cada asignatura, en cada litigio, en cada sentencia, en cada disertación, en cada investigación se requiere una concentrada dedicación que permita el descubrimiento científico-jurídico de la verdad. Todos los esfuerzos se asumen con fortaleza y sacrificio para alcanzar el objetivo planteado. Esta investigación no es; ni pretende serlo, la finalización del trabajo. Se constituye en un peldaño más de la escalera hacia la construcción del saber jurídico, que aportará a otros investigadores, y a mí, insumos para discutir, contradecir, negar o ampliar los temas propuestos. Se procura otorgar el material para enriquecer el debate y alentar el estudio del derecho.

Dedicatoria:

Dije no es posible, tú ofreciste la mano para hacerme
compañía. Pensé rendirme, tú ofreciste el tiempo para
alargar el mío. Quise soñar y mis sueños fueron los tuyos.
A ti María de los Ángeles, mi amor y mi vida.

Agradecimiento:

A María de los Ángeles Torres, mi amor, mi compañera de vida, mi guía, mi motivación, por ser y por estar ahí. Por incentivar me a caminar juntos en el programa de Doctorado, por enseñarme que el camino es mejor en su compañía.

A Francisco Xavier y Francisco Gabriel, mis hijos, por permitirme ser su orientador y apoyador infinito. Por ser mi equilibrio entre el imaginario y la razón.

A mi DIRECTOR, con mayúsculas. Joan Manuel Trayter Jiménez, insigne catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Girona, por quien profeso un profundo sentido de respeto, admiración y estima. Siempre serán insuficientes las palabras para expresar mi agradecimiento.

A mi padre Edgar Oswaldo y a mi madre Consuelo de los Ángeles mis primeros maestros y mentores; por enseñarme, con su ejemplo, el derecho y la justicia.

Resum

L'Administració pública exerceix atribucions i facultats que li són conferides per la Constitució, pels instruments internacionals de drets humans, i per la Llei. El propòsit fonamental de l'Estat constitucional s'orienta a la cobertura i la satisfacció de les llibertats dels ciutadans; es presenta així una renovació al principi de legalitat del Dret Administratiu. L'Administració pública no només està governada per l'ordenament jurídic nacional, a més a més la convencionalitat internacional, des de la visió tutelar i garantista dels drets, aporta regulacions normatives supranacionals (rulemaking).

A l'activitat de les institucions de l'estat es conjuga l'administració i l'exercici del poder de govern amb la garantia dels drets dels administrats. Sota aquesta disposició, les entitats públiques configuren la seva activitat, construeixen la visió i la missió institucional amb l'orientació garantista primordial amb un ampli exercici de la potestat reglamentària. Aquest disseny de l'Administració pública es realitza a partir d'un criteri juridicodogmàtic eurocèntric; que implementat en un estat plurinacional, multicultural i pluriètnic, on es pregona el dret consuetudinari, suposa nous reptes per a l'Administració.

S'estudia la renovada relació jurídica administració-administrat, en què suposa es constitueixen els intervinents com a subjectes actius capaços de produir efectes jurídics recíprocs, modeladors i obligatoris.

L'ordenament jurídic i la ciència del dret administratiu han desenvolupat un sistema que ofereix a l'administrat mecanismes d'impugnació i reparació que s'activen davant d'una actuació administrativa que provoca greuge. La jurisprudència de la matèria ha desenvolupat la ràtio decidendi per expulsar de l'ordre jurídic les actuacions de l'Estat il·legals. En el treball de recerca es duu a terme un estudi analític de l'operació de l'administració, no només des del sistema

rescabalat, sinó des de la gestió missional que tutela els drets de les persones. Les potestats de l'administració pública d'organització que determinen la conformació i la cobertura de l'estat al territori, els mecanismes jurídics de coordinació i cooperació i les relacions jurídiques que es produeixen són objecte d'estudi a la llum de la ciència jurídica amb un èmfasi particular en la potestat auditora de control.

Es realitza una avaluació de la gestió administrativa d'entitats administratives de l'Equador amb la finalitat de verificar-ne el compliment, no només del principi de legalitat, sinó respecte al respecte de la llibertat. Es procura identificar l'existència institucional de l'estat constitucional a partir de l'avaluació de l'administració pública.

Paraules Clau:

Dret administratiu, administració pública, Estat i sumak kawsay, avaluació de l'Estat, adhocracy, rulemaking, tutela administrativa, potestat auditora, control de l'administració.

Resumen

La Administración pública ejerce atribuciones y facultades que le son conferidas por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos, y por la Ley. El propósito fundamental del Estado constitucional se orienta a la cobertura y satisfacción de las libertades de los ciudadanos; se presenta así una renovación en el principio de legalidad del Derecho Administrativo. La Administración pública no solo se halla gobernada por el ordenamiento jurídico nacional, además la convencionalidad internacional, desde la visión tutelar y garantista de los derechos, aporta regulaciones normativas supranacionales (rulemaking).

En la actividad de las instituciones del estado se conjuga la administración y el ejercicio del poder de gobierno con la garantía de los derechos de los administrados. Bajo esta disposición, las entidades públicas configuran su actividad, construyen la visión y misión institucional con la orientación garantista primordial con un amplio ejercicio de la potestad reglamentaria. Este diseño de la Administración Pública se realiza a partir de un criterio jurídico-dogmático eurocéntrico; que implementado en un estado plurinacional, multicultural y pluriétnico, donde se pregona el derecho consuetudinario, supone nóveles retos para la Administración.

Se estudia la renovada relación jurídica administración-administrado, en la que supone se constituyen los intervinientes como sujetos activos capaces de producir efectos jurídicos recíprocos, modeladores y obligatorios.

El ordenamiento jurídico y la ciencia del Derecho Administrativo han desarrollado un sistema que oferta al administrado mecanismos de impugnación y reparación que se activan frente a una actuación administrativa que provoca agravio. La jurisprudencia de la materia ha desarrollado la *ratio decidendi* para expulsar del orden jurídico las actuaciones del Estado ilegales. En el trabajo de investigación se lleva adelante un estudio analítico de la operación de la administración, no

únicamente desde el sistema resarcitorio, sino desde la gestión misional que tutela los derechos de las personas. Las potestades de la administración pública de organización que determinan la conformación y cobertura del estado en el territorio, los mecanismos jurídicos de coordinación y cooperación y las relaciones jurídicas que se producen son objeto de estudio a la luz de la ciencia jurídica con un énfasis particular en la potestad auditora de control.

Se realiza una evaluación de la gestión administrativa de entidades administrativas del Ecuador con la finalidad de verificar el cumplimiento, no sólo del principio de legalidad, sino respecto al respeto de la libertad. Se procura identificar la existencia institucional del estado constitucional a partir de la evaluación de la administración pública.

Palabras Clave:

Derecho Administrativo, administración pública, Estado y sumak kawsay, evaluación del Estado, adhocracy, rulemaking, tutela administrativa, potestad auditora, control de la administración.

Abstract

The Public Administration exercises powers and abilities that are bestowed upon it by the Constitution, by international human rights instruments, and by the Law itself. The fundamental purpose of the constitutional State is oriented towards the coverage and satisfaction of the citizen's freedoms. Thus, a renewal of the principle of legality of Administrative Law is presented. The Public Administration is not only governed by the national legal system, but also international conventionality, from the vision of protection and guarantee of rights, provides supranational normative regulations (rulemaking).

Inside the activity of state institutions, administration and the exercise of government power are combined with the guarantee of the rights of those administered. Under this provision, public entities configure their activity, build the vision and institutional mission with the primary orientation and a broad exercise of regulatory power. This design of the Public Administration is carried out based on a Eurocentric legal-dogmatic criterion; that implemented in a multi-national, multi-cultural and multi-ethnic state, where customary law is proclaimed, supposes new challenges for the Administration.

The renewed administration-administered legal relationship is investigated, in which the intervening parties are assumed to be constituted as active subjects capable of producing reciprocal, modeling and obligatory legal effects.

The legal system and the science of Administrative Law have developed a system that offers the administered mechanisms to pursue means of challenging, disputing and to receive compensations, which in time are activated in the face of an administrative action that causes grievance. The jurisprudence of the matter has developed a *ratio decidendi* to expel from the legal order the illicit actions of the State. In the research paper, an analytical study of the administration's operation is

carried out, not only from the compensation system, but from the missionary management that protects the rights of the people. The powers of the public administration that determine the conformation and coverage of the state in the territory, the legal mechanisms of coordination and cooperation and the produced legal associations are the object of study under the legal science with a particular emphasis on the auditing power of regulation.

An evaluation of the administrative management of administrative entities in Ecuador is carried out in order to verify compliance, not only under the principle of legality, but also taking into account the right to liberty. It seeks to identify the institutional existence of the constitutional state from the evaluation of public administration.

Keywords:

Administrative law, public administration, sumak kawsay, state evaluation, adhocracy, rulemaking, administrative tutelage, audit power, administration control.

RESUM	8
RESUMEN	10
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I	23
UN BREVE PRELUDIO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS.....	23
1.1 EL ANÁLISIS DEL ESTADO DESDE LA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	24
1.1.1 <i>Del Estado absoluto al Estado constitucional de derechos y justicia.....</i>	26
1.1.1.1 <i>Estado Absoluto.....</i>	26
1.1.1.2 <i>Estado de Derecho.....</i>	28
1.1.2 <i>La Administración Pública en la división de los Poderes.....</i>	30
1.1.3 <i>Soberanía y Administración.....</i>	31
1.2 LA TEORÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL GARANTISTA DE DERECHOS HUMANOS.....	34
1.2.1 <i>El Estado Constitucional de Derechos.....</i>	34
1.2.2 <i>La garantía e impulso formal, material e institucional de los derechos y libertades.....</i>	38
1.2.3 <i>La Política de Desarrollo y Promoción Social.....</i>	39
1.2.4 <i>La Política Pública del Sumak Kawsay.....</i>	41
1.2.5 <i>Administración y Sumak Kawsay.....</i>	47
1.2.6 <i>El Fomento de la Cultura.....</i>	49
1.2.7 <i>La Defensa de la Paz y la Tutela del Ambiente.....</i>	51
1.2.8 <i>El Derecho Administrativo Específico y las Características del Estado Constitucional.....</i>	52
1.2.9 <i>La Garantía de la Libertad de las Personas Ejercida por la Autoridad y la Administración.....</i>	55
1.2.10 <i>La Dimensión Social: el Interés General.....</i>	56
1.2.11 <i>La Norma, el Ordenamiento Jurídico y el Derecho Administrativo.....</i>	58
1.2.12 <i>Cohesión del Derecho Administrativo.....</i>	61
1.2.13 <i>El Control de la Ley.....</i>	64
1.2.14 <i>La Constitucionalización del Reglamento Administrativo.....</i>	68
1.2.15 <i>Control de Convencionalidad de la Administración Pública.....</i>	74
1.2.16 <i>Los Principios.....</i>	76
1.3 EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO PILAR DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	79
1.3.1 <i>Sometimiento de la Administración Pública a la Constitución.....</i>	79
1.3.2 <i>Situación Constitucional y Jurídica del Administrado y de la Administración.....</i>	84
1.3.2.1 <i>La Relación Jurídica.....</i>	85
1.3.2.2 <i>La Administración Pública como Sujeto Activo.....</i>	85
1.3.2.3 <i>El Administrado como Sujeto Activo.....</i>	87
1.3.3 <i>Dispersión del Poder y de la Norma.....</i>	88
1.3.4 <i>Principio de Legalidad y la Constitución.....</i>	90
1.3.5 <i>Potestad Reglada.....</i>	93
1.3.6 <i>Potestad Discrecional.....</i>	93
1.3.7 <i>Normas Administrativas en Blanco.....</i>	95
1.3.8 <i>Renovación del Principio de Legalidad.....</i>	97
CAPÍTULO II	100
EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO	100
2.1 ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO.....	100
2.1.1 <i>Personas Jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado.....</i>	104
2.2 <i>División del Poder Público y Dispersión del Derecho Administrativo.....</i>	109
2.3 EL PODER PÚBLICO DISPERSO Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS.....	113
2.3.1 <i>Capacidad Jurídica de las Entidades Públicas.....</i>	113
2.3.2 <i>Novación del Principio de Legalidad.....</i>	116
2.3.3 <i>PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ATRIBUCIÓN LEGAL DE LAS POTESTADES.....</i>	118

2.3.3.1 La Potestad.....	118
2.3.3.2 Técnica de Atribución de Potestades.....	120
2.3.3.3 Potestades Regladas y Potestades Discrecionales.....	122
2.3.3.3.1 Potestad Reglada	123
2.3.3.3.2 Potestad Discrecional	123
2.3.3.3.3 Discrecionalidad y Conceptos Jurídicos Indeterminados	125
2.3.3.3.4 Límites en el Ejercicio de las Potestades Discrecionales	126
2.3.3.4 Potestad Reglamentaria.....	127
2.3.3.5 Rulemaking.....	130
2.3.3.6 La Potestad Reglamentaria en el Estado Constitucional	132
2.3.3.7 Potestad Discrecional como Fuente de la Potestad Reglamentaria	133
2.3.3.7.1 Proceso de Elaboración del Reglamento	135
2.3.3.7.2 La Aplicación de los Derechos y el Desarrollo Normativo	139
2.3.3.8 La potestad Organizatoria.....	141
2.3.3.8.1 Las Figuras Públicas.....	144
2.3.3.8.2 Entidades Territoriales.....	145
2.3.3.8.3 Organismos Públicos	147
2.3.3.8.4 Órgano Administrativo	148
Clases de Órganos	148
2.3.3.8,5 Relaciones Jurídicas de Organización:	150
Jerarquía.....	150
Coordinación	153
Cooperación.....	155
Control.....	157
2.3.3.9.2 Evaluación Pública de Gestión	170
2.3.3.9.3 Evaluación Pública y Buen Vivir	171
2.3.3.10 La Potestad Sancionadora	174
2.4 INTERPRETACIÓN DE LAS POTESTADES INHERENTES Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	178
2.4.1 Regla de Solución de Antinomias.....	179
2.4.3 La Ponderación	184
2.4.4 Interpretación Evolutiva o Dinámica	185
2.4.5 Interpretación Sistémica.....	186
2.4.6 Interpretación Teleológica.....	187
2.4.7 Interpretación Literal.....	187
2.5 Responsabilidad del Estado y Principio de Legalidad	190
CAPÍTULO III	192
CONTROL DE EFECTIVIDAD DEL ROL DEL ESTADO	192
3.1 POTESTAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL	192
3.2 EL CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN.....	195
3.2.1 Funcionamiento Normal de la Administración y Daño	196
3.2.1.1 La Teoría del Margen de Tolerancia	197
3.2.2 Culpabilidad y Funcionamiento Anormal de la Administración.....	199
3.2.3 La Antijuridicidad de la Actuación Administrativa y la Reparación	201
3.2.4 Ausencia del Servicio Público.....	204
3.3 CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESCONCENTRADA.....	206
3.4 El Control de las Potestades de la Administración.....	210
3.4.1 Control de la Discrecionalidad.....	210
3.4.2 Control de Legalidad.....	213
3.4.3 Control Político de Legalidad.....	215
CAPÍTULO IV	221

BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO.....	221
4.1 LAS TENSIONES	221
4.2 EJERCICIO DE LA POTENCIALIDAD DISCRECIONAL	224
4.2.1 <i>Formas de Expresión de la Discrecionalidad en la Administración:</i>	227
4.2.1.1 <i>Discrecionalidad Política</i>	227
4.2.1.2 <i>Discrecionalidad Política y Modelos de Predicción</i>	228
4.2.1.3 <i>Discrecionalidad Técnica</i>	229
4.2.1.4 <i>Discrecionalidad Reglamentaria</i>	230
4.2.1.5 <i>Discrecionalidad de Planeamiento</i>	231
4.3 <i>Margen de Apreciación Discrecional de los Conceptos Jurídicos Indeterminados</i>	233
4.4 DEFICIENCIAS Y DIFICULTAD EN EL CONTROL	234
4.5 LA REALIDAD DEL CONTROL Y LOS RESULTADOS.....	234
4.6 LOS RESULTADOS DEL CONTROL ADMINISTRATIVO: EL CASO DE ECUADOR.....	236
4.6.1 <i>Análisis Estadístico de la Base de Datos</i>	237
4.6.2 <i>Delimitación de la Población</i>	237
4.6.3 <i>Delimitación de la Muestra</i>	239
4.6.4 <i>Análisis Estadístico Regresión logística Binaria para el Estudio del Problema del Incumplimiento de Normas</i>	241
<i>Tipos de Variables para Aplicar la Técnica</i>	242
4.6.5 <i>Análisis de Estadística Descriptiva: Diagramas Cajas de Legalidad por Año y por Provincia</i>	243
<i>Análisis de Estadística Descriptiva Detallado:</i>	245
4.6.6 <i>Tabla de hipótesis para la base de datos LEGISLACIÓN_GESTIÓN</i>	252
4.6.7 <i>Discusión e Interpretación de las Hipótesis</i>	257
<i>Primera Hipótesis:</i>	257
<i>Segunda Hipótesis</i>	259
<i>Tercera Hipótesis</i>	260
<i>Cuarta Hipótesis</i>	261
<i>Quinta Hipótesis</i>	263
<i>Sexta Hipótesis</i>	264
<i>Séptima Hipótesis</i>	265
CONCLUSIONES	275
ÍNDICE DE TABLAS	309
ÍNDICE DE FIGURAS	310
BIBLIOGRAFÍA	292
FUENTES NORMATIVAS ESPAÑOLAS.....	306
FUENTES NORMATIVAS ECUATORIANAS	306

Introducción

La Tesis que sigue a continuación es el resultado del continuo interés por descubrir la razón de ser del Derecho. 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 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

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>

creación de programas de post grado especializados. De pronto, todos los abogados sentíamos la necesidad de empaparnos del constitucionalismo y abandonar el aparente oscurantismo vivido con antelación.

Sin embargo, mientras en las tarimas académicos 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 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 segundo lugar, se ha planteado un estudio de casos de control a la gestión administrativa, en el que, a partir del procesamiento de datos se presentan resultados relevantes para la investigación, con los cuales se despejarán las hipótesis con las que se dio inicio a la investigación.

En cuanto a la estructura, la tesis está dividida en cuatro 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 capítulo tercero se plantea el ejercicio del control de la efectividad del rol del Estado. Se pretende analizar los ejercicios de control en sede administrativa. La literatura científica jurídica de derecho administrativo contiene amplios desarrollos del control contencioso administrativo como ejercicio de delimitación del poder público, en esta tesis se pretende resaltar el control administrativo que ejercen los órganos sobre el aparato gubernamental y la medida en que coadyuvan a que sea la administración la que garantice los derechos de las personas y asegure la democracia.

El capítulo cuarto realiza un estudio pormenorizado del ejercicio de la discrecionalidad de la Administración, las posibles variables en la toma de decisiones y la dificultad que representa el control de la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados en el servicio público.

En este capítulo se presenta los resultados del control administrativo ejercido por la Contraloría General del Estado a las entidades públicas del Ecuador. Se revela el grado de cumplimiento y de incumplimiento de las entidades y organismos; y con el procesamiento de datos se podrá identificar el grado de efectividad de las administraciones en la consecución de sus fines. Los resultados que se presentan van a identificar si la administración pública en el Ecuador efectivamente responde a los paradigmas del modelo de estado constitucional.

Este es el resultado del trabajo de investigación, es nuestra noción y en gran medida todo aquello que se puede decir de la aplicación del derecho administrativo como herramienta de la tutela efectiva de los derechos humanos, enriquecido por el aporte de académicos de diversa índole, pero de gran envergadura científica que enaltecen los contenidos expuestos en la tesis.

Confío en todos los temas estudiados en los que entre líneas constan mis propósitos, anhelos, y expectativas; así como en la validez de las conclusiones que se exponen con la determinación clara de las equivocaciones e imprecisiones que de seguro constan por el siempre limitado saber que se posee en el inacabado estudio del derecho administrativo, por lo que me disculpo por anticipado.

Dejo por sentado mi imperecedero agradecimiento al Dr. Joan Manuel Trayter Jiménez por su paciencia, sus acertados consejos y comentarios, que me han permitido ostentar este título como su pupilo.

El análisis dogmático del Estado Constitucional, para quienes hemos estudiado en las facultades de Derecho, resultó una novedad inquietante y atractiva, puesto que su estudio se empezaba a mostrar desde otro lenguaje. El del Derecho Administrativo.

Hasta hoy, el círculo académico, se había concentrado en el Derecho Constitucional y en la Política, de tal suerte que el Derecho Administrativo se ha convertido en una herramienta indispensable para la investigación del Derecho.

**APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO HERRAMIENTA DE
TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS – FUNDAMENTOS
CONSTITUCIONALES DE LA MODERNIDAD DEL ESTADO**

Capítulo I

Un Breve Preludio del Estado Constitucional de Derechos

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 español, que sitúan el

constitucionalismo. El Reino de España no se autodefine 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.

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 ésta 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)

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 “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, & Ramiro Ávila Santamaria, 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 mas 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

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

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”.

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 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

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 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”

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 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

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.

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 manera 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.

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

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 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 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,

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

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

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

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 manifiestamente 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

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

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 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 “*iyambaé*” 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

¹⁷ El *guaraní* es una lengua de la familia tupí-guaraní hablada por aproximadamente doce millones de personas en el Cono 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 barbacoana 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)

entendimiento y aplicación en las culturas milenarias, en las que se han tejido historias de relación intrínseca.

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.

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)

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 relación 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”.

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

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 para actuar y para garantizar a los particulares. No cabe el giro forzoso que se ha pretendido imponer a la Administración hacia una meta espiritual. 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

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

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,
- 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 en los ordenamientos una norma superior

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>)

denominada Constitución, sino asegurar la garantía de libertad frente 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 inefable 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 dualidad 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 Campo (Melrose, Perroy, & 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 “campo” 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.

En 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 Gacía 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*

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

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)

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 esquivada 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 entidas desconcentradas que atañe a la organización interna de la misma entidad administrativa, tambien con capacidad de creación de reglamentos.

La potestad reglamentaria se manifiesta en todas las Administraiones públicas por lo que se diseña un mosaico de normas jurídicas y un multidiverso 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 aparecimiento 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 sitúe en la cúspide, y los de menor jerarquía se ubiquen 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 u 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 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

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 Pública en el Ecuador

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 anomalías 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 provino 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

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)

ajena al poder judicial, éste también podrá ejercerse desde la Corte Suprema de Justicia con la implementación 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 (Sagüéz, 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 “auto-restricción” 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, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva y el expediente íntegro 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.

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...”

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)

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 rija 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

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

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 cuales el Estado es suscriptor, a la jurisprudencia y a las opiniones consultivas pueto 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 encerraba 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 constitucional 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 analizar el alcance de considerar a la Constitución como

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), otorgándole 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.

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 límites 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 et al., 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 manifiesta contrario de fundamentalismos³⁶

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.

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

- 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 la 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, 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 incontralada, el escenario idóneo de acción. Se crean laberintos jurídicos complicados provocando la discrecionalidad incontralada, 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 Vódigo. 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 con baluartes del constitucionalismo. El Estado de Legalidad, al parecer, logró la creación

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)

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 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 servicio. 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 ta suerte que la sólo 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 juridicidad 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

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:

- 1) 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;
- 2) 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;
- 3) 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;
- 4) 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,
- 5) 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.

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)

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.

El 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 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

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 los 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

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 expulsa 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 *théoric 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, sometiéndolas 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 resolutive, 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

2.3.3.4 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 involving 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 que regenta la forma y el

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

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 legislatora 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, conectora 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 administración 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 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.

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/l50-1997.html

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 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.

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”

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 el 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 & 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 coferidas 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 multidisciplinarios, heterogéneos 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 complejo 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

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

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 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 implementa”(Lara de la Fuente, 2017 p.280). 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 adhocráctica⁴⁵ (Mintzberg & 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 adhocrácticos establecen políticas flexibles de dirección (Hampton, 1989), que

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

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 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 & 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.

⁴⁶ España:

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

Ecuador:

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

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.

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, & 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 & Méndez, 2016 p.40) 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 p.10) 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 p.241)

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 atribuído al propio organismo colegiado de la administración pública, en el que el componente mutidisciplinar 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 consecución 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

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)

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 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; 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 Ingles)

2.3.3.9 Autotutela Administrativa

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

⁵² Decreto 7-2005

⁵³ www.gao.gov

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 & 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.

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 manifiesto 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 introducción 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

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>)

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.

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, que le 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.

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”

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 & De Agapito, 2000)

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 & van Weezel, 2017 p.1001) 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.

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.

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 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 administración 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

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/>)

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 personalidad 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 promoviéndose 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 intervención 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 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)

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>)

2.4.3 La Ponderación

El origen de la Ponderación surge de las investigaciones de Ronald Dworkin 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 autocontención 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 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 constitucional. 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 establecimientos 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 desapoderar 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

Control de efectividad del rol del Estado

En el capítulo tercero se estudia los efectos jurídicos del acto administrativo normal, culposo y antijurídico, así como las consecuencias jurídicas y el daño que provoca en los destinatarios. La razón de ser de la administración pública en el estado constitucional se orienta a la cobertura gubernamental de las necesidades de los ciudadanos. El rol tutelador del estado se somete a la potestad de control a fin de verificar el grado de cumplimiento de la misión y visión institucional, a fin de verificar si la actividad administrativa se circunscribe en el ordenamiento jurídico e incluso con la intención de establecer las responsabilidades y formas de reparación de los daños que la dinámica podría causar.

La actuación administrativa, calificada como normal, podría provocar daño en los destinatarios o en parte de ellos; así como la actividad culposa, anormal y provocadora de daño.

Se analizan incluso los escenarios y hechos fácticos en los que es posible verificar la inexistencia de actividad estatal y ausencia de actuación administrativa.

3.1 Potestad Administrativa de Control

La organización popular, que persigue el bien común, por sobre el del particular, procura la construcción del Estado, cuyo propósito sea éste. La satisfacción del interés general ha de alcanzarse aún por sobre la voluntad de aquellos que tienen una intención contraria; para ello, la organización nacional ostenta potestades capaces de ejercer decisiones imperativas que obliguen a la generalidad de los individuos. Tal concentración de poder en el Estado es posible a partir de

la cesión de las facultades y atribuciones que cada sujeto de derecho es titular, para que la entidad administrativa concentre para sí toda la cesión de facultades colectivas, con el propósito de cumplir el mandato creacional.

Resulta importante, en el Derecho Administrativo, marcar la diferencia entre el interés público con el interés general, como objetivos que la gestión administrativa pretende alcanzar. Toda la dinámica de la gestión operativa de la iniciativa privada resulta ser insuficiente para la satisfacción de las necesidades vitales de la comunidad, estas necesidades son la razón de ser de la Administración. Por otra parte, la persecución del interés general ha sido el hecho capaz de promover el ejercicio del aparato gubernamental, claro está que el interés general orientado a la consecución del bien común, siendo un concepto jurídico indeterminado, éste ha sido proveído de contenido jurídico según la intención temporal y política en la que se haya construido. “La administración persigue el interés general” (Chevallier, 1975).

La potestad administrativa es el conjunto de facultades que le permite a la administración pública la generación de un acto administrativo, del que se desprenden efectos jurídicos capaces de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La potestad administrativa conlleva el ejercicio de facultades, caracterizadas por ser “conferidos por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no supone la existencia de otros sujetos obligados, sino potencialmente afectados y sometidos a dicha potestad de la que pueden derivar beneficios (acto favorable), gravámenes (actos tributarios) o situaciones neutrales o indiferentes (verbigracia potestad de organización)”(Muñoz Machado, 2006a).

El Derecho Administrativo es el derecho de la actividad administrativa. Como estructura, el derecho administrativo concentra las facultades, las potestades y los procedimientos que gobiernan a las instituciones públicas en la procura del interés general. La gestión del Estado, la delimitación

del objetivo filosófico del bien común desencadena la responsabilidad patrimonial del Estado. Desde esta perspectiva, el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado, bajo la premisa de una actuación administrativa conforme al ordenamiento jurídico, sin culpa, ha de medirse según el grado de cobertura o ruptura del servicio público que ha sufrido el ciudadano. Para la visualización de la responsabilidad del estado, basta con la existencia de la relación jurídica administrativa, el nexo causal, del ejercicio de las competencias y facultades de la administración, con el daño sufrido por el administrado. En este enfoque, no se analiza si la actividad del Estado se ejecutó bien o mal, no es pertinente, únicamente basta la consecuencia asumida por el individuo. Por ello, no es jurídicamente relevante la demostración que pretende develar que la Administración desarrolló su actividad sin culpa, sino que lo único que se requiere es la existencia del nexo causal. Cuando el tema de examinación es la culpa, se ubica a la administración frente a la responsabilidad objetiva del estado.

Las normas que componen el ordenamiento jurídico del Ecuador han delimitado las nociones jurídicas respecto a la responsabilidad derivada de la ausencia o deficiencia en el servicio público⁶¹; no obstante, la responsabilidad derivada del ejercicio “normal⁶²” de las facultades de la administración carece de claridad y profundidad conceptual.

El fundamento de la responsabilidad se halla en la determinación del daño provocado al ciudadano, sin interponer la intención de causar el daño o la inacción de la administración que lo provoca. El propio ejercicio de las facultades y atribuciones de las entidades de servicio público encierra una posibilidad de provocar, aunque sin desearlo, daño en el ciudadano como consecuencia de

⁶¹ Código Orgánico Administrativo del Ecuador. Artículo 15: PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD: El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en el ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas.

⁶² Diccionario RAE: normal: adj. Que sirve de norma o regla...

contingencias previsibles e imprevisibles en el desarrollo de la actividad. El servicio público desde la teoría del riesgo incorpora nociones de su gestión, administración, evaluación y control, necesarios para influir en las necesidades de la entidad administrativa, sus objetivos, sus servicios, sus procedimientos y prácticas empleadas.

La determinación del daño provocado en el administrado, por el funcionamiento normal del prestador de servicio público, cuestiona la esencia misma de la entidad, pues aparenta un desajuste en la misión, la visión y la estructura de la organización; debilita el principio de legalidad e incluso provoca un fraccionamiento en la norma constitucional, es decir, provoca el detrimento del ordenamiento administrativo por completo.

3.2 El Control del Funcionamiento de la Administración

“Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la ley, pero que pague el perjuicio”(Hauriou, 1893)

Resulta inevitable revelar que los efectos jurídicos que emanan del acto administrativo son generales, dado que su intención procura beneficiar a todos los ciudadanos; no obstante, bajo esta premisa, un efecto adverso que causa perjuicio, debería también ser distribuido entre todos los administrados. Surge así la determinación de responsabilidad al Estado por el perjuicio ocasionado en los administrados, el daño es el punto de partida del pensamiento jurídico respecto a la responsabilidad de la Administración pública, “la responsabilidad por tanto, surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que este se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los Poderes públicos, y de quien haya sido concretamente su causante.”(Fernández Valverde, 2020)

Conforme se analizó, la operatividad de la Administración pública provoca, por la existencia de riesgos, previsibles e imprevisibles, un eventual daño en el ciudadano, quien por principio no tiene el deber jurídico de soportarlo.

3.2.1 Funcionamiento Normal de la Administración y Daño

El daño causado al ciudadano, como efecto de un acto administrativo, pone en la mesa de la discusión a la culpa, constituyéndose en un elemento clave en el funcionamiento anormal del Estado, que resulta ser el más frecuente, puesto que si existe una falta de deber de cuidado, imprudencia o mala práctica, surgirá la responsabilidad que “ faculte trasladar el peso del daño del patrimonio del particular al de la Administración”(Cobrerros Mendazona, 2020)

No obstante, si no concurren los condicionantes culposos, y el detrimento de los derechos del individuo es provocado por el funcionamiento normal de la Administración, por haber asumido el riesgo propio de su gestión, no se desvanece la responsabilidad.

Conviene analizar con un ejemplo: En el año 2010, en el Ecuador existen 14'483.499⁶³ habitantes y como una de las formas de lucha contra la pandemia mundial, el Gobierno ecuatoriano, en la segunda quincena del mes de enero del año 2021 adquirió ocho mil dosis de la vacuna de Pfizer contra el covid-19⁶⁴. La actuación de la administración pública, si bien guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, puesto que el ente público produce el acto administrativo conforme a su esfera regulatoria, no es suficiente para asegurar el derecho a la salud de los ciudadanos, puesto que, si la efectividad de la vacuna implica la inoculación de un par de dosis por individuo, únicamente son favorecidas cuatro mil personas que representan al 0,02 % de la población,

⁶³ INEC Instituto Nacional de Estadísticas y Censos

⁶⁴ Noticia del Diario El Comercio <https://www.elcomercio.com/actualidad/llegada-vacunas-ecuador-reacciones-transparencia.html>

dejándose en la indefensión sanitaria al 99,98% de los ciudadanos. La Administración pública, en la dinámica de la tutela de los derechos de las personas, exterioriza su voluntad, activa procesos de contratación administrativa, cumple con la norma jurídica; no obstante, el resultado favorece la salud de unos pocos habitantes, en detrimento de la salud de la mayoría de la población, poniendo de manifiesto ejercicios de discriminación, positiva y negativa, para decidir a quien se inoculara y a quien no.

Nos encontramos frente a una actividad normal de la administración, en el proceso contractual, por la presunción de legitimidad que cobija a la actuación de la administración pública, deviene a que la manifestación contractual de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, no se presentan indicios culposos en la gestión; por el contrario, el hecho motivacional es la salud de los ciudadanos, pero quien no logró acceder a la vacuna, como resultado de cualquier ejercicio de escogitamiento, es acreedor del daño y la consecuente responsabilidad del Estado frente a él, se pone de manifiesto la incertidumbre en la esfera de la “justicia administrativa durante el estado de alarma”(Fernández Torres, 2020).

3.2.1.1 La Teoría del Margen de Tolerancia

La Actuación de la Administración Pública, formada con los argumentos de comprensibilidad, razonabilidad y lógica, eventualmente podría ser anulada de manera formal por decisión dictada en un procedimiento administrativo o judicial de impugnación. Tal expulsión del ordenamiento jurídico del acto no supone la obligación de reparar los daños que se hubieran producido a consecuencia de los efectos jurídicos de la actuación anulada.

Toda manifestación de la voluntad y generación de actos supone la incertidumbre de su cumplimiento, que estará atada a la implementación de variables previsibles e imprevisibles. En general el riesgo es entendido:

“Tanto como una actividad formada bajo condiciones de incertidumbre o como una medida de ocurrencia de un evento esperado por una falla o como la probabilidad de un evento peligroso ocurra, infringiendo daño, o como la condición característica de la personalidad (grupo, sociedad). En el aspecto social de los riesgos, estos se demuestran como posibles peligros frente al orden de la vida pública.”(Shapovalova, Inna; Zakharov, Victor M.; Shmigirilova, Larisa N.; Anastasiy, Gozhenko; V.; Galina, 2016)

El Derecho Administrativo, en lo que al margen de tolerancia se refiere, se ha concentrado en la expulsión de una actuación administrativa, que en su formación cumplió con los parámetros de lo razonado y razonable, dejando de lado la solicitud reparatoria del recurrente; pero no se ha estudiado el riesgo que encierra todo emprendimiento empresarial.

La administración pública, bajo el principio de discrecionalidad, a partir de la suficiente motivación, es capaz de crear nuevos órganos administrativos con una misión y visión particulares, la creación va ligada a la expectativa de éxito o de fracaso. Si la planificación y ejecución de potestades y facultades atribuidas, no alcanza los fines necesarios, no es capaz de ejecutar las políticas públicas, no se consigue la tutela administrativa de las libertades de los individuos, será causa suficiente para la extinción de la personalidad jurídica; o, se llevará a cabo la fusión con otros órganos o entidades de la administración que le permiten alcanzar los objetivos planteados. Este escenario de incumplimiento del deber ser administrativo podría significar que las actuaciones emanadas sean cuestionadas; ya por no alcanzar los objetivos, ya por causar daño en sus destinatarios.

Se ha denominado “riesgo social y sociedad del riesgo”(BECK, 1998) a la idea de la incertidumbre que se halla implícita en las actividades humanas. Es indudable que la gestión de la administración pública también contiene el factor riesgo; que, al ponerse de manifiesto en el servicio público con potencial suficiente para ser capaz de causar daño, la sanción jurídica será la extinción del órgano o entidad administrativa, sin que conlleve la responsabilidad del Estado frente al ciudadano.

Se puede concluir que la responsabilidad objetiva del Estado determina como requisito inexcusable la existencia de la culpa. Una actuación que cumple con los requisitos de comprensibilidad, razonabilidad y lógica se entenderá suficientemente motivada, anulando así criterios culposos, y excluye la responsabilidad del Estado frente a las personas. Claro está que, frente a un acto administrativo que no es conforme a Derecho, el individuo no tiene la obligación jurídica de soportar el daño. La ilegalidad detectada en la anulación provoca la antijuridicidad del daño, en consecuencia, la obligación de reparar.

Los tribunales de justicia han dictado sentencias⁶⁵ en las que, si bien se ha resuelto la ilegalidad del acto, no ha sido suficiente para generar la responsabilidad de las Instituciones del estado. A partir de tal razonamiento, frente a una declaración de ilegalidad del acto administrativo, el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar el gravamen, por lo que surge la responsabilidad del Estado; mientras que, frente a un acto anulado, pero calificado como diligente y razonable, la persona si tiene el deber de soportarlo; en consecuencia, desaparece la responsabilidad.

3.2.2 Culpabilidad y Funcionamiento Anormal de la Administración

La ciencia jurídica ha puesto especial atención a la culpa, sea personal u objetivada, como el punto de partida de la determinación del funcionamiento anormal de la administración. Resulta más fácil

⁶⁵ Sentencia de 19 de junio 2018, rec. 2006/2016 Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. España

de reconocer la falta de deber de cuidado, la imprudencia, la mala práctica como títulos que generen daño en el ciudadano y sean los detonantes para atraer a la responsabilidad del Estado.

Resulta evidente que el ciudadano, no tiene el deber jurídico de soportar el daño resultado de una actuación deficiente de la Administración, cuando ésta no ha estado provista del diligente cuidado.

Sin embargo, no es tan fácil de distinguir la falta de oficio en la gestión de las entidades públicas, puesto que se ingresa en un espacio poco alentador de indeterminaciones jurídicas, actuaciones atípicas que deberán ser superadas, generalmente por los principios del derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso “Aloeboetoe y Otros”⁶⁶ desarrolla las reparaciones a favor de las personas que sufren una actuación ilegítima de los servidores públicos y determina las reparaciones a las que hay lugar por el daño material y por el daño moral que han sufrido las víctimas, determinándose que el Gobierno de Suriname no cumplió con su obligación de respetar los derechos y las libertades garantizadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Artículo 63.1 Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”(OEA, 1969)

En el caso, se desarrolla uno de los principios generales del derecho *neminem laedere* – no hacer daño a otros. Se ha identificado a los individuos que han recibido una disminución y vulneración

⁶⁶ Sentencia dictada el 10 de septiembre de 1993. La Corte analiza hechos sucedidos el 31 de diciembre de 1987 “...En Atjoni, más de 20 cimarrones (maroons / buhshnegroes) varones inermes habrían sido atacados, vejados y golpeados con las culatas de sus armas por un grupo de militares y algunos de ellos habrían sido heridos con bayonetas y cuchillos y detenidos bajo sospecha de que eran miembros del grupo subversivo Comando de la Selva. Habría habido unos 5^º testigos”

de los derechos que la Administración estaba obligada a tutelar; el Estado ha creado un riesgo que provoca un daño focalizado que ha de generar la consecuencia jurídica de la reparación. Se pone de manifiesto el funcionamiento anormal del Estado.

El funcionamiento anormal de la Administración descarta; en primer lugar, la *lex artis* que pudiera presentarse en el imprescindible servicio sanitario para combatir una pandemia mundial, como en el caso analizado en el apartado anterior; y, en segundo lugar, la “ignorancia invencible del riesgo creado por la Administración” que hace referencia al estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica.

3.2.3 La Antijuridicidad de la Actuación Administrativa y la Reparación

Todas las actuaciones de la administración pública y las actividades llevadas a cabo por los servidores públicos, quienes ejercen competencias atribuidas por la ley, involucran ciertos riesgos “los cuales no podrían eliminarse por completo sin, a su vez, renunciar a los beneficios que esas actividades proporcionan”(Jacobs, 1996). Paradigmáticamente, siempre que exista tráfico rodado, es inevitable que se produzcan algunos accidentes, aun cuando los conductores observen la mayor precaución posible; de todas formas, dentro de ciertos márgenes, tales consecuencias se ven recompensadas por las ventajas que entraña para la población contar con medios de transporte modernos”(Roxin, 1997). La idea del riesgo permitido dibuja el margen de tolerancia, a las actividades peligrosas que son necesarias para el desenvolvimiento de la actividad administrativa. La antijuridicidad en la actuación de la administración se verá determinada por el grado de incursión de la actividad en riesgos no necesarios e incluso en riesgos prohibidos. En el derecho penal, son frecuentes los pasajes jurídicos en los que se han reglamentado los riesgos como la regla que establece el límite máximo de la velocidad en el tránsito o el límite máximo de alcohol en la

sangre para conducir un vehículo, para Claus Roxin, la infracción de esas normas es un indicio de la creación de un riesgo prohibido. En el derecho administrativo no existen limitaciones específicas que permitan determinar el límite de un riesgo permitido; por lo que, con frecuencia se recurre a la ponderación.

En el Ecuador ha resultado un caso emblemático el juzgamiento del expresidente Rafael Correa en calidad de autor mediato en el caso de cohecho denominado Sobornos 2012-2016⁶⁷, puesto que uno de sus argumentos de defensa se concentró en alegar que únicamente se produjo un pacto entre contratantes en procura de mejores condiciones comerciales. El problema jurídico para el derecho administrativo consiste en la determinación del margen de riesgo permitido al servicio público. En el caso en mención, cómo distinguir en los hechos, el ofrecimiento y aceptación de regalos, el pacto entre privados, de los sobornos; por lo que, deberá distinguirse y determinarse si existe dolo de aceptación y ofrecimiento de sobornos.

Sin lugar a duda, uno de los elementos relevantes de estudio es el dolo, que entendido como un condicionante psíquico (voluntad, conocimiento, etc.) es parte del tipo subjetivo de cualquier delito. En la actuación administrativa el dolo deberá inferirse de los datos externos, pues el principio de legalidad induce a pensar que la voluntad ha surgido del ejercicio de una legítima competencia atribuida.

La antijuridicidad del acto administrativo estará determinada por los ejercicios de control del acto administrativo; control no sólo del ejercicio de las atribuciones, sino de tutela del bien jurídico protegido. Surge el principio de última ratio del derecho penal, que sostiene que la sanción penal

⁶⁷ <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/sentencia-recursos-casacion-sobornos-rafael-correa-ecuador>

de una conducta, solo se justifica cuando los mecanismos menos leves, no pueden alcanzar mecanismos idóneos de prevención.

La corrupción administrativa, resulta ser una de las infracciones administrativas que más análisis jurídicos ha permitido. Por una parte, el legislador ha construido las normas penales para criminalizar al infractor; mientras que, por otra también se ha desarrollado un régimen administrativo disciplinario sancionador. El legislador ha concentrado opciones discrecionales de sanción de las actuaciones antijurídicas.

El régimen sancionador penal de última ratio busca la prevención de nuevas conductas delictuales. El reproche social y la criminalización de la conducta se ha de entender “mas bien como una directriz político criminal, antes que como un mandato vinculante”(Roxin, 1997)

No existen estudios de criminología serios que demuestren cuál es el procedimiento que aporta mayor eficacia en la tarea preventiva; bien la criminalización de la actuación administrativa; o, bien la aplicación del régimen administrativo sancionador. Mientras no se obtenga la respuesta adecuada, las infracciones administrativas y la corrupción, frecuentemente constituirán la escandalosa noticia que pone al descubierto una deficiente Administración pública; “desde una perspectiva de política criminal, existen razones para suponer que el traslado de la sanción de estos comportamientos al ámbito administrativo no constituye la alternativa más eficiente”(Rusca, 2021)

Tanto las normas penales como el régimen administrativo sancionador han insistido en el castigo que debe aplicársele al infractor, sin que en los procedimientos de juzgamiento se haya revisado el valor del acto administrativo fruto de la actividad antijurídica; mucho menos se ha detenido a pensar en la posibilidad de resarcimiento de los daños que el acto ha provocado en la población.

El control de las actuaciones de la administración pública, en el estado constitucional de derechos, exige el formal impulso de un mecanismo de revisión del acto administrativo que ha sido el resultado del ejercicio de la actividad penalmente relevante del servidor público, hasta conseguir la expulsión de la actuación del ordenamiento jurídico. Resultaría inverosímil sancionar al infractor y dejar que el acto administrativo producido, por el que fue sancionado, siga produciendo efectos jurídicos desfavorables, irrogando gravamen y atribuyendo responsabilidad objetiva al Estado.

El acto ilegítimo no obliga al individuo a soportar el daño; en consecuencia, cabe la reparación. El acto razonado y razonable, no supone que el individuo sea agraviado; por lo que, no cabe la determinación de la responsabilidad objetiva del Estado. El acto antijurídico, que se inserta en la esfera de lo criminal y en la esfera de la sanción administrativa, no obliga de ninguna manera al agente a soportar el daño, por lo que deberá determinarse la responsabilidad objetiva del estado y se configurará el derecho a la reparación. “El sistema de responsabilidad extracontractual del Sector Público tiene una vocación claramente garantista en relación con los derechos de los ciudadanos, así mismo deviene en uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho”(Capilla Vidal, 2020).

3.2.4 Ausencia del Servicio Público

El objeto de estudio de este capítulo ha versado en los efectos del acto administrativo normal, culposo y antijurídico; así como en las consecuencias que provocan daño en las personas. Sin embargo, conviene revisar la posibilidad de ausencia de servicio público, por ende, falta de actos administrativos y las consecuencias.

Para ilustrar, se menciona el caso de “La Ausencia del Defensor del Pueblo en Argentina: siete años sin representación colectiva”(Basaure Miranda, 2017) en el que, a decir del autor, se ha impedido el nombramiento de un nuevo Defensor del Pueblo de la Nación en Argentina.

Conforme a la orientación constitucional de la Administración, siempre ha de procurar la defensa de las libertades de los individuos. Bajo esta premisa, en la legislación argentina⁶⁸ el Defensor del Pueblo surge como un “órgano de control de la administración pública a la vez que un garante de los derechos humanos” siendo investido de una característica sustancial: la legitimación procesal, que le habilita a intervenir en las causas de incidencia colectiva (derechos ambientales, derechos de consumidores, etc).

En el año 2009 Eduardo Mondino renunció a la titularidad de la Defensoría, antes de cumplir la totalidad de su segundo mandato, dejando como reemplazante a su adjunto; quien, conforme a las normas de la Constitución, subroga de forma provisional al ausente, sin ejercer la plenitud de sus atribuciones, en especial sin ejercer la legitimación procesal. La ausencia del Defensor del Pueblo argentino provoca que las afectaciones a los colectivos, provocadas por la Administración Pública, que si bien podrían haber sido denunciadas por los particulares, éstos se encontrarían con que no cuentan con la suficiente legitimación que les permita activar los órganos jurisdiccionales. Tal circunstancia fue advertida por los Jueces de la Corte Argentina quienes exhortaron a los legisladores a designar al Defensor del Pueblo; así también la Organización de Estados Americanos (OEA), por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre el 153 Período de Sesiones del 29 de diciembre de 2014, instó al estado argentino a tomar todas las medidas para la designación del Defensor del Pueblo.

⁶⁸ Debate Constituyente 1994

Es evidente que, en el caso examinado, se produce la ausencia del Defensor del Pueblo y como consecuencia se pone de manifiesto la inexistencia del ejercicio de legitimación procesal en los casos de vulneración de derechos colectivos, y resulta innegable que tal vacío administrativo provoca efectos administrativos adversos.

En un estado democrático la existencia de la administración pública es garantía de las libertades de las personas. La ausencia o inexistencia del servicio público provocará la generación de efectos administrativos que provocan la disminución de los derechos de los ciudadanos, puesto que no solo se advertirá la falta del ejercicio de legitimación procesal como en el caso argentino, sino que la inactividad provocará, que quienes conforman el colectivo afectado, no puedan demandar el restablecimiento de sus derechos conculcados; es decir, se provocan una serie de vulneraciones de derechos y daños en cadena, uno tras de otro, generándose así un escenario injusto de indefensión global.

La ausencia del servicio público produce efectos jurídicos generales, irroga daño a las personas y genera la responsabilidad objetiva del Estado.

3.3 Control de la Administración Pública Desconcentrada

En la doctrina más autorizada de la ciencia jurídica de España, se define a la desconcentración como “aquel principio jurídico de organización administrativa en virtud del cual se confiere con carácter exclusivo una determinada competencia a uno de los órganos encuadrados dentro de una jerarquía administrativa, pero sin ocupar la cúspide de la misma”(De la Vallina Velarde, 1961); o dicho de otra manera “es la atribución de competencias del órgano superior, o del central a otro periférico, en el ámbito de una misma persona jurídico-administrativa”(Martínez Marín, 1996).

Entre los atributos y facultades de la administración pública consta la delegación de potestades, que supone la transferencia de competencias de una entidad a sus órganos, siempre dentro de la persona jurídica, sin que tal delegación suponga un rompimiento del orden jerárquico constituido. Conviene mencionar que la delegación no es producto del estado de necesidad del Estado, sino que se funda en el principio de oportunidad, a fin de que la gestión de la administración sea más conveniente.

La potestad de delegar competencias, procura “aligerar la carga burocrática del jerarca máximo y además, satisfacer más eficientemente las necesidades públicas”(Soto Kloss, 1992); como tal, la desconcentración es una herramienta que permite atenuar la centralización, y con claridad se establece el propósito de mejoramiento de la cobertura administrativa de los derechos de las personas. Se puede afirmar que la desconcentración procede mediante la delegación de competencias y facultades en cualquier entidad y órgano administrativo, siempre desde el superior jerárquico hacia el subordinado, en la misma persona jurídica. Tanto el delegante como el delegatario de la atribución administración deben compartir idéntica competencia formal y material

El artículo 227⁶⁹ de la Constitución de la República del Ecuador consagra a la desconcentración como uno de los principios rectores de la administración pública, pero no se identifica si se refiere a una desconcentración de tipo “funcional o territorial”(Ferrada Bórquez, 2019). La desconcentración funcional consiste en la delegación de facultades específicas, de un órgano central a un desconcentrado, o entre órganos desconcentrados, que operan en la misma región; mientras que, la desconcentrado territorial se produce con la transferencia de facultades concretas

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 227: La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

de un órgano central a otro órgano periférico, dependiente del central, pero que ejerce sus atribuciones en un espacio geográfico determinado.

La línea de estudio que nos ocupa, para delimitar adecuadamente el contenido de este apartado, hemos de indicar que la de desconcentrado corresponderá al estudio y control del funcionamiento de la administración pública, en la que es posible verificar que el desenvolvimiento y ejercicio de atribuciones y facultades, tanto de la administración central, como de la administración periférica. Se identifica que, la gestión del órgano que transfiere, como del que recepta la facultad, se hallan cobijados por un idéntico sistema de responsabilidad. En la dinámica de desconcentración funcional y territorial, el órgano administrativo delegatario de la facultad, ejerce de modo específico la responsabilidad, y su funcionamiento involucra de forma directa la gestión del órgano jerárquico superior.

El funcionamiento normal, el mal funcionamiento, la actuación antijurídica e incluso la falta de provisión de servicio, en el que incurra la administración pública desconcentrada, irradia responsabilidad al órgano jerárquico mandante. La delegación de facultades no exime de responsabilidad al superior jerárquico; por el contrario, la delegación y transferencia, dibuja una conexión jurídica inexorable entre el delegante y el delegado, que involucra no solo el ejercicio de control y autoridad del superior, sino que la responsabilidad de la gestión se considera como un solo agente ejecutor.

Los servicios desconcentrados, que se ejercen dentro de una entidad administrativa unitaria, estarán sometidos a un régimen de responsabilidad general integral, en donde la corrección o incorrección en su gestión, de uno, o varios de sus delegatorios, involucra a la integralidad de la persona jurídica.

Un elemento necesario, para la delegación de facultades, es la confianza en el órgano delegatario, que se muestra capaz de ejercer la facultad que le ha sido transferida. Le corresponde al órgano desconcentrado el ejercicio *in situ* de las competencias, delegadas por el superior jerarca, con el mismo nivel de responsabilidad, añadiéndose incluso que en la gestión se incorporan a las propias y específicas características y circunstancias del lugar. La administración desconcentrada ejerce responsabilidades producto del desdoblamiento de la gestión central, que añade a la responsabilidad original, la innegable obligación de atender asuntos particulares que pudieron no ser percibidos por la administración central.

Por cuanto el órgano desconcentrado ejerce atribuciones transferidas, en una misma personalidad jurídica, manteniéndose la estructura jerárquica, desarrollando una gestión unitaria que involucra la responsabilidad general; frente a un reclamo de un ciudadano por el inadecuado servicio, no resulta idóneo un recurso jerárquico ante el superior. La solución del problema jurídico, en procura del resarcimiento de los derechos vulnerados del agraviado, le corresponderá a otro órgano administrativo con potestad contralora; o bien, a un órgano jurisdiccional de administración de justicia. No resulta pertinente alegar otra forma de control sobre la administración desconcentrada, pues se presenta la “diferencia entre el control jerárquico y la tutela administrativa”(Landwerlin, 1984). El jerárquico únicamente podrá dirigir instrucciones, por medio de actos administrativos que contengan la voluntad orientadora de la administración, al desconcentrado, puesto que no se podrá trastocar las facultades atribuidas, que ya son de su competencia exclusiva.

La responsabilidad única ejercida por la autoridad central y por el órgano desconcentrado, exige un control permanente de gestión, que encasille su actuación en la consecución de los objetivos institucionales. La administración desconcentrada no deja de ser parte de la función administrativa que procura el bien común de los individuos, ejercitada de forma sistémica, ordenada. Si bien la

responsabilidad en la actuación involucra al superior jerárquico y al desconcentrado, se ha de tener en cuenta que, por el efecto de la delegación de competencias, se ha confiado al desconcentrado el deber jurídico de procurar el bien común.

La desconcentración como principio no es exclusiva del Estado o Gobierno Central, sino que también se presenta como una herramienta de gestión de otras entidades y órganos que corresponden a la organización política del estado.

La gestión de la administración pública desconcentrada, que genere responsabilidad administrativa, disciplinaria, civil y penal, capaz de provocar daños a terceros, significará que el Estado es patrimonialmente responsable.

3.4 El Control de las Potestades de la Administración

La administración pública dispone de “múltiples potestades”(Huergo Lora, 1995) que le permiten no solo el ejercicio de sus facultades y competencias atribuidas en la ley, sino además podrán crear, modificar, delegar o extinguir sus competencias. El ejercicio de las potestades de la Administración es la dinámica misma de la gestión del Estado.

3.4.1 Control de la Discrecionalidad

El alcance conceptual de la potestad discrecional ha supuesto una particular dificultad para el derecho administrativo; no obstante, si se ha de considerar un “denominador común que configura un supra concepto”(Desdentado, 1996) se entenderá que, frente a un cúmulo de posibilidades decisorias, todas válidas, la discrecionalidad significará la libertad que le permita a la Administración pública la posibilidad de elegir (discrecionalidad de elección); así también se entenderá la libertad de la administración de elegir entre actividad e inactividad (discrecionalidad

de actuación). En uno u otro caso, la discrecionalidad enfrentará los límites sembrados por los criterios jurídicos, la arbitrariedad, la racionalidad y la objetividad, que caracterizan a la administración pública.

Los criterios jurídicos suponen una adecuación y margen de actuación de la administración pública; sin embargo, el delicado límite de lo jurídico a lo político, podría desvanecerse con relativa frecuencia. Los principios derivados de la separación de poderes se inundan con la operación de la función administrativa, que otorga un margen de maniobra política sin fin; que a menudo podría significar una base soportada en criterios antijurídicos de la potestad discrecional. Tómese por ejemplo la sanción de destitución⁷⁰ a los magistrados de la corte suprema, que ha puesto de manifiesto la superposición de la voluntad política ante el ordenamiento constituido. Incluso se ha considerado que la justicia se caracteriza por “su subordinación al poder”(Pásara, 2019). Resuenan las alertas y se aviva el debate frente a este tipo de decisiones que adopta el ejecutivo que, a las claras, son actuaciones administrativas a partir de un criterio antijurídico.

El control de la actuación de la autoridad, frente a la dimensión del poder, supone un profundo reconocimiento de las potestades de las que se halla investida la autoridad, pero siempre circunscrita al orden jurídico nacional y convencional. La decisión elegida y adoptada por la autoridad, no requiere mayor examinación puesto que no presenta duda que se halla en el espacio de lo irracional, imprudente y arbitrario. La determinación del problema, la solución jurídica, la detección del daño y la atribución de responsabilidad al Estado, suele requerir años de litigación ante cortes y tribunales que, generalmente se decantan en una decisión proveniente de un órgano judicial supranacional, que procurará ofertar soluciones que; por una parte, encausen a la

⁷⁰ El Salvador: destitución de jueces enciende alarmas por autoritarismo. 03 de mayo de 2021. Tomado de www.eltiempo.com

administración pública en el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente; y por otra, en la orientación del servicio público al respeto de los derechos de las personas e incluso en la vigencia de la separación de los poderes que caracteriza a la República.

La transgresión del límite negativo de la arbitrariedad, que bien podría considerarse como una actuación antijurídica, permitirá que los administradores de justicia de un órgano jurisdiccional sancionen al acto resultante del ejercicio discrecional.

La objetividad en el cumplimiento de las potestades discrecionales de la administración pública presenta un escenario en el que; no siempre los poderes o elementos discrecionales de la expresión de la voluntad tienen un precedente discrecional reglado. No siempre la actuación discrecional de la administración se refiere a un precepto predeterminado.

La vigencia de conceptos jurídicos indeterminados, las anomias en el derecho administrativo y la procura constante de generar una buena administración, permiten cierta elasticidad de la manifestación de la voluntad administrativa, la cual no siempre opera con apego a conductas predeterminadas por la norma jurídica. Frente a ello, el control del acto discrecional estará construido por la motivación⁷¹, que exigirá que el acto administrativo deleve la racionalidad de su contenido, se promoverá la comprensibilidad de que su actuación no provoca gravamen a los derechos de los administrados, ni violenta la estructura y superestructura del Estado, determinándose así que, su intención ulterior, se orienta a la promoción de los derechos.

Se pone de manifiesto que con el ejercicio de la potestad discrecional, “de un modo u otro, la Administración participa en la creación del derecho”(Cassagne, 2009); siendo el límite de la potestad discrecional, en el ámbito administrativo, la exposición argumentativa de lo razonable y

⁷¹ Entendiéndose por motivación a una de las garantías que configuran el derecho al debido proceso, que conste en el catálogo de los derechos humanos.

racional de su actuación; y, en el ámbito contencioso, el límite y control se trazará con el juzgamiento de un operador de justicia que resuelva la expulsión del acto.

3.4.2 Control de Legalidad

La promoción de los derechos de las personas, entendida como el objetivo central de la actuación administrativa, requiere el ejercicio de una amplia gama de potestades y facultades, que le hayan sido atribuidas de forma legítima a la entidad administrativa. Se pone de manifiesto que el principio de legalidad es el punto de partida de la actividad administradora y de gestión del Estado. La administración pública se deberá concebir como “una estructura organizacional desarrollada por funcionarios o empleados estatales para garantizar el cumplimiento del servicio público” (Basconcelos, 2005).

Un primigenio ejercicio de control se orienta a la comparación, entre el acto producido por la administración pública, con la norma jurídica que contempló tal actividad; de tal suerte que el ejercicio de la potestad contralora del organismo de control, únicamente se limitaba a realizar esta comparativa, midiendo la elasticidad del acto administrativo con la cobertura de la norma. Se obtiene así que, el acto administrativo supera el control de legalidad cuando la voluntad de la autoridad se halla subsumida de forma íntegra al precepto jurídico. La autoridad contralora, para ejercer el control de legalidad, solo se concentra, en este análisis, en el contraste acto-norma, “no podría sin sobrepasar su competencia, pronunciarse sobre el mérito del acto, a ella le estaría vedado fiscalizar la conveniencia u oportunidad de los actos de la administración”(Millar Silva, 2019).

El pensamiento constitucional introducido en la gestión operativa de la administración pública, no se agota con la verificación de facultades legales ejercidas en actos administrativos, sino que requiere la exposición de argumentos motivados para que el acto administrativo produzca efectos

jurídicos, so pena de ser sancionado con nulidad. Se requerirá la argumentación de razones jurídicas, la exposición del “mérito”(Soto Kloss, 1988), la oportunidad y la conveniencia; a fin de que el acto administrativo supere el control de legalidad.

En Latinoamérica, de forma particular en el Ecuador, la norma constitucional⁷², otorga a la Contraloría General del Estado la potestad de dirigir el sistema de control administrativo, que ha permitido desarrollar ejercicios de revisión de oportunidad y conveniencia en la gestión de la administración; habiéndose incluso, temporalmente limitado el ejercicio de control con la Enmienda S/N publicada en el Registro Oficial 653-S del 21-XII-2015, que bajo el mandato e iniciativa de Rafael Correa se propuso una actuación contralora desprovista de la posibilidad de auditar la gestión del servicio público, habiendo sido derogada tal enmienda mediante la Sentencia de la Corte Constitucional 018-18-SIN-CC publicada en el Registro Oficial E.C. 79, 30-IV-2019. Nótese que el control del mérito del acto administrativo no es susceptible de ningún ejercicio de control por parte de la entidad contralora. La calificación jurídica de los hechos se relega a la apreciación posterior de quien ejerza el control sobre la actuación.

En lo que se refiere al control de legalidad posterior, los actos administrativos pueden ser objeto de “control judicial por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa”(Mondragón-Duarte, 2020), control que se efectúa por medio de la interposición de recursos que busquen la protección de los derechos de los administrados o, con los recursos de control de nulidad. Tanto la jurisprudencia, como la doctrina autorizada, han calificado a la decisión contenciosa administrativa como un control estricto de legalidad, sin que sea admitido el debate probatorio que fuera ya resuelto en el interior del procedimiento administrativo. Siendo éste un razonamiento restrictivo,

⁷² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 212: “Serán atribuciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna y auditoría externa...”

fundado principalmente en la potestad sancionadora atribuida a la administración pública; mientras que, al órgano jurisdiccional se le atribuye la potestad de juzgamiento de la legalidad del acto. Sin embargo, la orientación del Estado hacia la cobertura administrativa de los derechos humanos exige que el órgano jurisdiccional, que ejerce el control del acto administrativo, se pronuncie, no sólo respecto a los requisitos de formación legal de la voluntad de la administración, sino que exige un fallo que resuelva los hechos controvertidos de fondo. En consecuencia, la resolución del contencioso administrativo, que decide sobre aspectos de forma y fondo del acto administrativo, no contraviene las potestades de la administración pública.

No por el hecho de emanar de un servidor público atribuido de facultades el acto deviene en justo. Se exige un activismo judicial capaz de expulsar actos administrativos injustos que provocan un desmedido gravamen al individuo. No merece las credenciales de validez, legalidad y justicia un acto administrativo que no ha develado su comprensibilidad, su razonabilidad, lógica y consecuencia con el ordenamiento jurídico; por tal, frente al ejercicio de control judicial, corresponderá su expulsión.

3.4.3 Control Político de Legalidad

Se contempla, como un ejercicio de control político de legalidad, la censura de la actuación de las máximas autoridades administrativas a cargo del órgano legislativo, por medio denominado juicio político.

La Constitución del Ecuador contiene un apartado denominado “Control de Acción de Gobierno”⁷³, en el que se otorga la facultad al legislador para proceder, luego del trámite denominado juicio político, a censurar y destituir al mandatario, al vicepresidente, ministros de

⁷³ Constitución del Ecuador. Artículos 129, 130 y 131

estado y máximas autoridades que regentan las entidades de todos los poderes de la república. Se atribuye al legislador la máxima capacidad sancionadora que, por actuaciones administrativas, a su juicio, no sean compatibles con el ordenamiento jurídico, merezcan la sanción administrativa extrema. España, en su constitución⁷⁴ consagra también como atribución de las Cortes Generales la atribución de controlar al gobierno.

En el caso de Ecuador, la vigencia del control ejercido por la asamblea nacional, pone de manifiesto las maniobras político-administrativas de los países vecinos de la región, así como propone el continuismo⁷⁵ de la censura al ejecutivo que ha caracterizado el panorama político interno.

El *impeachment* es definido por la doctrina como “aquel proceso que: a) tiene características políticas; se origina por causas políticas; c) busca resultados políticos; d) se instaura bajo consideraciones de orden público; e) es juzgado siguiendo criterios políticos; f) sin por ello excluir, obvio decirlo, la adopción previa de criterios jurídicos”(Brossard de Souza Pinto, 1992).

En la actualidad, “una vez despojado de su origen histórico de corte monárquico”(Almagro Castro, 2019), se concentra en un solo instituto, propósitos políticos; valoración de la gestión y actuación administrativa; ejercicio de la potestad disciplinaria; atribución de la facultad sancionadora en un procedimiento calificado como juicio; ejercido por el poder legislativo.

El *impeachment*, conforme a la norma suprema, se presenta como un mecanismo excepcional de evaluación de la gestión del jerarca administrativo, que ha sido sometido a juicio de censura. La

⁷⁴ Constitución de España. Artículo 66

⁷⁵ A partir de la década de 1990, varios presidentes de la República en el Ecuador han sido destituidos: Abdalá Bucaram (10 de agosto de 1996-06 de febrero de 1977; Jamil Mahuad (10 de agosto de 1998-21 de enero de 2000); Lucio Gutiérrez (15 de enero 2003-20 de abril de 2005)

evaluación puede orientarse, a la revisión de la gestión de la administración o, a la revisión de actuaciones administrativas específicas.

La administración pública, con el propósito tutelador de las libertades de las personas, diseña objetivos institucionales, a partir de aquellos se establece la misión institucional. Al someter la gestión del mandatario a un juicio de gestión, se deberá crear una herramienta que permita identificar el grado de cercanía del trabajo realizado, con el propósito planificado. La evaluación busca detectar el grado de no cobertura de protección de derechos. Significará entonces que, en este propósito, permanecerá bajo el ojo inquisitivo del legislador sancionador, todo el acervo de política pública, dictámenes, decretos y más producción administrativa, lo que podría traducirse en una tarea físicamente imposible de evaluar por la extensión y volumen de la producción administrativa.

Si el enjuiciamiento político se orienta hacia ejercer el control con la finalidad de realizar la evaluación de una actuación administrativa, corresponderá la verificación de si la actuación ha sido ejercida bajo el principio de legalidad, si cumple con el principio de oportunidad, si es una actuación de mérito y si el acto ha sido suficientemente motivado. En el primer indicador, que corresponde a la verificación si la actuación, del que ha sido sometido a juzgamiento, consta o no en el catálogo de competencias y facultades atribuidas, no se presenta mayor dificultad jurídica. Queda claro que el ejercicio desorbitante de las potestades y facultades, raya en la antijuridicidad de la actuación. El principio de legalidad precisamente consta como un limitador del poder atribuido a la autoridad, que permite asegurar la democracia; su transgresión, provoca que la gestión del evaluado sea totalitaria, sin más límite que su propia voluntad. En el Ecuador, se requiere de un dictamen de la Corte Constitucional que permita la identificación de la actuación exorbitante, se le atribuye al máximo tribunal constitucional la potestad de evaluar la actuación y

de dimensionar el espacio de gestión y límites de la máxima autoridad enjuiciada. Llama la atención que, entre las potestades de la Corte Constitucional previstas en la norma suprema⁷⁶, no consta tal facultad.

Respecto a si la actuación administrativa, motivo del enjuiciamiento, fue de mérito, cumplió con el principio de oportunidad y ha sido motivada; se requerirá de una examinación técnico-jurídica que, revise la planificación institucional, determine la existencia de la necesidad del pronunciamiento de la administración, confirme si la voluntad emanó en el momento administrativo adecuado y si su contenido guarda conformidad con los indicadores de razonabilidad, racionalidad y lógica. Es imprescindible determinar, de forma taxativa, si únicamente los actos administrativos, calificados como antijurídicos o dolosos, son susceptibles de control político; o bien, si se han de considerar todos los actos que irrogan gravamen lo que pondría, en el escenario del enjuiciamiento, a un sin fin de actuaciones. Este ejercicio de control no es atribuible al enjuiciamiento político que, de forma exclusiva, busca la verificación del ejercicio de poder del sumariado, procura determinar si su ejercicio conoció límites legales, desatendiéndose del contenido de la actuación.

Frente al *impeachment* el poder legislativo se transforma en un tribunal capaz de juzgar un delito de responsabilidad(Alfonso Da Silva, 2005). Postulado que merece particular atención. La máxima sanción de destitución en contra del mandatario se produce por “1. Delitos contra de la seguridad del Estado. 2. Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito. 3. Por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia. Para iniciar el juicio político se requerirá el dictamen de admisibilidad

⁷⁶ Constitución de Ecuador. Artículos 436, 437 y 438

de la Corte Constitucional, pero no será necesario el enjuiciamiento penal previo”(Asamblea Constituyente, 2008).

La norma *in examine*, traslada la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado al legislador, quien deberá emprender en un sistema procesal que involucra un esquema de valoración política de medios probatorios, que permita atribuir la responsabilidad penal, más allá de toda duda razonable, al enjuiciado.

La decisión condenatoria que asume el parlamento se decantará en la medición de votos provenientes de la fuerza política de choque, que sea capaz de tener influencia política para lograrlo. Se desvanecen los dogmas punitivos propios del derecho penal, respecto a la determinación de la responsabilidad del imputado. La vindicta pública es superada por la conveniencia política del momento, cuyo propósito está en despojar del poder al mandatario. Se reemplaza motivación penal por agrupación de votos. Y; por si fuera poco, se halla implementada la imposibilidad material de recurrir el fallo político.

La recuperación del estado de derecho, argüida por los promotores de este ejercicio, está muy lejos de alcanzarse, se pone de manifiesto “una actitud, difícil de negarlo, bien parecida a un golpe de Estado”(Piñero, 2014). El juicio político, introduce una idea equivocada de asimilación de un proceso parlamentario a un enjuiciamiento empoderado de derechos y garantías resuelto puesto en conocimiento de jueces y tribunales. La no exigencia de una sentencia ejecutoriada como requisito previo, traslada la facultad punitiva al legislador, que provoca una inusitada ruptura de facultades que desconocen a los órganos de administración de justicia.

La idea de república, contenida en la justa posibilidad de ejercer y ser objeto de control entre los poderes públicos, no puede convertirse, a nombre de juicio político, en un instituto que se atribuya funciones al parlamento que no le son propias de su ejercicio. Se produciría, a título de juicio

político, la descalificación de la autoridad que fue elegida mediante un ejercicio de democracia directa, mediante un procedimiento ejercido a la sombra del derecho.

Capítulo IV

Búsqueda del Equilibrio.

En el cuarto capítulo se lleva a cabo un análisis del control ejercido en las entidades de la Administración Pública del Ecuador. El capítulo se construye con herramientas metodológicas multidisciplinarias y resultados estadísticos que revelan la dinámica de la actividad estatal.

La configuración organizacional del Estado ha sido enriquecida por diversos saberes científicos; mientras que el Derecho Administrativo se ha ocupado de la producción de los actos administrativos y de su control judicial y constitucional.

La determinación del daño posterior que causa la actividad e inactividad de la administración pública ha inquietado a los juristas que procuran establecer las dimensiones materiales e inmateriales.

En este capítulo, luego de la presentación de los resultados del control, se propone un control anterior a la producción del daño.

4.1 Las Tensiones

El postulado constitucional que orienta a la administración pública hacia la promoción los derechos ha sido motivo de constante preocupación para la ciencia jurídica. La misión y la configuración organizacional del Estado ha sido tradicionalmente enriquecida por varias ramas del derecho y por las ciencias administrativas, sin que se haya trazado una conexión científica de aceptación mayoritaria.

La teoría democrática, la del constitucionalismo y la del derecho administrativo han presentado “tensiones y oposiciones”(Gargarella, 2003) entre la democracia, los derechos humanos y la operatividad jurídica del Estado.

A partir del constitucionalismo, el profesor Luigi Ferrajoli ha planteado que los derechos “delimitan el campo de lo que no debe discutirse”⁷⁷, un espacio que se abstrae de la decisión mayoritaria de las fuerzas políticas y que sirve, de insumo para el diseño del objetivo institucional, de límite para la gestión, y de argumento para la expulsión del acto administrativo que se oponga.

El Ecuador, a partir de la promulgación oficial de la Constitución de Montecristi se calificó como estado constitucional de derechos y justicia. Implanta un sistema de democracia constitucional, en el que se somete la actuación estatal a la gobernanza de los derechos humanos; en el que los ejercicios de expresión de democracia, sometidos a la decisión de la mayoría de votos, no puede suponer la disminución del esquema de derechos. Por el contrario, las políticas públicas y la garantía de los derechos guardan conformidad total. Se construye una norma constitucional rígida que no puede reformarse sino por procedimientos especiales. Los jueces y la corte constitucional guardan el deber de imponer el derecho por sobre la política y el conflicto jurídico. “Con pulso firme y buen criterio el tribunal constitucional viene marcando la frontera entre la legalidad ordinaria y la Constitucional”(Anzola Gil, M.; Ayala Conraro, C.M.; Chinchilla, T.E.; Fernandez Segado, F.; Herdegen, M.; Lösing, N.; Nogüeira Alcalá, H; Pérez Ferreira, F.; Planas, P.; Quintero, C.; Richter, K.; Rodríguez Robles, S.; Ruíz Robledo, A.; Streinz, R.; Torrealba Santiago, 2006).

La teoría constitucional excluye al esquema de los derechos humanos de la discusión ciudadana y de la dinámica volitiva de los órganos y entidades públicos. Al no permitirse el escenario de discusión, las personas se someterán al pacto y consenso original, que regentará los derechos y

⁷⁷ Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”. Desde otra mirada. Comp. Christian Courtis. pp. 260-261

libertades que fueron elevados a esa categoría en un momento dado. Se impide a los agentes contemporáneos, argumentar su vigencia, desarrollo o expulsión. Se trata de un legado infranqueable e indiscutible, presentado incluso como un dogma de una sola vía: la del cumplimiento.

La rigidez que caracteriza a los derechos humanos construyó una administración pública con el enfoque irrestricto de su cumplimiento. El principio de legalidad atribuirá las competencias y facultades que orientan la protección de esas libertades. La administración liada a los derechos conservará la rigidez que les caracterizan; la evolución constante y la interacción entre entidades y personas, la dialéctica de la modernidad y la contemporaneidad, presentarán un aparato de gobierno contradictorio: Se debe a la promoción de los derechos primigenios y; a su vez, procurará la cobertura de las nuevas necesidades que, bajo el manto del interés general, en futuro próximo serán demandadas por los administrados.

Desde un punto de vista formal del Derecho Administrativo, el control de legalidad, ejercido por el juez de lo contencioso administrativo, será percibido como el órgano jurisdiccional capaz de modular la gestión de las entidades, para el fomento del estado constitucional. “La realización plena de esos derechos debe ser obra principalmente del Poder Judicial, al que hay que dotar de poderes jurídicos necesarios para ello”(Rubio Llorente, 1993). Se ha depositado confianza extrema al control de legalidad posterior que ejerce el juez sobre el acto administrativo, dotándole de la potestad jurisdiccional suficiente para expulsar del ordenamiento jurídico a la actuación estatal que no guarde conformidad con el ordenamiento jurídico.

Uno de los limitantes de los actos administrativos supone la activación del órgano jurisdiccional que, mediante una sentencia anulará la actuación y obligará a retrotraer los hechos al momento anterior a la expedición del acto. No se le ha facultado al juzgador la posibilidad de, una vez

expulsado el acto administrativo sancionado, dictar la actuación que en derecho correspondía. Aquello significaría atribuirle al juez el ejercicio de gobierno administrativo, y el traslado de las potestades de la administración al sancionador. El tribunal juzgará la ilegalidad del acto por exceso, por insuficiente o por inexistencia del ejercicio de las potestades administrativas; pero no podrá insinuar, mucho menos producir otro acto; será de cuenta de la administración el solventar el vacío producido.

El problema se plantea a partir de la producción formal de la norma y de la aplicación del estado en el hecho fáctico. La afirmación de que el tribunal constitucional y una norma suprema rígida sean suficientes para la configuración del estado constitucional; y, aquella que plantea que el juez de lo contencioso administrativo es el constructor del estado capaz de garantizar los derechos de las personas, cobran validez únicamente cuando se produce la vulneración de un derecho del ciudadano, activándose un control constitucional o jurisdiccional. Se concentra la atención de la ciencia constitucional y administrativa en el resultado gravoso.

Si le corresponde a la Administración Pública, bajo la potestad discrecional, ejercer la promoción de los derechos y adaptar su funcionalidad a los nuevos retos que exige la dinámica de la relación jurídica en el siglo XXI, se abre la posibilidad previa, de ejercer control de legalidad anterior al daño.

4.2 Ejercicio de la Potencialidad Discrecional

La persecución del interés general requiere de la manifestación de la voluntad de la Administración y de la producción de actos administrativos necesarios para la puesta en marcha de su actuación.

El fin ulterior de todas las entidades y órganos administrativos es actuar. De hecho, la inacción de

la administración es sancionada; puesto que ha de provocar daño en la persona que se halla desprovista del servicio público.

La configuración de la autoridad por medio de la delegación del poder ciudadano al Estado concentra en la Administración ese cúmulo de potestades que se traducen en capacidades de obra. No se trata de una transferencia de poder ideológico, sino que procura la transferencia de potestades que han de permitir obrar, decidir y actuar. Siempre esa atribución de facultades ha de provenir del pueblo que, materializada en forma de norma jurídica, permitirá la actividad de la administración.

La operación material de la Administración Pública no sólo otorga la potestad de acción, sino que resulta exigida por el principio de eficacia y eficiencia que la caracteriza. Por ser atribuidas por la ley, las facultades administrativas que se ejercerán son regladas y en consecuencia susceptibles de control por parte del tribunal contencioso administrativo. El margen de tolerancia y el riesgo intrínseco en la actuación estatal, presentará actividades que se excedan, que no sean suficientes o que se desarrollen al margen de la ley. Si la actividad gubernamental provocara disminución de los derechos fundamentales, el control será ejercido por el tribunal constitucional.

El acto administrativo guardará correspondencia absoluta con la norma jurídica vigente que lo contempló, constituyéndose en “garantía de acierto y oportunidad, además de legalidad”(Rebollo, 2014).

Dicho de otra forma, las facultades de la administración pública que posibilitan su gestión son atribuidas por la ley. Si el ordenamiento jurídico no confiere potestades, no hay acción posible de la Administración Pública. El control de legalidad que ejerce el juez se concentra en sancionar la ilegalidad al acto y en calificar la infracción de la administración por no haber observado las

potestades atribuidas. La libertad de operación de la administración pública encuentra su fuente, rango de actuación y límite en la potestad jurídica.

En un estado de legalidad, en el que la lectura de la realidad se filtra a través de la norma jurídica, es de fácil comprensión la atribución de potestades a la Administración a partir de la ley. Sin embargo, en las nociones de Estado Liberal, en el que “el Estado y el orden jurídico están para proteger los derechos, esencialmente, al de propiedad, que jamás es puesto en duda como derecho humano”(Cárdenas Gracia, 2017); y, más aún en el Estado constitucional, en donde la ley es desplazada por los derechos humanos que le son anteriores, incluso al Estado, la estructura conceptual de las atribuciones regladas presenta dificultades.

¿En qué medida la voluntad soberana expresada en la norma jurídica en un día puede configurar la actividad de la administración del mañana? La rigidez de la norma jurídica, e incluso la rigidez de la constitución no es, no debe ser una característica de un estado democrático, toda vez que las normas que la integran deben obedecer a una realidad social, la administración debe brindar cobertura a las necesidades actuales de los ciudadanos, las cuales pueden ir cambiando según converjan distintos factores. La Constitución de Francia de 1793, el artículo 28 manifiesta: “...un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”(Convención Nacional, 1793).

Queda señalada así que las potestades ejercidas por la Administración pública, con fuerte sujeción a la norma jurídica no abarca la dinámica total de la actividad, presentándose así un margen genérico trazado por la ley y un espacio particular delineado por la potestad discrecional. “La atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la ley es una técnica aplicable en la generalidad de casos, en la globalidad del quehacer administrativo”(Trayter Jiménez, 2017).

El catedrático español, a la posibilidad de acción específica, temporalmente discordante entre el hecho y la norma que regula la actividad administrativa la ha denominado supuesto de hecho normativo imperfecto: “La discrecionalidad administrativa solo opera frente a supuestos de hecho normativos imperfectos, mismos que generan discrecionalidad en la actuación de la administración pública debido a la inexistencia o imperfección del supuesto de hecho, que se debe ya a la falta, o ambigüedad de la norma vigente y aplicable en el ordenamiento jurídico, de ello que se conciba a la discrecionalidad como un habilitante para que la administración adopte una decisión ante una circunstancia dada”(Fernández, Tomás Ramón; García de Enterría, 2004)

4.2.1 Formas de Expresión de la Discrecionalidad en la Administración:

4.2.1.1 Discrecionalidad Política

Se presenta con el margen de apreciación política de la cual se halla revestida la autoridad, valorando por sí misma los aspectos y consecuencias políticas. Se debe tomar en cuenta que el ejecutivo tomará decisiones, que se decantan en actuaciones administrativas, sujetas no sólo a las orientaciones de cobertura del interés general, sino que incluso se promoverán a partir del cálculo del costo político y del riesgo. “La previsión del riesgo y las técnicas predictivas para ayudar a la toma de decisiones se han convertido en un lugar común en nuestra sociedad, sobre todo en los servicios públicos como seguridad, detección de fraudes de beneficios, salud, protección infantil y asistencia social”(Oswald, 2018). En la sociedad del conocimiento, se privilegia el manejo de datos, de redes de información y de algoritmos⁷⁸ que permiten el cálculo de la certeza política del

⁷⁸ En el Reino Unido se ha implantado el sistema de “Bosques Aleatorios” para llevar adelante el programa CHECKPOINT en el caso HART como una de las políticas de lucha contra la criminalidad.

gobernante, poniéndose de manifiesto un fuerte influjo de discrecionalidad política del tomador de decisiones en función del resultado esperado.

Frente a la actividad discrecional política el Derecho Administrativo ha de presentar amplias limitaciones de orden general y abstracto que privilegia la vigencia del orden democrático de convivencia en el que se ofertan varias posibilidades de acción, todas ellas válidas, enmarcadas en la responsabilidad política de la autoridad y que incluso escapan del control del juez, quien asume un papel discreto, casis siempre, revisor del principio de oportunidad. El derecho es orientador de la actividad gubernamental; no obstante, las razones del gobernante deben ser inteligibles y adecuadas. Deben permitir al auditorio comprender por qué la administración pública optó por una decisión dejando al margen las otras. Piénsese por ejemplo las actuaciones administrativas dictadas por la autoridad ejecutiva de cada país en el mundo, a partir de la predicción estadística de grandes datos digitales del impacto de SARS-COV-2. En Colombia “el modelo predictivo de Brown, arrojó como resultados los datos de las personas infectadas al finalizar el mes...”(Díaz Pinzón, 2020) que sirvieron como irrefutable y suficiente fundamento para decretar el estado de excepción⁷⁹ con restricción de libertades individuales.

4.2.1.2 Discrecionalidad Política y Modelos de Predicción

Conforme se ha manifestado, el antecedente de la actuación administrativa podría provenir de modelos de predicción estadística, que aportan un contenido de razonabilidad y oportunidad a la actividad. Uno de los casos relevantes, se produjo con la campaña político comunicativa presidencial del presidente Obama mediante la utilización de Big Data de ORACLE (Mariño-

⁷⁹ A partir del 1 de junio de 2020, mediante Boletín 1523 el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional. Fuente: <http://quito.consulado.gov.co>

Angoso, 2015). En la administración pública, las técnicas de predicción han despertado un particular interés y relevancia. El discurso político, la gestión del servicio público y la cobertura del interés general se despliegan con actuaciones que se desprenden de la potestad discrecional.

4.2.1.3 Discrecionalidad Técnica

La discrecionalidad técnica ocupa uno de los sitios de particular interés del Derecho Administrativo. Se pone de manifiesto en las actuaciones decisoras del tribunal calificador del servicio público que declaran a un ganador en un concurso de mérito y oposición. Supone la exteriorización de la voluntad del tribunal administrativo como resultado de un proceso seleccionador técnico para el ingreso a la carrera administrativa. “Se ha reconocido que los tribunales calificadores de oposiciones y concursos gozan de una amplia discrecionalidad técnica”(Iza, 1995).

La atención se ha concentrado en las impugnaciones judiciales de los actos administrativos fruto del ejercicio de la discrecionalidad técnica. Si la reclamación va en contra del examen que, a juicio del recurrente, no le ha otorgado el resultado esperado, se produce un ejercicio de control que ha provocado debates inacabados, temática en la que el profesor Sánchez Morón ha realizado importantes aportes en “lo relativo al control judicial de la discrecionalidad técnica”(Sánchez Morón, 2015). Se podrá ejercer el control judicial si el supuesto de reclamación se refiere al examen técnico-científico del proceso selectivo, en el que el recurrente, demuestra que el tribunal examinador incurrió en un “error patente (condición indispensable, según jurisprudencia, para anular una decisión adoptada en el ejercicio de la discrecionalidad técnica”(Salaverría, 2017)

Se procura en todo momento que la discrecionalidad técnica, ejercida por el tribunal calificador, no se transforme en arbitrariedad, pues el límite suele ser ambiguo.

La jurisprudencia española ha resuelto la nulidad frente al error manifiesto del tribunal calificador; no obstante, el juzgador se ve impedido de sancionar el examen y revocar la puntuación, eso sería un ejercicio de recalificación técnica impropio y ajeno de la administración de justicia; por lo que la decisión se orienta a la anulación de la examinación conflictuada.

Otro conflicto se produce en el ingreso a la carrera administrativa sin la ejecución del concurso de méritos y oposición. La pandemia mundial por Covid-19 y el servicio de salud pública que la ha enfrentado, permitió la formulación de normas que han permitido el ingreso⁸⁰ al servicio público al personal que laboró en primera línea de atención, bajo la modalidad de concursos restrictivos. Esta modalidad de ingreso a la carrera administrativa revela un desbordado ejercicio de la discrecionalidad técnica. Cualquier fundamentación normativa y solidaria ha de guardar conformidad con la norma constitucional que determina la existencia de concursos de méritos y oposición; por lo tanto, la restricción de acceso al concurso se deviene en el desconocimiento del derecho de igualdad de las personas; por lo que, en todos los casos, ha de recibir la sanción judicial.

4.2.1.4 Discrecionalidad Reglamentaria

La atribución de la potestad reglamentaria admite un amplio margen de discrecionalidad en su ejercicio. El reglamento es la norma producida por la administración pública, en ejercicio de una expresa facultad conferida por el ordenamiento jurídico, de rango inferior al de la ley.

El desenvolvimiento de la actividad de la organización pública propone, de forma frecuente, el cumplimiento de normas reglamentarias, tanto para la administración como para el administrado,

⁸⁰ En el 2021, en Ecuador se otorgaron 5.957 nombramientos definitivos en el Ministerio de Salud Pública como resultado de la aplicación de la Ley Humanitaria <https://www.edicionmedica.ec/secciones/profesionales/apenas-6-403-profesionales-de-salud-han-recibido-nombramientos-definitivos-en-cumplimiento-a-la-ley-humanitaria--97010>

dejando de lado incluso a la ley. La intensa actividad de la administración pública ha permitido que el legislador diseñe bases regulatorias dejando al reglamento la implementación de procedimientos, políticas públicas, habilitaciones y restricciones dentro de un enorme margen de discrecionalidad.

El Reglamento como resultado de la expresión de la administración que coadyuva a la implementación de la ley.

Conforme se ha dicho, el reglamento es la expresión de la voluntad de la administración pública, generada a partir de la necesidad de implementación fáctica de una fuente normativa regulatoria, que desde el ejercicio de la discrecionalidad y bajo el aval del ordenamiento jurídico, le permite a la entidad administrativa, adaptar su gestión con la finalidad de alcanzar el logro diseñado en la norma. Tal adaptación reglamentaria es el resultado de la potestad discrecional.

Para el caso ecuatoriano, la potestad reglamentaria⁸¹ se atribuye al Presidente de la República y a las máximas autoridades administrativas. Se pone de manifiesto una facultad extendida a los órganos de gobierno, quienes ostentan una expresa habilitación jurídica, en unos casos de orden constitucional, y en otras de orden inferior. El reglamento siempre se ubicará en un orden de inferioridad frente a la ley que pretende regular, de forma discrecional, asuntos internos de su gestión.

4.2.1.5 Discrecionalidad de Planeamiento

Para ilustrar, es conveniente el análisis a partir del caso de la transferencia de facultades discrecionales, bajo el principio de planificación.

⁸¹ Código Orgánico Administrativo del Ecuador: artículos 129 y 130

La Administración pública, luego del diseño de los objetivos institucionales, requiere la construcción de un derrotero procedimental que permita alcanzarlos. La planificación, como mandato de optimización, permitirá la constante adecuación de la gestión operacional. Este ejercicio permite a las entidades administrativas evaluar su dinámica, mantener las facultades de origen, transferir nuevas competencias, o centralizar bajo el criterio de eficacia y eficiencia administrativa. Así, el resultado del planeamiento determina las necesidades de transferencia discrecional de potestades gubernamentales, desde el nivel ejecutivo central a los órganos de gobierno descentralizados. Se transfieren entonces, de forma discrecional, las potestades de gobierno, que la entidad juzga necesarias para la consecución de resultados.

Las áreas de intervención social, como salud pública, ha puesto de manifiesto el crecimiento de transferencias discrecionales, realizadas desde el gobierno central hacia las municipalidades, como en el caso de Chile, en donde no solo se ha buscado el mejoramiento de la gestión y cobertura de los derechos de las personas, sino que se ha procurado una intervención fortalecida que se traduce en aceptación de los individuos con marcada orientación política: “las transferencias en estas áreas están condicionadas a factores políticos, debido a que mejoras en estas áreas, en el corto y mediano plazo, tienen un efecto directo en los votantes”(Acuña, Carrasco, Carrasco, & Cazor, 2017).

La planificación, como origen de la decisión discrecional, está condicionada por varios factores: el de la cobertura de los derechos, el del aseguramiento de la democracia y el del cálculo político; sin que sea posible visualizarlos uno separado del otro de forma diáfana; “a pesar de mejores diseños de política, la discrecionalidad de las transferencias como canal de ventaja electoral sigue siendo un elemento esencial en la implementación de transferencias”(Luna & Mardones, 2015)

4.3 Margen de Apreciación Discrecional de los Conceptos Jurídicos Indeterminados

Uno de los grandes temas de discusión, entre los juristas, ha surgido a partir de la revisión de la actuación discrecional de la Administración en la delimitación de los conceptos jurídicos indeterminados.

La Administración en uso de la potestad discrecional puede elegir entre varias opciones “de manera que cualquier solución que adopte es, en principio; jurídicamente irreprochable”(Brewer-Carías, 2007). Los esfuerzos mundiales por combatir la pandemia provocada por la Covid19 han permitido a la administración adoptar diferentes medidas; a veces distintivas, y a veces concomitantes como por ejemplo cierre de fronteras, cuarentena, prohibición de espectáculos públicos, vacunación, dependiendo del nivel de gravedad, por lo que cualquiera de estas medidas supera los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad. La competencia discrecional de la Administración se traduce en una operación “volitiva” que faculta a la administración elegir una alternativa entre varias posibles y jurídicamente válidas.

La apreciación discrecional de los conceptos jurídicos indeterminados es una operación “intelectiva” y es la propia Administración la que aporta contenido, juzga, crea y sanciona. Uno de los ejemplos más relevantes es la potestad de la Administración de formular la declaratoria de utilidad pública, la determinación del orden público, de la moral pública, etc. frente a los conceptos jurídicos indeterminados “siempre cabe que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos”(Nieto, 1964) No obstante, en palabras del citado autor, “la realidad administrativa es algo que no puede en fórmulas, por muy perfectas que éstas sean...”(Nieto, 1964) como supone el caso de los exámenes en un concurso de méritos y oposición.

4.4 Deficiencias y Dificultad en el Control

La decisión concreta de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados como ejercicio de la potestad discrecional le corresponde al poder ejecutivo, no al judicial.

Uno de los limitantes más comunes, del agotamiento de la discrecionalidad en el derecho alemán afirma que “aunque la decisión administrativa se tome en ejercicio de una potestad formalmente discrecional en ese supuesto específico solo quepa una solución conforme a derecho”(Huergo Lora, 2000). Si configuran varias decisiones posibles, aplicables a un mismo caso fáctico determinado, provoca que la actuación administrativa discrecional no sea enjuiciable.

La actividad de la Administración materializada en un sin fin de actividades, tantas y cuantas sean necesarias para la satisfacción plena de la libertad de las personas, ejercida desde la potestad discrecional volitiva e intelectual provoca un sistema de derecho administrativo permeable.

El control contencioso administrativo estará destinado a la determinación de la legalidad de la decisión discrecional, a la valoración de proporcionalidad, a la revisión de la lógica en su elección y a la determinación de la razonabilidad de su implementación. El control contencioso administrativo, sin duda, se verá desbordado si cada actuación de la Administración enfrentaría un juicio en su contra, por lo que la mayor parte de actuaciones, o todas ellas, serán ejercidas sin someterse a la decisión del juzgador, planteándose así un sin fin de actuaciones discrecionales de la Administración que escapan del control.

4.5 La Realidad del Control y los Resultados

Desde la óptica del Derecho Administrativo, se han trazado las teorías que dibujan el espectro de acción del control que se ejerce sobre la administración pública; el que ejerce el contencioso administrativo, y el que ejerce la propia administración, a fin de garantizar el oportuno

cumplimiento de las normas por parte de las entidades y organismos a fin de ser el brazo ejecutor de la política pública establecida por el poder ejecutivo.

La tarea de controlar a la Administración pública ha sido otorgada al juez contencioso administrativo, supone el desarrollo de una puesta en marcha del aparato jurisdiccional para contener las potestades de las administraciones, en la medida del marco constitucional y jurídico; entregándole así al juez el poder de sancionar los actos que provocan agravio. El control jurisdiccional ofrece control de última ratio. La potestad controladora y auditora es parte del cúmulo de atribuciones de las entidades y organismos públicos, que al aplicarse, es capaz de ofertar soluciones jurídicas en sede administrativa bajo el principio de la autotutela de la administración. En el siglo XXI la tecnología es parte de la cotidianidad del individuo y se ha constituido una poderosa herramienta de gestión en la administración. Los sistemas y tecnologías de información contribuyen al propósito de la gestión administrativa, se producen actos administrativos electrónicos y constantemente la voluntad ejecutiva se pone de manifiesto por medios electrónicos⁸² provocando efectos jurídicos en los administrados.

Día a día los recursos tecnológicos y la inteligencia artificial, ocupan espacios antes de desempeño obligatorio del servidor público, hoy de intervención tecnológica produciéndose el efecto denominado “Ciberleviatán”(Lasalle, 2019) que ofrece información de gestión y pone de manifiesto la transparencia, o falta de ella en las administraciones. Incluso la tendencia de la utilización de la inteligencia artificial ronda la actividad de los magistrados de justicia, “a vista de todo ello, parece aún bastante prematura y -discutible la imagen de un juez robot”(Solar Cayón,

⁸² <http://certificados.ministeriodegobierno.gob.ec/gestorcertificados/antecedentes/>
<https://certificadoimpedimento.trabajo.gob.ec/BusquedaImpedido/>
<https://srionlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/consulta/27>

2020) aunque diversos países como Estonia⁸³ y Francia⁸⁴ anuncian la puesta en marcha de proyectos pilotos como tribunales digitales.

La aparición de la inteligencia artificial en gestión de las entidades y organismos del Estado es una realidad, su apareamiento se produce más vertiginoso en la Administración y ralentizado en los órganos de justicia. Ningún servidor público ni juzgador es ajeno a la gestión tecnológica. Los resultados son publicados en plataformas web, en las que se pone en conocimiento del auditorio global sus aciertos y desaciertos, que permiten a la administración y al observador responsable emprender en propósitos de corrección y sanción.

4.6 Los Resultados del Control Administrativo: El Caso de Ecuador

A continuación, se presentan los resultados del control administrativo ejercido en el Ecuador que se ha sometido al escarnio global con la publicación de resultados en las páginas oficiales. Se interpretan los resultados del control administrativo bajo el ejercicio de la potestad auditora desarrollada por la Contraloría General del Estado. Los exámenes especiales estudiados, corresponden al año 2016 y 2017 en las entidades escrutadas según el plan de acción previsto y que han sido publicados en cumplimiento de transparencia. Se estudian 1086 resultados de exámenes especiales.

⁸³ <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>

⁸⁴ <https://www.rfi.fr/es/francia/20220106-la-justicia-algor%C3%ADmica-se-impone-en-francia>

4.6.1 Análisis Estadístico de la Base de Datos

En esta investigación se realiza un estudio de verificación del principio de legalidad en la gestión de la administración pública ecuatoriana, que procura determinar el grado de cumplimiento del ordenamiento jurídico. El cumplimiento permitirá identificar el rol de tutela de derechos que asume el poder público y el grado de satisfacción de los ciudadanos a partir de la medición de cumplimiento de normas. El objeto de la examinación pretende poner de manifiesto el grado de efectividad de cumplimiento de las obligaciones de entidades y organismos públicos.

Para el trabajo de investigación, se muestran los informes del ejercicio de control llevados a cabo por la Contraloría General del Estado Ecuatoriano durante los años 2016 y 2017, resultados presentados como Exámenes de producto del procedimiento administrativo y puesta en marcha de la potestad auditora, en los que se pone en evidencia la determinación de responsabilidades.

4.6.2 Delimitación de la Población

En el Ecuador existen tres mil ciento tres instituciones⁸⁵ que conforman la Administración pública, que se hallan distribuidas de la siguiente forma:

⁸⁵ Datos tomados del Ministerio de Finanzas del Ecuador e-SIGEF

Tabla 1.

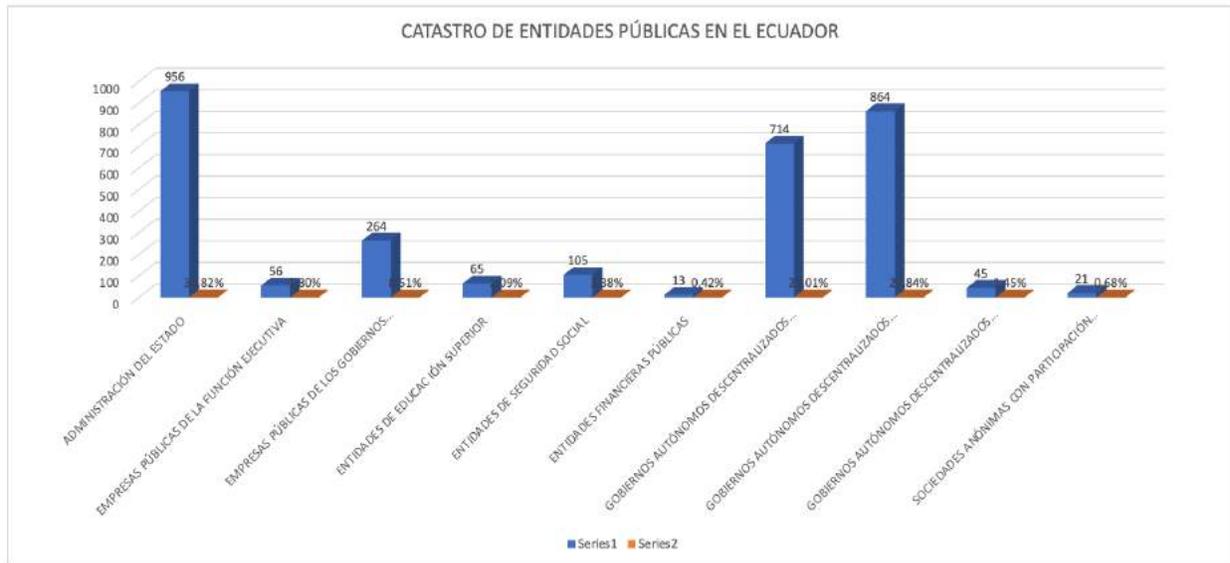
Instituciones de la Administración Pública del Ecuador

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	956	30,82%
EMPRESAS PÚBLICAS DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA	56	1,80%
EMPRESAS PÚBLICAS DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS	264	8,51%
ENTIDADES DE EDUCACIÓN SUPERIOR	65	2,09%
ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL	105	3,38%
ENTIDADES FINANCIERAS PÚBLICAS	13	0,42%
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS MUNICIPALES	714	23,01%
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PARROQUIALES	864	27,84%
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PROVINCIALES	45	1,45%
SOCIEDADES ANÓNIMAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA	21	0,68%
TOTAL CATASTRO DE ENTIDADES PÚBLICAS EN EL ECUADOR	3103	100,00%

Fuente: elaboración propia.

Figura 1.

Catastro de las Entidades que conforman la Administración Pública del Ecuador



Fuente: elaboración propia.

4.6.3 Delimitación de la Muestra

De las 3103 instituciones de la Administración Pública ecuatoriana, la investigación se basa en la examinación de control ejercida en 1088 de ellas, por lo que la muestra científica se determina de la siguiente manera:

Población total: 3103
Muestra: 1088
Fórmula del tamaño de la muestra:

$$n = \frac{Z^2 \delta^2 N}{\varepsilon^2 (N - 1) + Z^2 \delta^2}$$

Donde:

n = Tamaño de la muestra

N = Población

ε = Error muestra, en este caso por tratarse de población finita, se trabajará con el 5% de margen aceptable.

δ^2 = Desviación de la población al cuadrado o varianza: 0.25 porque se trabaja en el centro, es decir: 0.5 de éxito y 0.5 de fracaso.

Z = Valor tipificado que corresponde a 1.96 doble cola.

Nivel de confianza = 95%.

(N-1) = Corrección geométrica, para muestras grandes > 50.

$$n = \frac{(1.96)^2 * (0.25) * (3.103)}{(0.05)^2 * (3.103 - 1) + (1.96)^2 * (0.25)}$$

n= 342,13

La aplicación de la fórmula determina que la muestra relevante contener a 342,13 entidades; sin embargo, se efectuó el análisis sobre la población de 1088 datos, a fin de que las probabilidades estimadas en las hipótesis tengan mayor fundamento científico y el riesgo de desviación sea menor. Se obtiene como resultado el nivel de incumplimiento del principio de legalidad en el que incurre

la administración pública, lo cual desnaturaliza la gestión de la Administración Pública y le aparta de la tutela y garantía de los derechos de las personas.

Tabla 2.

Base de datos LEGISLACIÓN_GESTIÓN

Provincia	Año	x1	x2	x3	x4	x5	x6	x7		y1	y2	y3	y4	y5	y6
NAPO	2016	0	0	55	0	0	86	434	0	1	1	1	1	1	1
NAPO	2016	2	11	0	0	0	34	148	0	1	1	1	1	1	1
NAPO	2016	0	2	4	0	0	14	42	0	1	1	1	1	0	1
NAPO	2016	1	4	4	1	1	21	21	0	1	1	1	1	0	1
NAPO	2016	0	0	16	0	18	25	117	0	1	1	1	1	1	1
NAPO	2016	4	2	0	2	0	19	14	0	1	1	1	1	1	0
NAPO	2016	0	2	0	0	0	16	26	0	1	0	1	1	1	1
NAPO	2016	4	5	0	0	0	31	13	0	1	0	1	1	0	0
NAPO	2016	0	2	0	0	0	5	8	0	1	0	0	0	0	0
NAPO	2016	0	1	7	0	5	23	76	0	1	1	1	1	1	1
ORELLANA	2016	0	0	0	0	0	7	8	0	1	0	1	1	0	1
ORELLANA	2016	0	4	3	0	1	13	9	0	1	1	1	1	0	0
ORELLANA	2016	0	0	0	0	0	13	109	0	1	1	1	1	0	1
ORELLANA	2016	2	1	0	0	0	16	28	0	1	0	0	0	1	0
ORELLANA	2016	0	0	0	0	0	12	29	0	1	0	0	0	0	0
ORELLANA	2016	0	2	0	3	0	16	34	0	1	1	1	1	0	0
ORELLANA	2016	1	0	0	0	0	10	16	0	1	0	1	1	0	1
ORELLANA	2016	0	0	0	0	0	5	21	0	1	0	0	0	1	1
ORELLANA	2016	1	0	0	0	0	6	23	0	0	0	0	0	1	0
ORELLANA	2016	0	2	1	0	2	12	3	0	1	0	0	0	0	1
ORELLANA	2016	2	0	0	0	0	8	9	0	1	0	0	0	0	1
PASTAZA	2016	1	4	0	0	0	17	71	0	1	1	1	1	1	0
PASTAZA	2016	0	0	0	0	0	5	8	0	1	0	0	0	0	0
PASTAZA	2016	0	4	3	0	0	19	42	0	1	0	1	1	0	1
PASTAZA	2016	0	0	0	0	0	7	9	0	1	0	1	1	0	1
PASTAZA	2016	0	3	0	3	1	32	34	0	0	1	0	0	1	1
PASTAZA	2016	0	4	0	1	0	15	22	0	1	1	1	1	0	0
PASTAZA	2016	0	0	0	0	0	10	26	0	1	0	0	0	1	0
PASTAZA	2016	0	0	0	0	0	5	12	0	1	0	1	1	0	1
PASTAZA	2016	0	0	0	0	0	6	8	0	1	0	1	1	0	1
PASTAZA	2016	0	0	0	0	0	9	21	0	1	1	1	1	1	1
PASTAZA	2016	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0
PASTAZA	2016	0	0	5	0	0	7	5	0	1	1	1	1	1	1
SANTA ELENA	2016	0	10	0	0	0	22	17	0	1	1	1	1	1	1
SANTA ELENA	2016	0	2	0	0	0	6	4	0	1	1	1	1	0	1
SANTA ELENA	2016	0	8	0	0	0	14	43	0	0	1	1	1	1	1
SANTA ELENA	2016	0	7	0	0	0	61	78	0	1	1	1	1	1	1
SANTA ELENA	2016	0	3	0	0	0	3	2	0	1	0	1	1	0	0
SANTA ELENA	2016	0	3	0	0	0	5	0	0	1	0	1	1	1	0
SANTA ELENA	2016	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0
SANTA ELENA	2016	0	12	1	0	1	27	21	0	1	1	1	1	1	0
SANTA ELENA	2016	0	3	0	0	0	12	3	0	0	0	1	1	0	1
SANTA ELENA	2016	0	4	0	0	0	16	15	0	0	1	1	1	0	1
SANTA ELENA	2016	0	1	0	0	0	1	2	0	0	0	0	1	1	0
SANTA ELENA	2016	0	2	0	0	0	6	6	0	0	0	1	1	1	1
SANTA ELENA	2016	0	0	5	0	5	14	2	0	1	1	1	1	1	0
SANTA ELENA	2016	0	1	2	0	0	11	3	0	1	0	1	1	0	1
SANTA ELENA	2016	0	2	0	0	0	7	6	0	0	0	0	1	1	1
SANTA ELENA	2016	0	10	7	0	0	35	5	0	1	1	1	1	1	1
SANTA ELENA	2016	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	1	1	0	1
SANTA ELENA	2016	0	1	2	0	4	3	3	0	1	1	1	1	0	0
SANTA ELENA	2016	0	0	0	0	1	23	17	0	1	1	1	1	1	0
SUCUMBIOS	2016	0	2	1	0	0	7	7	0	1	0	0	0	0	0
SUCUMBIOS	2016	0	4	1	0	0	7	5	0	1	1	1	1	1	0
SUCUMBIOS	2016	0	4	6	0	6	15	2	0	1	0	1	1	1	0
SUCUMBIOS	2016	4	6	0	0	0	29	60	0	1	1	1	1	1	1
SUCUMBIOS	2016	2	5	1	0	0	12	7	0	1	1	1	1	0	0
SUCUMBIOS	2016	0	7	0	0	0	35	21	0	1	1	1	1	1	0
SUCUMBIOS	2016	4	10	0	0	0	27	23	0	1	0	1	1	1	1
SUCUMBIOS	2016	4	5	2	0	1	16	11	0	1	0	0	0	0	1
SUCUMBIOS	2016	0	6	0	0	0	19	25	0	1	0	1	0	1	0
SUCUMBIOS	2016	1	10	0	0	0	25	32	0	1	0	1	1	1	0

Fuente: elaboración propia.

En la gráfica se puede advertir un fragmento de la tabla, que describe a las veinte y tres provincias del Ecuador, que por su extensión no se presenta de forma íntegra, pero si se adjunta en los anexos de esta tesis.

4.6.4 Análisis Estadístico Regresión logística Binaria para el Estudio del Problema del Incumplimiento de Normas

El objetivo de este apartado es establecer una comparativa entre los resultados obtenidos en los exámenes de control, identificando como variables a las provincias en donde se produce el servicio público evaluado, a los servidores que han sido responsables de los procesos controlados y las normas del ordenamiento constitucional y jurídico que su incumplimiento fue detectado. Se determinarán diferencias y similitudes entre las variables a fin de decidir e identificar los factores y pronóstico de riesgo.

En esta base de datos titulada LEGISLACIÓN_GESTIÓN se ingresó una variable adicional llamada Legalidad cifrada en la tabla como Y1 en la cual se evalúa si cada una de las instituciones examinadas cumplen con todas las normativas legales; si en efecto lo hacen se asigna un valor de UNO (1); y en caso de no cumplir se asigna un valor de CERO (0). Se consigna también en las columnas de color azul los responsables, así: Y2, ubicado primero desde la izquierda, es la máxima autoridad jerárquico superior; Responsable Dos Y2, segundo desde la izquierda, es el Director Administrativo; Responsable Tres Y3, tercero desde la izquierda, es el Director Financiero; Responsable Cuatro Y4, cuarto desde la izquierda, es el grupo de servidores públicos administrativos; y, el Responsable Quinto Y5, quinto desde la izquierda corresponde al personal administrativo del área financiera de las entidades administrativas evaluadas.

Tipos de Variables para Aplicar la Técnica

Tabla 3.

Variables estadísticas utilizadas

Base de Datos	Variable	Cualitativas			Cuantitativas		tipo de variable en R					
		Nominal	Binaria (dummy)	Ordinaria	Discreta	Continúa	Character	Numeric	Date	Dummy	Include	Skip
OPERATIVA	ID			X				X				
	provincia	X					X					
	Año			X				X				
	Proceso administrativo				X			X	X			
	Proceso financiero				X			X				
	monto					X		X				
	cinter		X							X		

Base de Datos	Variable	Cualitativas			Cuantitativas		tipo de variable en R					
		Nominal	Binaria (dummy)	Ordinaria	Discreta	Continúa	Character	Numeric	Date	Dummy	Include	Skip
LEGISLACION_GESTION	Provincia	X					X					
	Año			X				X				
	Constitución de la República				X			X				
	Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado				X			X				
	Ley Orgánica de Contratación Pública				X			X				
	Reglamento de Ley De la Contraloría General del Estado				X			X				
	Reglamento A la Ley De Contratación Pública				X			X				
	Normas De Control Interno				X			X				
	Otras Normativas				X			X				
	Legalidad		X							X		
	Responsable: máxima autoridad (gerente o director)		X							X		
	Responsable: director administrativo		X							X		
	Responsable: director financiero		X							X		
	Responsable: personal administrativo		X							X		
	Responsable: personal financiero		X							X		

Fuente: elaboración propia.

4.6.5 Análisis de Estadística Descriptiva: Diagramas Cajas de Legalidad por Año y por Provincia

En el análisis de estadística descriptiva de la base de datos LEGISLACIÓN_GESTIÓN como variables independientes y ordenadas acorde a su importancia en el marco legal, tenemos a las siguientes:

Tabla 4.

Variables independientes de la base de datos LEGISLACIÓN_GESTIÓN

Número	Normativa Legal	Nombre de la variable
1	Constitución de la República	X1
2	Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado	X2
3	Ley Orgánica de Contratación Pública	X3
4	Reglamento de Ley De la Contraloría General del Estado	X4
5	Reglamento A la Ley De Contratación Pública	X5
6	Normas De Control Interno	X6
7	Otras Normativas	X7

Fuente: elaboración propia.

El ordenamiento constitucional y jurídico, considerado para el análisis, provee al servidor público el cúmulo de atribuciones y facultades propias de la entidad administrativa. En otras normativas se agrupa el conjunto normativo de índole reglamentario que ha surgido como resultado de la operación, de la gestión y de la discrecionalidad normativa propia de la administración.

Tabla 5.

Variables dependientes de la base de datos LEGISLACIÓN_GESTIÓN

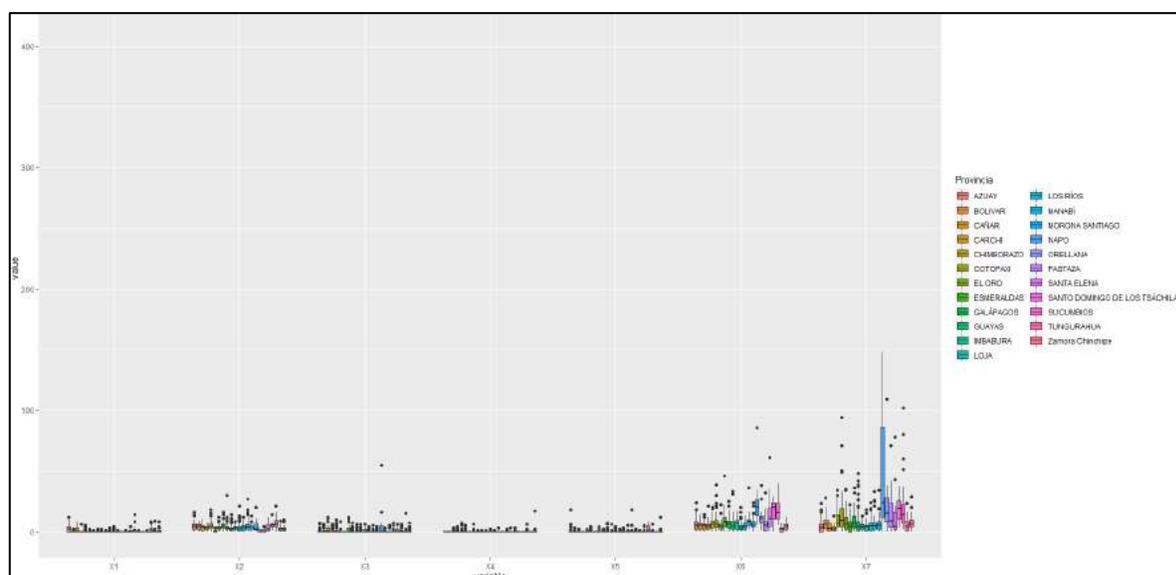
Número	Normativa Legal	Nombre de la variable
8	Legalidad	Y1
9	Responsable: máxima autoridad (jerárquico superior)	Y2
10	Responsable: director administrativo	Y3
11	Responsable: director financiero	Y4
12	Responsable: personal administrativo	Y5
13	Responsable: personal financiero	Y6

Fuente: elaboración propia.

En el cuadro de variables, se incluyen, a más del parámetro legalidad que se refiere al cumplimiento del ordenamiento constitucional y jurídico, a los responsables, que para el trabajo se halla determinado desde el servidor público jerárquico superior, hacia los funcionarios de rango inferior, siempre que todos estén involucrados en la gestión institucional.

Figura 2.

Diagramas de Cajas agrupados



Fuente: elaboración propia.

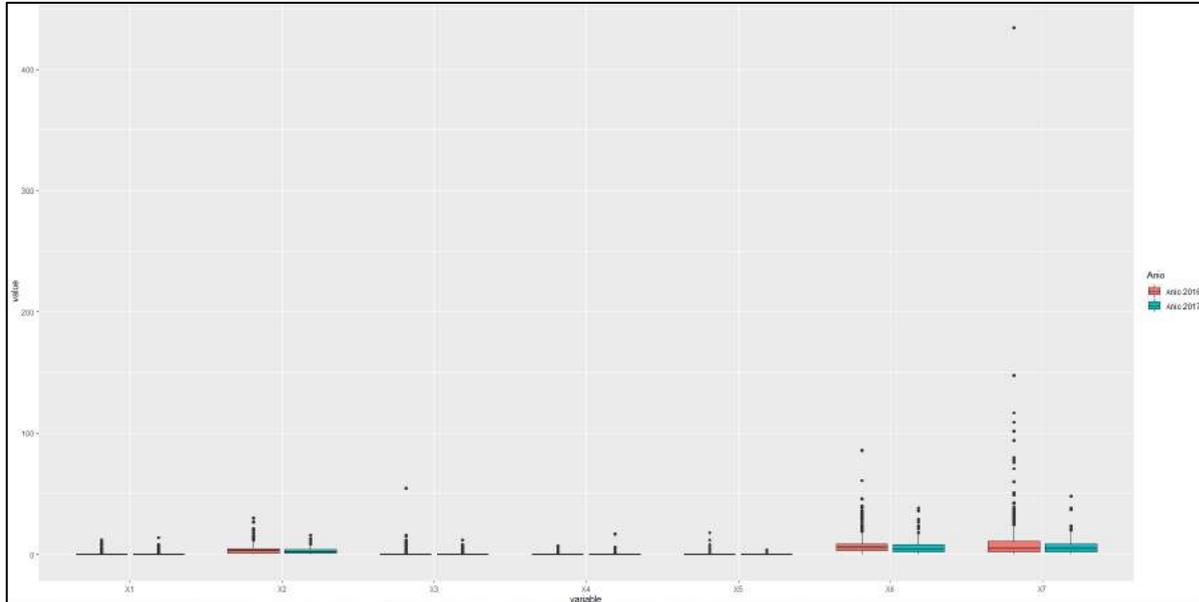
En el análisis descriptivo se ha recurrido al uso de los diagramas de cajas agrupados, es por ello que en primer lugar se analiza el número de inobservancias por provincia, siendo la variable dependiente las veinte y tres provincias del Ecuador.

En el diagrama de cajas agrupado se observó, de manera más global, cómo el mayor número de inobservancias a las normativas legales fueron sobre la variable X7(Otras normativas), así mismo ocurría con sus medias, además se pudo observar como la provincia de Napo presenta mayor

varianza con respecto a la media que el resto de provincias. En segundo lugar, se pudo observar, a través de sus medias, un mayor incumplimiento en la variable X6(Normas De Control Interno).

Figura 3.

Incumplimientos por año



Fuente: elaboración propia.

Se ha recurrido al uso de los diagramas de cajas agrupados para el análisis del número de inobservancias por año, siendo la variable dependiente los años 2016 y 2017.

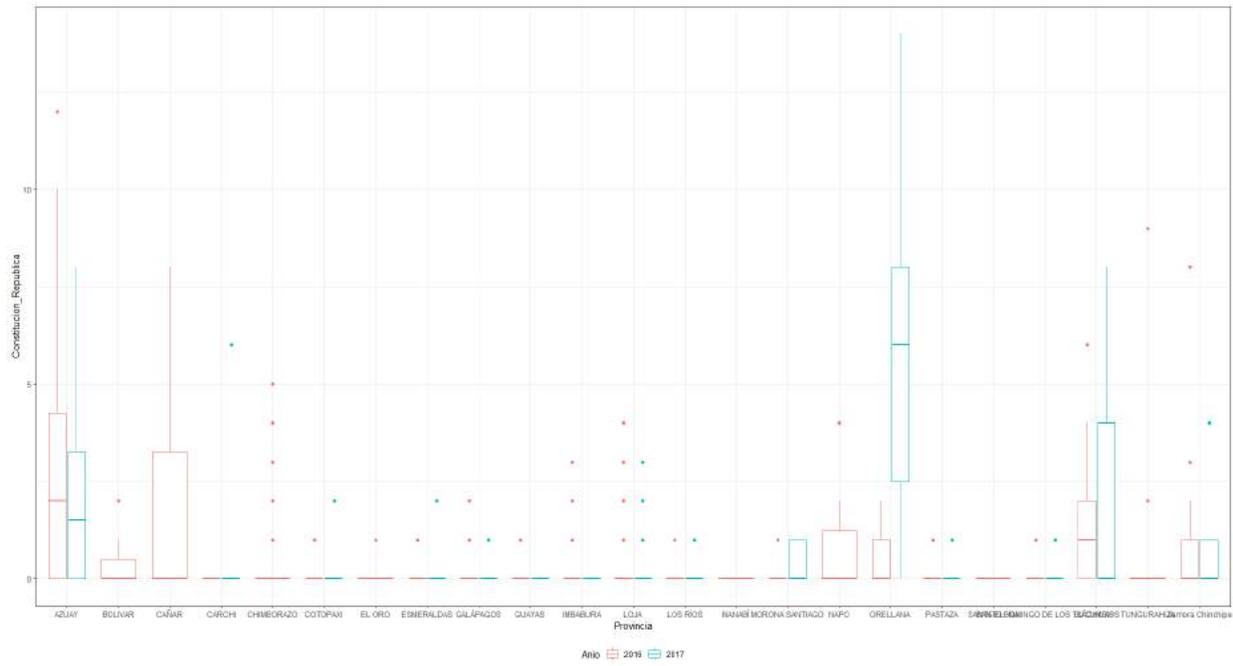
Análisis de Estadística Descriptiva Detallado:

En las siguientes gráficas de cajas se puede apreciar la dinámica de las variables:

Figura 4.

Variable: Constitución_República (XI) en las diferentes provincias,

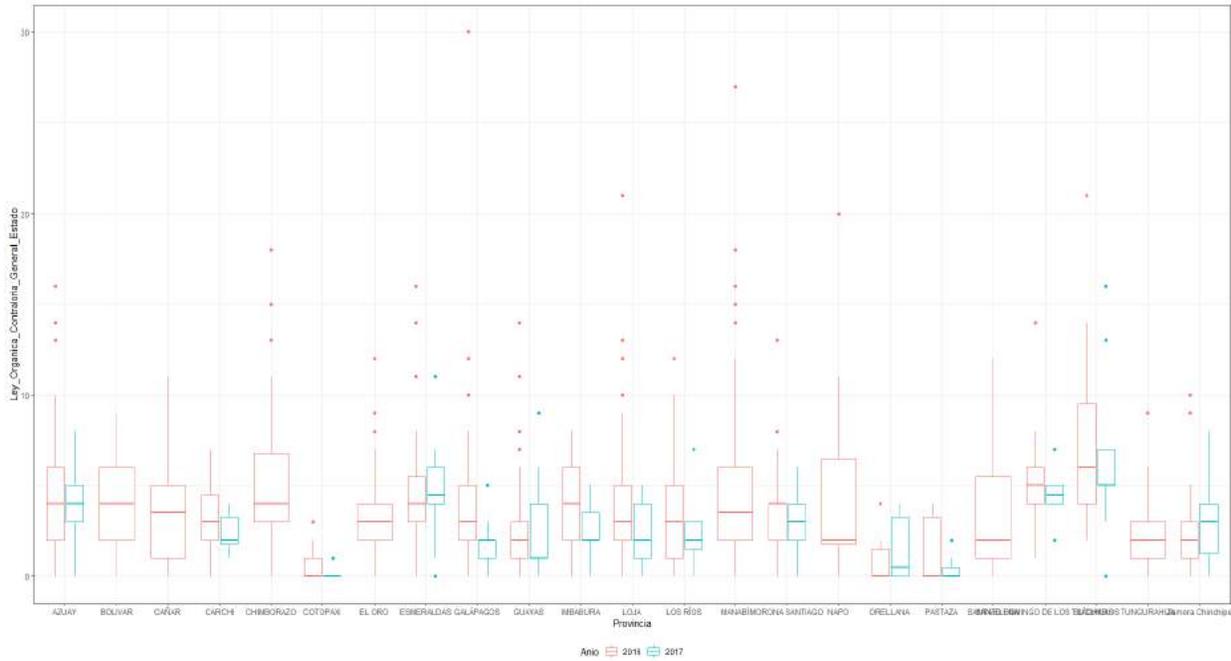
años 2016 y 2017



Fuente: elaboración propia.

Figura 5.

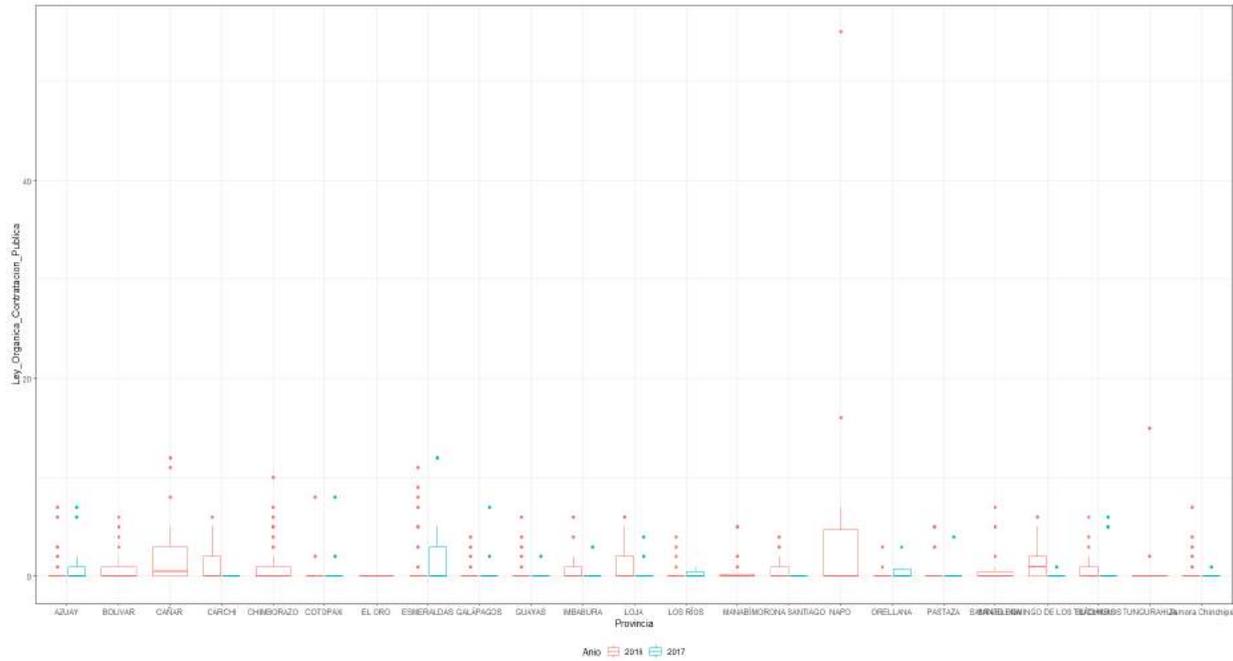
Variable: Ley_Orgánica_Contraloría_General_Estado (X2) en las diferentes provincias en los años 2017 y 2018



Fuente: elaboración propia.

Figura 6.

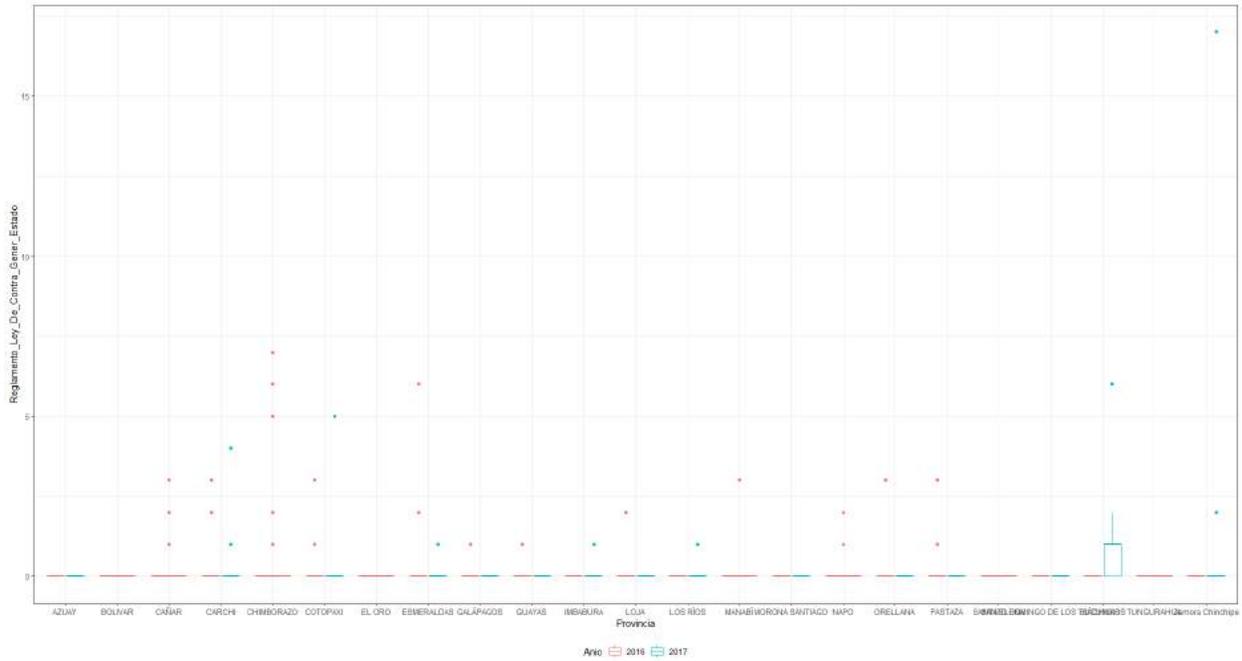
Variable: Ley_Orgánica_Contratación_Pública (X3) en las diferentes provincias en los años 2017 y 2018



Fuente: elaboración propia.

Figura 7.

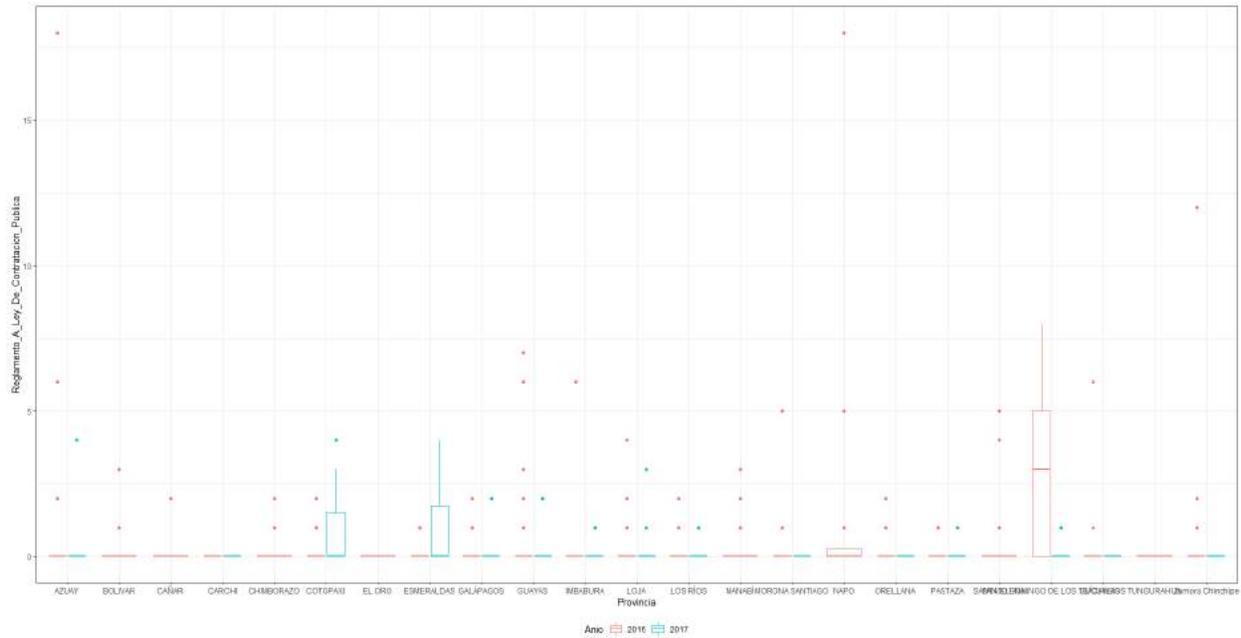
Variable: *Reglamento_Ley_De_Contra_Gener_Estado (X4)* en las diferentes provincias en los años 2017 y 2018



Fuente: elaboración propia.

Figura 8.

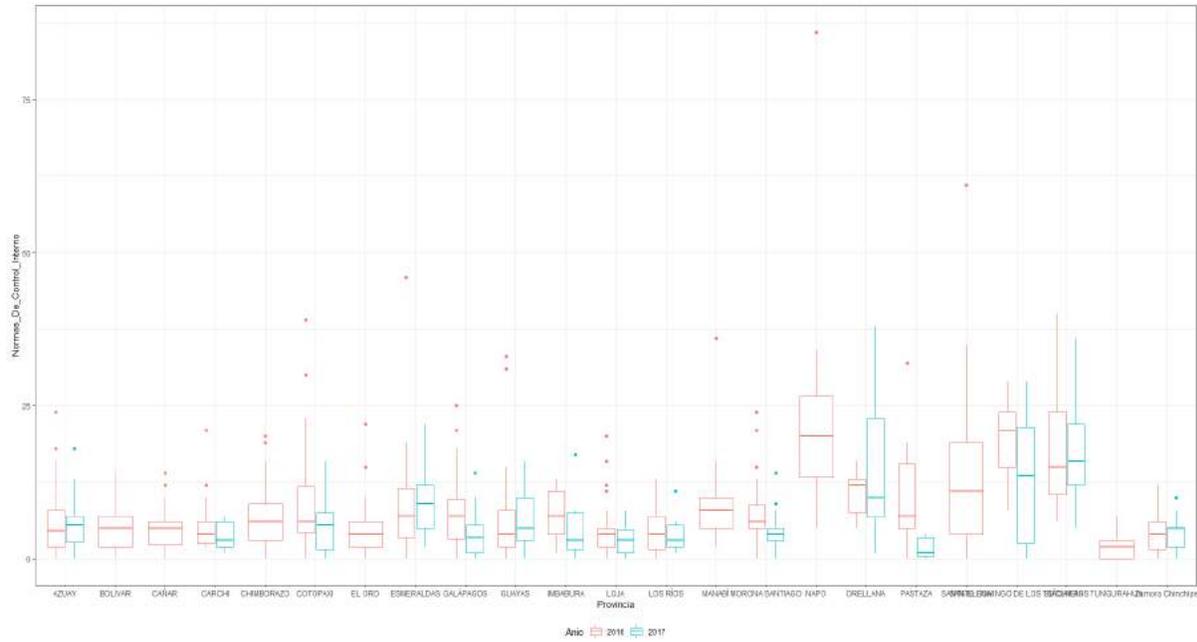
Variable: Reglamento_A_Ley_De_Contratación_Pública (X5) en las diferentes provincias en los años 2017 y 2018



Fuente: elaboración propia.

Figura 9.

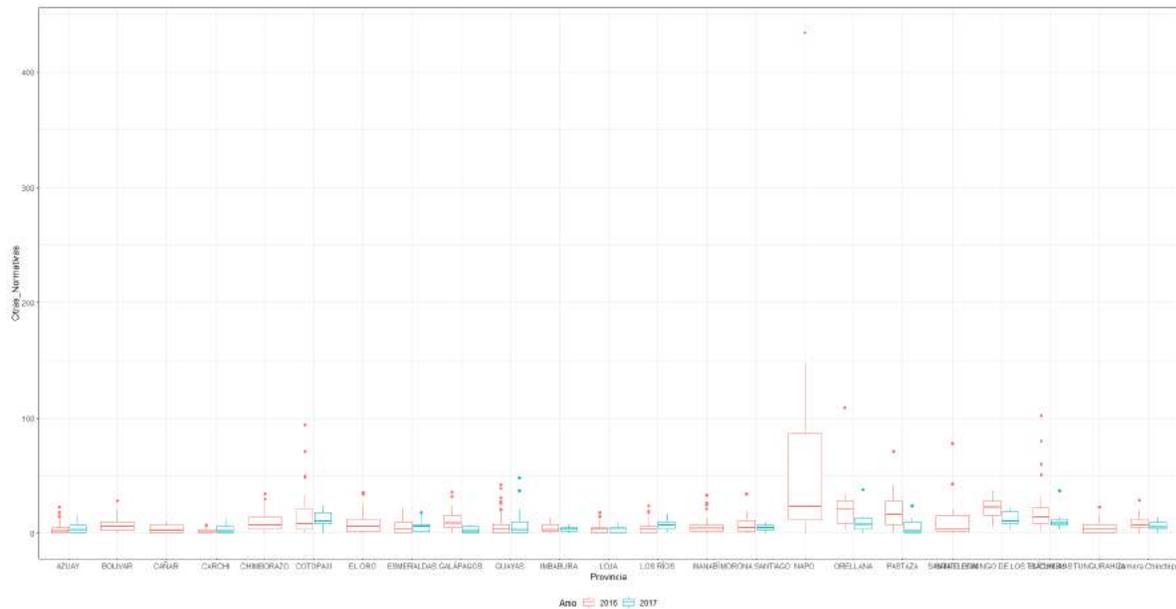
Variable: *Normas_De_Control_Interno (X6)* en las diferentes provincias en los años 2017 y 2018



Fuente: elaboración propia.

Figura 10.

Variable: *Otras_Normativas (X7)* en las diferentes provincias en los años 2017 y 2018



Fuente: elaboración propia.

4.6.6 Tabla de hipótesis para la base de datos *LEGISLACIÓN_GESTIÓN*

Una vez planteadas las hipótesis y conforme a los conceptos vistos en el marco conceptual se ha determinado trabajar con la regresión logística múltiple, como se muestra en la Tabla No.6

Tabla 6.

Objetivos específicos, preguntas, hipótesis, metodología, variables

Objetivo específico	Pregunta	Hipótesis	Metodología	Variable dependiente	Variables independientes
Identificar en qué medida los organismos, dependencias e instituciones de la Administración Pública del Ecuador, cumplen con el principio de legalidad.	¿Cuál es la probabilidad de incumplimiento del ordenamiento jurídico en que incurre la Administración Pública?	H1: Con los resultados obtenidos del estudio de la muestra se demuestra la inobservancia del principio de legalidad de las instituciones públicas; puesto que, se determina el grado de inobservancia de las normativas legales (7)	Análisis de Asumpciones para regresión Logística (Logit) Regresión Logística Múltiple (RLM)	Y1	X1,X2,X3,X4,X5,X6,X7
Identificar la probabilidad de incumplimiento del principio de legalidad de la autoridad jerárquica superior de la entidad administrativa.	¿Cuál es la probabilidad de incumplimiento del ordenamiento jurídico en que incurre la autoridad jerárquica superior de la entidad administrativa	H2: Con los resultados obtenidos en la investigación se pone en evidencia la inobservancia de las normativas legales (7) por parte de las máximas autoridades	Regresión Logística Múltiple (RLM)	Y2	X1,X2,X3,X4,X5,X6,X7
Identificar la probabilidad de incumplimiento del principio de legalidad del director administrativo de la entidad pública.	¿Cuál es la probabilidad de incumplimiento del ordenamiento jurídico en que incurre el director administrativo	H3: Con los resultados se demuestra la inobservancia de las normativas legales (7) por parte de los directores administrativos.	Regresión Logística Múltiple (RLM)	Y3	X1,X2,X3,X4,X5,X6,X7

	de la entidad pública?				
Identificar la probabilidad de incumplimiento del principio de legalidad del director financiero de la entidad pública.	¿Cuál es la probabilidad de incumplimiento del ordenamiento jurídico en que incurre el director financiero de la entidad pública?	H4: Con los resultados se prueba la inobservancia de las normativas legales (7) por parte de los directores financieros (si/no)	Regresión Logística Múltiple (RLM)	Y4	X1,X2,X3,X4,X5,X6,X7
Identificar la probabilidad de incumplimiento del principio de legalidad de los servidores públicos que se desempeñan en el área administrativa de la entidad pública.	¿Cuál es la probabilidad de incumplimiento del ordenamiento jurídico en que incurren los servidores públicos que se desempeñan en el área administrativa de la entidad pública?	H5: Con los resultados se demuestra el incumplimiento de las normativas legales (7) por parte del personal administrativo.	Regresión Logística Múltiple (RLM)	Y5	X1,X2,X3,X4,X5,X6,X7
Identificar la probabilidad de incumplimiento del principio de legalidad de los servidores públicos que se desempeñan en el área financiera de la entidad pública.	¿Cuál es la probabilidad de incumplimiento del ordenamiento jurídico en que incurren los servidores públicos que se desempeñan en el área financiera de la entidad pública?	H6: Con los resultados se prueba el incumplimiento de las normativas legales (7) por parte del personal financiero.	Regresión Logística Múltiple (RLM)	Y6	X1,X2,X3,X4,X5,X6,X7
Identificar la correlación que se produce ente el incumplimiento de normas, para determinar el parámetro de causa y efecto.	¿Cuál es la correlación que existe entre el incumplimiento de las entidades del Estado de las normas jurídicas?	H7: Con los resultados se prueba la correlación muy alta que existe entre el incumplimiento de las normativas legales	a. Análisis para determinar si los datos son paramétricos: 1. Aditividad 2. Normalidad 3. Linealidad 4. Homogeneidad 5. Homocedasticidad. b. Test de correlación de Spearman	No aplica.	X1,X2,X3,X4,X5,X6,X7

Fuente: elaboración propia.

La base de datos empleada para la examinación presentó un total de 1088 observaciones y se seleccionó la regresión logística como mecanismo de análisis de dependencia para cada posible variable dependiente en función del conjunto de variables predictoras $x_1, x_2, x_3, \dots, x_7$. De esta

manera, la regresión logística al igual que la mayoría de técnicas estadísticas requiere de la verificación de un conjunto de supuestos para su ejecución, los cuales son:

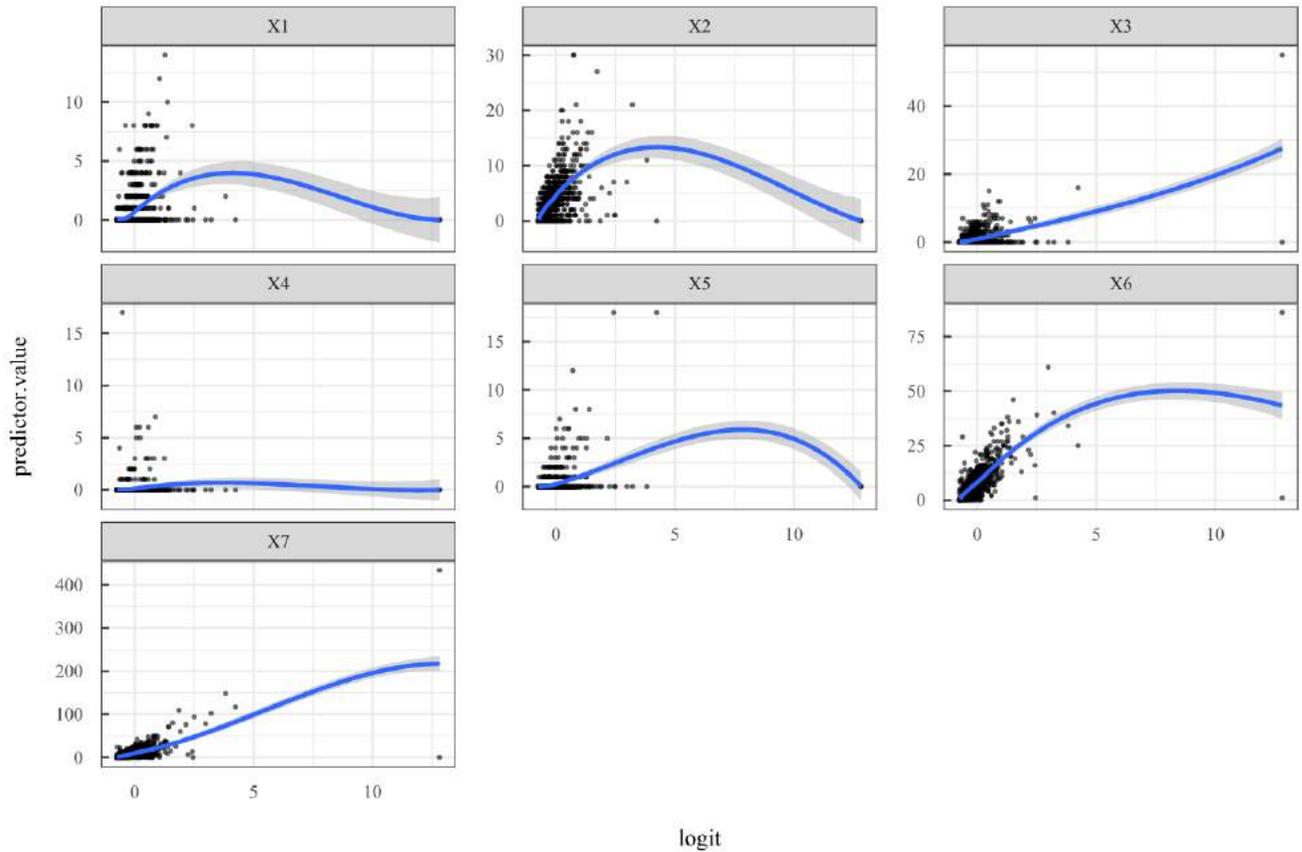
- La variable de salida debe ser de tipo binaria dicotómica.
- Existe una relación de dependencia lineal entre la salida de la función *logit* y cada uno de sus predictores $logit(\pi) = \log\left(\frac{\pi_1}{1-\pi_1}\right)$
- No existen valores influyentes (valores extremos o atípicos) en los predictores continuos.
- No existen altas intercorrelaciones entre los predictores. Por ejemplo, no deben existir problemas de multicolinealidad.

Para el primer supuesto cabe destacar que, la variable de salida es de tipo binaria dicotómica, ya que, la existencia de legalidad en el proceso se representó mediante un “1” y su ausencia se representó mediante un “0”.

La existencia de relación lineal entre las salidas y_i y el conjunto de variables predictoras se evaluó mediante *Scatter-plots* de cada variable regresora respecto al conjunto de salidas. Los resultados obtenidos se presentan en la figura 11.

Figura 11.

Scatter plots del conjunto de variables predictoras respecto a las variables de salida



Fuente: elaboración propia.

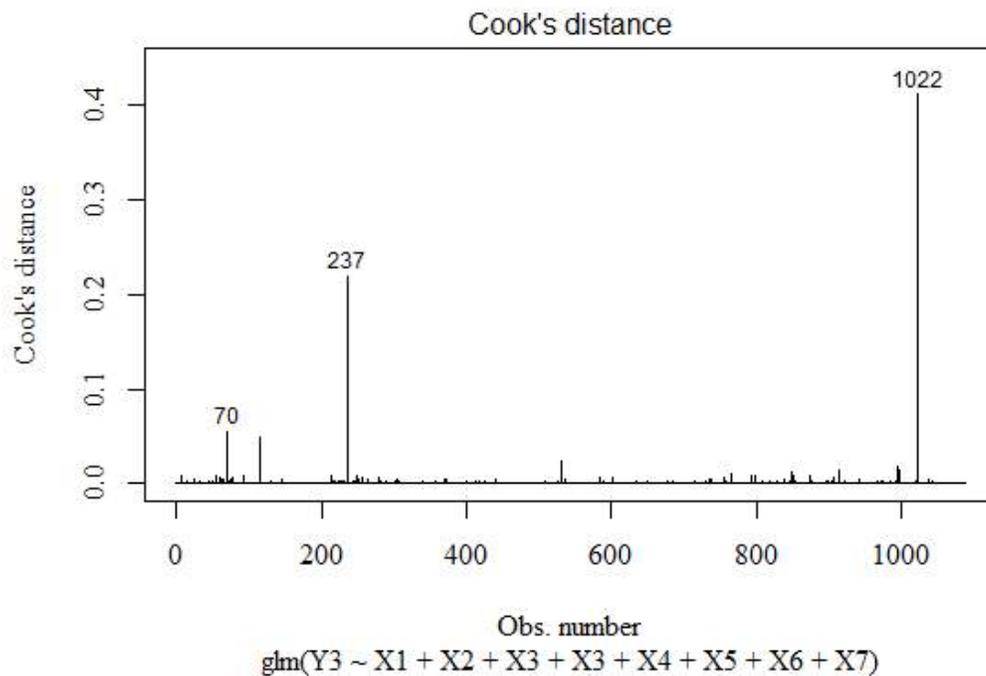
Como se puede observar en la Figura 11 las variables predictoras x_1, x_3, x_4 y x_7 presentan una dependencia lineal respecto a las variables de salida, mientras las variables x_2, x_5, x_6 tienen un comportamiento no lineal, por lo que sus datos fueron escalados y linealizados antes de ejecutar sus respectivas regresiones.

Los valores influyentes son valores extremos o atípicos individuales que pueden alterar la calidad del modelo de regresión logística. Para detectar estos valores se emplearon los valores de las

distancias de Cook empleando el paquete *broom* de *R*. Los resultados obtenidos se presentan en la Figura 12.

Figura 12.

Cook's distance.



Fuente: elaboración propia.

En el gráfico se pueden apreciar las distancias de Cook más alejadas; sin embargo, ninguna de estas supera el valor de 3, por lo que se concluye que no existen observaciones con valores influyentes que deban ser retirados de la base de datos.

Finalmente, para la verificación del supuesto de intercolinealidad, se empleó la función *vif()* del paquete *car* que permite calcular el factor de inflación de la varianza VIF (variance inflation factor). Los resultados obtenidos se presentan en la tabla 7.

Tabla 7.

Valores de VIF obtenidos para cada regresor

Regresor	X1	X2	X3	X4	X5	X6	X7
Multicolinearidad	1.0573	1.2977	1.2134	1.0252	1.1844	1.6020	1.2758

Fuente: elaboración propia.

En la tabla 7 se puede visualizar que los valores para el factor de inflación de la varianza se encuentran en rangos moderados, ya que ninguno de ellos excede el valor de 10, por lo que se concluye que ningún regresor numérico debe ser removido del modelo.

4.6.7 Discusión e Interpretación de las Hipótesis

Primera Hipótesis:

Análisis de Asumpciones para regresión Logística (Logit)

Regresión Logística Múltiple (RLM)

A través de una *RLM* estructurada según lo indicado en la tabla No.3 con la ayuda del software *R* se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 8.

Resultados del análisis de la Primera Hipótesis.

```
Warning messages:
1: glm.fit: algorithm did not converge
2: glm.fit: fitted probabilities numerically 0 or 1 occurred
> summary(modelo_glm1)

Call:
glm(formula = Y1 ~ X1 + X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, family = "binomial",
data = datos)

Deviance Residuals:
Min          1Q      Median          3Q          Max
```

-9.522e-04 -2.000e-08 -2.000e-08 -2.000e-08 1.552e-04

Coefficients:

Estimate	Std. Error	z value	Pr(> z)	
(Intercept)	18.2349	745.3269	0.024	0.980
X1	-65.2152	82319.9035	-0.001	0.999
X2	-35.7854	2099.7371	-0.017	0.986
X3	-0.4021	3094.5407	0.000	1.000
X4	31.6926	19428.0505	0.002	0.999
X5	-0.8737	5954.7307	0.000	1.000
X6	-34.8934	1461.0414	-0.024	0.981
X7	-32.8416	1169.2134	-0.028	0.978

(Dispersion parameter for binomial family taken to be 1)

Null deviance: 4.3539e+02 on 1086 degrees of freedom
Residual deviance: 2.9352e-06 on 1079 degrees of freedom
(1 observation deleted due to missingness)
AIC: 16

Number of Fisher Scoring iterations: 25

Fuente: elaboración propia.

Interpretación: *R* indica que los datos de esta comparativa no se ajustan adecuadamente a una regresión logística múltiple a través de un *warning*.

Acorde al modelo, el *logaritmo de odds* de probar el cumplimiento del principio de legalidad de las instituciones públicas con respecto a la inobservancia de las normativas legales (Y1). Se observa que Y1 está negativamente relacionado con las variables predictoras: X1, X2, X3, X5, X6, X7 (Xn) y positivamente relacionada con X4, para todos los casos los predictores indican *p-value* insignificante a un nivel del 10% de significancia. Es decir, si el *p-value* es mayor a 0,10 significa que dicho predictor (Xn) si es significativo para el modelo de regresión logística (Navarrete Carreño & Chávez, 2019), (Diez, Barr, & Cetinkaya-Rundel, 2012). Según el *log de odds* obtenido con la ayuda de *R* en la columna *Estimate*, la variable predictora que más influye negativamente a este modelo es X1.

En este caso, al encontrarse sometido al análisis el principio de legalidad, en comparación con las normas a manera de variables predictoras, se ha obtenido, que en todos los casos se pone de manifiesto una probabilidad de incumplimiento indirecto a la Constitución de la República; mientras que se presenta una probabilidad directa de incumplimiento de las normas de la

Contraloría General del Estado; determinándose así que el riesgo de incumplimiento de la Constitución de la República se halla presente en todos los exámenes de control analizados.

Segunda Hipótesis

A través de una *RLM* estructurada según lo indicado en la tabla No.3 con la ayuda del software *R* se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 9.

Resultados del análisis de la segunda hipótesis.

```
> #SEGUNDA HIPOTESIS
> modelo_glm2 <- glm(Y2 ~ X1 +X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, data = datos,
+                   family = "binomial")
Warning message:
glm.fit: fitted probabilities numerically 0 or 1 occurred
> summary(modelo_glm2)

Call:
glm(formula = Y2 ~ X1 + X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, family = "binomial",
    data = datos)

Deviance Residuals:
    Min       1Q   Median       3Q      Max
-2.5693  -1.0834   0.5348   1.1136   1.4853

Coefficients:
            Estimate Std. Error z value Pr(>|z|)
(Intercept) -0.699831   0.111754  -6.262 3.80e-10 ***
X1           -0.008529   0.045457  -0.188 0.851173
X2            0.087831   0.024572   3.574 0.000351 ***
X3            0.147455   0.048375   3.048 0.002302 **
X4           -0.040317   0.091252  -0.442 0.658619
X5            0.069322   0.084706   0.818 0.413139
X6            0.006025   0.014478   0.416 0.677331
X7            0.054239   0.009856   5.503 3.73e-08 ***
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

(Dispersion parameter for binomial family taken to be 1)

    Null deviance: 1500.9  on 1086  degrees of freedom
Residual deviance: 1387.7  on 1079  degrees of freedom
(1 observation deleted due to missingness)
AIC: 1403.7

Number of Fisher Scoring iterations: 5
```

Fuente: elaboración propia.

Interpretación: *R* indica que los datos de esta comparativa no se ajustan adecuadamente a una regresión logística múltiple a través de un *warning*. Acorde al modelo, el *logaritmo de odds* de la inobservancia de las normativas legales por parte de las máximas autoridades, está negativamente relacionado con las variables predictoras (X1,X4) y positivamente relacionada con las variables X2,x3,x5,x6,x7, para las variables X2,X3,X7 los predictores indican *p-value* significativa a un nivel del 10% de significancia. Según el *log de odds* obtenido con la ayuda de *R* en la columna *Estimate*, la variable predictor que más influye positivamente a este modelo es X3.

En el procesamiento estadístico de la segunda hipótesis, la variable de incumplimiento de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública X3 se presenta bajo la probabilidad de que, en todos los actos administrativos de gestión, se produzca el incumplimiento de normas cometido por la máxima autoridad jerárquica; produciéndose también la probabilidad de afectación indirecta a la Constitución de la República y a la Ley Orgánica de la Contraloría.

Tercera Hipótesis

A través de una *RLM* estructurada según lo indicado en la tabla No.3 con la ayuda del software *R* se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 10.

Resultados del análisis de la tercera hipótesis

```
> #TERCERA HIPOTESIS
> modelo_glm3 <- glm(Y3 ~ X1 +X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, data = datos,
+                   family = "binomial")
> summary(modelo_glm3)

Call:
glm(formula = Y3 ~ X1 + X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, family = "binomial",
    data = datos)

Deviance Residuals:
    Min       1Q   Median       3Q      Max
-2.5526  -1.0391  -0.8845   1.2337   1.4929

Coefficients:
```

```

              Estimate Std. Error z value Pr(>|z|)
(Intercept) -0.73673    0.10599  -6.951 3.63e-12 ***
X1           0.08675    0.04548   1.907 0.05650 .
X2           0.03026    0.02141   1.413 0.15751
X3           0.03851    0.04156   0.927 0.35411
X4           0.04254    0.08549   0.498 0.61880
X5           0.06755    0.07293   0.926 0.35428
X6           0.03195    0.01366   2.339 0.01936 *
X7           0.02002    0.00758   2.641 0.00826 **
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

(Dispersion parameter for binomial family taken to be 1)

Null deviance: 1500.2 on 1086 degrees of freedom
Residual deviance: 1440.4 on 1079 degrees of freedom
(1 observation deleted due to missingness)
AIC: 1456.4

Number of Fisher Scoring iterations: 5

```

Fuente: elaboración propia.

Interpretación: *R* indica que los datos de esta comparativa si se ajustan adecuadamente a una regresión logística múltiple. Acorde al modelo, el *logaritmo de odds* de la inobservancia de las normativas legales por parte de los directores administrativos, está positivamente relacionado con todas las variables predictoras, para las variables X1, X6 y X7 los predictores indican un *p-value* significativa a un nivel del 10% de significancia.

Según el *log de odds* obtenido con la ayuda de *R* en la columna *Estimate*, la variable predictora que más influye positivamente a este modelo es X1.

El análisis y procesamiento estadístico de la hipótesis presenta como resultado que, en todos los casos, la probabilidad de incumplimiento del Director Administrativo siempre está presente, en donde la probabilidad más influyente es el incumplimiento de la Constitución de la República.

Cuarta Hipótesis

A través de una *RLM* estructurada según lo indicado en la tabla No.3 con la ayuda del software *R* se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 11.

Resultados del análisis de la cuarta hipótesis

```
#cuarta HIPOTESIS
> modelo_glm4 <- glm(Y4 ~ X1 +X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, data = datos,
+                   family = "binomial")
> summary(modelo_glm4)

Call:
glm(formula = Y4 ~ X1 + X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, family = "binomial",
    data = datos)

Deviance Residuals:
    Min       1Q   Median       3Q      Max
-2.0432  -1.0806  -0.8743   1.1835   1.7777

Coefficients:
            Estimate Std. Error z value Pr(>|z|)
(Intercept) -0.704802   0.108331  -6.506 7.72e-11 ***
X1           -0.059935   0.043885  -1.366 0.17203
X2            0.066974   0.023239   2.882 0.00395 **
X3            0.083449   0.043789   1.906 0.05669 .
X4           -0.053513   0.093481  -0.572 0.56702
X5           -0.049728   0.064094  -0.776 0.43783
X6            0.059069   0.014521   4.068 4.74e-05 ***
X7            0.008482   0.007305   1.161 0.24557
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

(Dispersion parameter for binomial family taken to be 1)

Null deviance: 1506.9 on 1086 degrees of freedom
Residual deviance: 1430.0 on 1079 degrees of freedom
(1 observation deleted due to missingness)
AIC: 1446

Number of Fisher Scoring iterations: 5
```

Fuente: elaboración propia.

Interpretación:

R indica que los datos de esta comparativa si se ajustan adecuadamente a una regresión logística múltiple. Acorde al modelo, el *logaritmo de odds* de inobservancia de las normativas legales por parte de los directores financieros, está positivamente relacionado con las variables predictoras (X2,X3,X6,X7) y negativamente relacionada con las variables (X1,X4,X5). Para las variables X2,X3 y X6 los predictores indican un *p-value* significativa a un nivel del 10% de significancia. Según el *log de odds* obtenido con la ayuda de R en la columna Estimate, la variable predictor que más influye positivamente a este modelo es X3.

En el análisis y procesamiento de la información, se puede apreciar que en la gestión del director financiero de la administración pública, la probabilidad de incumplimiento se produce respecto a la Ley Orgánica de la Contraloría, Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública, Normas de Control Interno y Otras normativas.

Quinta Hipótesis

A través de una *RLM* estructurada según lo indicado en la tabla No.3 con la ayuda del software R se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 12.

Resultados del análisis de la quinta hipótesis

```
> #QUINTA HIPOTESIS
> modelo_glm5 <- glm(Y5 ~ X1 +X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, data = datos,
+                   family = "binomial")
> summary(modelo_glm5)

Call:
glm(formula = Y5 ~ X1 + X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, family = "binomial",
    data = datos)

Deviance Residuals:
    Min       1Q   Median       3Q      Max
-2.2288  -0.9602  -0.8198   1.2756   1.6385

Coefficients:
Estimate Std. Error z value Pr(>|z|)
(Intercept) -1.064297    0.110296  -9.649 < 2e-16 ***
X1           0.043703    0.043739   0.999 0.317704
X2           0.070955    0.022090   3.212 0.001318 **
X3           0.010006    0.041315   0.242 0.808631
X4           0.122391    0.095051   1.288 0.197870
X5           0.022324    0.065602   0.340 0.733634
X6           0.024793    0.013523   1.833 0.066746 .
X7           0.025312    0.007589   3.335 0.000852 ***
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

(Dispersion parameter for binomial family taken to be 1)

Null deviance: 1469.5  on 1086  degrees of freedom
Residual deviance: 1394.9  on 1079  degrees of freedom
(1 observation deleted due to missingness)
AIC: 1410.9

Number of Fisher Scoring iterations: 5
```

Fuente: elaboración propia.

Interpretación: *R* indica que los datos de esta comparativa si se ajustan adecuadamente a una regresión logística múltiple. Acorde al modelo, el *logaritmo de odds* de inobservancia de las normativas legales por parte del personal administrativo, está positivamente relacionado con todas las variables predictoras, para las variables X2, X6 y X7 los predictores indican un *p-value* significativo a un nivel del 10% de significancia. Según el *log de odds* obtenido con la ayuda de *R* en la columna *Estimate*, la variable predictor que más influye positivamente a este modelo es X4. Los datos muestran que la probabilidad de incumplimiento de los servidores públicos del área administrativa está presente en todos los casos. La variable influyente determina que el riesgo de incumplimiento del Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría es el más significativo.

Sexta Hipótesis

A través de una *RLM* estructurada según lo indicado en la tabla No.3 con la ayuda del software *R* se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 13.

Resultados del análisis de la sexta hipótesis.

```
> #SEXTA HIPOTESIS
> modelo_glm6 <- glm(Y6 ~ X1 +X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, data = datos,
+                   family = "binomial")
> summary(modelo_glm6)

Call:
glm(formula = Y6 ~ X1 + X2 + X3 + X4 + X5 + X6 + X7, family = "binomial",
    data = datos)

Deviance Residuals:
    Min       1Q   Median       3Q      Max
-2.0394  -0.8788  -0.7667   1.2993   1.8062

Coefficients:
            Estimate Std. Error z value Pr(>|z|)
(Intercept) -1.245691   0.111397  -11.182 < 2e-16 ***
X1          -0.115040   0.047713   -2.411 0.015905 *
X2           0.075278   0.021855    3.445 0.000572 ***
X3           0.122134   0.042720    2.859 0.004251 **
X4          -0.114127   0.116073   -0.983 0.325491
X5           0.020081   0.063994    0.314 0.753682
X6           0.024788   0.013398    1.850 0.064284 .
X7           0.010672   0.006763    1.578 0.114586
```

```

---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

(Dispersion parameter for binomial family taken to be 1)

Null deviance: 1390.2  on 1086  degrees of freedom
Residual deviance: 1329.8  on 1079  degrees of freedom
(1 observation deleted due to missingness)
AIC: 1345.8

Number of Fisher Scoring iterations: 4

```

Fuente: elaboración propia.

Interpretación: *R* indica que los datos de esta comparativa si se ajustan adecuadamente a una regresión logística múltiple. Acorde al modelo, el *logaritmo de odds* de inobservancia de las normativas legales por parte del personal financiero, está positivamente relacionado con las variables predictoras (X2,X3,X5,X6,X7) y negativamente relacionada con las variables (X1,X4), para las variables X1,X2,X3 y X6 los predictores indican un *p-value* significativa a un nivel del 10% de significancia. Según el *log de odds* obtenido con la ayuda de *R* en la columna Estimate, la variable predictora que más influye positivamente a este modelo es X3.

El análisis demuestra la probabilidad de incumplimiento de los servidores públicos que se desempeñan en el área financiera de la entidad pública, siendo la variable de más significación el riesgo de incumplimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Séptima Hipótesis

a. Análisis para determinar si los datos son paramétricos:

En este apartado se trabajó con las siete variables independientes correspondientes al incumplimiento de las normas legales, y sobre estas variables se ejecutó un análisis de supuestos con el fin de determinar si las variables a ser ocupadas en la prueba de correlación cumplen con los supuestos paramétricos.

En primer lugar, se aplicó el método de las distancias de Mahalanobis que “es estimada mediante un método discriminativo de análisis de estructura de los datos”(Gómez Silva, Armingol, & Escalera, 2018). Este método es utilizado para la detección de atípicos, dado un punto de corte determinado por la prueba Chi cuadrado, es así que se determinó que 65 datos de la base de datos original serían retirados para los posteriores análisis (Navarro, 2013), (Field, Miles, & Field, 2012), como se muestra a continuación:

Tabla 14.

Constatación de los datos

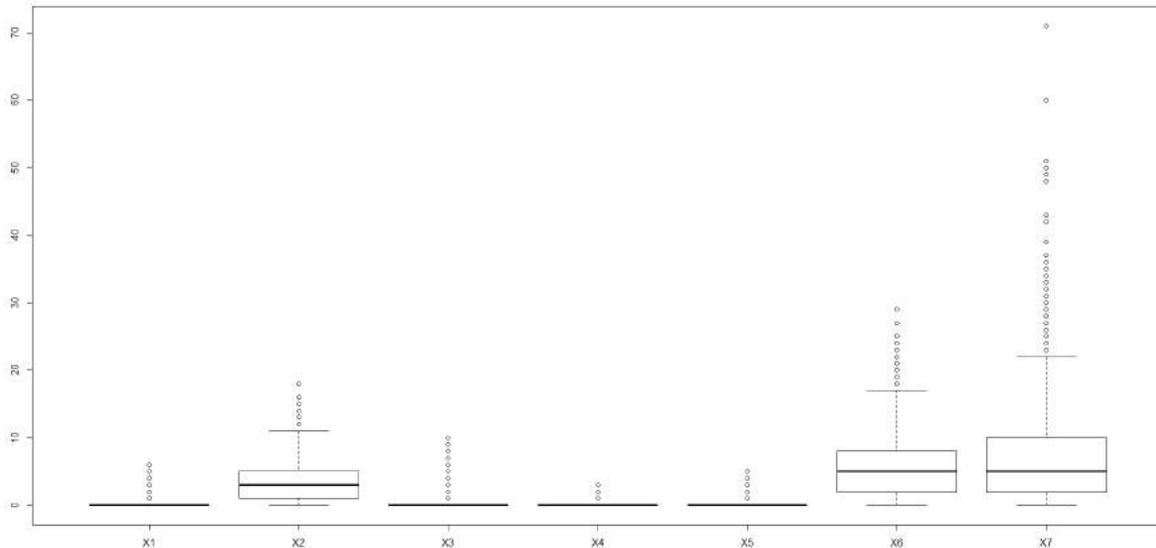
```
> summary(mahal)# obtener los descriptivos de esas distancias
  Min. 1st Qu.  Median    Mean 3rd Qu.    Max.    NA's
 0.2373 0.7763  1.4532  6.9982  4.0374 783.0236     1
> cutoff=qchisq(1-0.001, ncol(encuesta))
> cutoff # puntaje de corte
[1] 24.32189
> summary(mahal<cutoff) # visualizar cuantas encuestas se van a eliminar
  Mode  FALSE  TRUE  NA's
logical    65  1022    1
```

Fuente: elaboración propia.

Una vez depurada la Base de datos, ésta se muestra a continuación a través de un gráfico de bigote y cajas:

Figura 13.

Gráfico de bigote y cajas de las normativas legales depuradas de datos atípicos



Fuente: elaboración propia.

1. Supuesto de Aditividad

Como se muestra en la figura 13, no existe ningún 1 perfecto, entonces se acepta el supuesto de ADITIVIDAD. Adicionalmente, es importante mencionar que dado que esta base de datos es multivariada y no se cuenta con una variable categórica entonces se aplicó un análisis de falsa regresión para determinar los supuestos paramétricos. Como se muestra a continuación (Navarro, 2013), (Field et al., 2012):

Tabla 15.

Supuesto de aditividad

```
> # Para los demás supuestos se ejecutará un "Análisis de falsa regresión"  
> # bases de datos grandes multivariadas  
> random=rchisq(nrow(SinAtipicos), 7)  
> fake=lm(random~., data = SinAtipicos)  
> #producir resultados esudiados basados en esta regresion falsa  
> standardized = rstudent(fake)
```

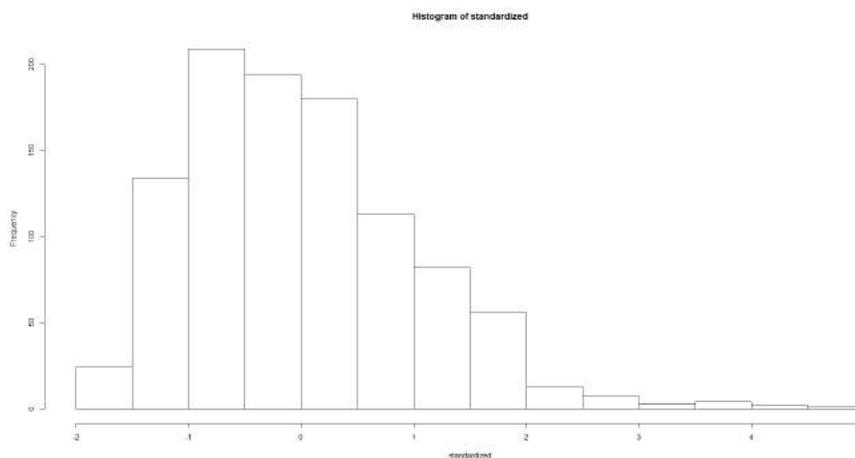
Fuente: elaboración propia.

2. Supuesto de Normalidad

Inicialmente, se ejecutó un histograma de los residuos estandarizados, en el cual se visualiza claramente una campana de Gauss centrada en cero (Navarro, 2013), (Field et al., 2012). Por ello, gráficamente se acepta el supuesto de normalidad, como se muestra en la figura 13 a continuación:

Figura 14.

Histograma de los residuos estandarizados para los incumplimientos a las normativas legales



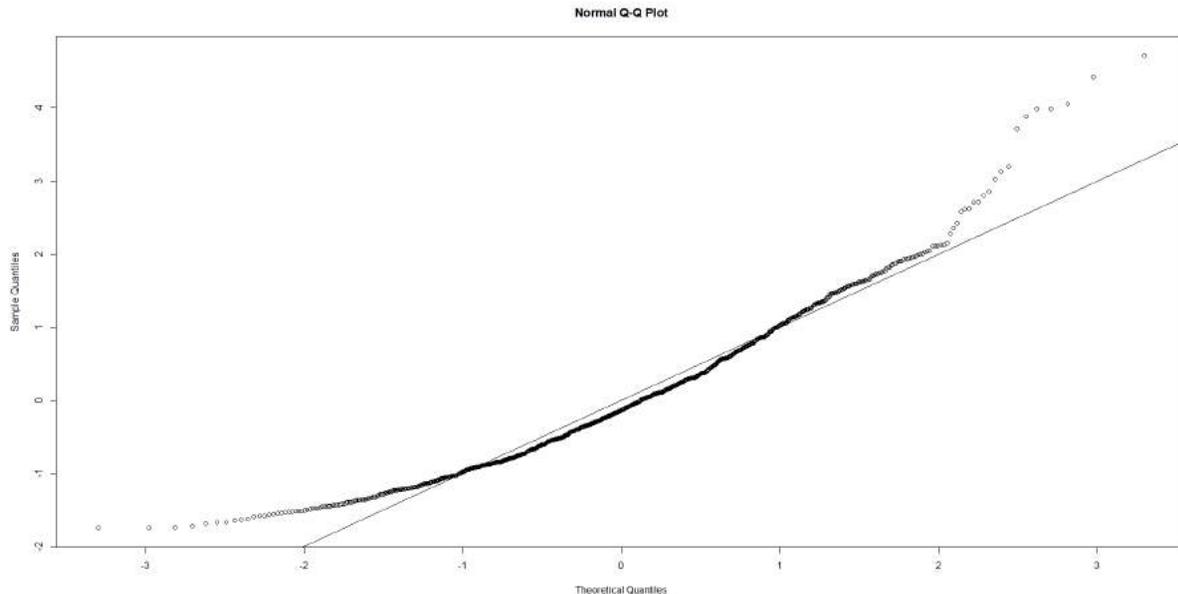
Fuente: elaboración propia.

3. Supuesto de Linealidad

En un gráfico de cuantiles-cuantiles (q-q plot). Del total de 1572 informes gran cantidad de datos están fuera de la línea recta por tanto no se acepta linealidad. es decir, se observó que los datos están en un rango de -2 a 2 sigma, entonces el 95 % de los datos no se ajustan a una función lineal (Navarro, 2013), (Field et al., 2012), como se muestra en la figura 15.

Figura 15.

Gráfico de cuantiles-cuantiles para los incumplimientos a las normativas legales



Fuente: elaboración propia.

4. Supuesto de Homogeneidad y Homocedasticidad

Para ello se empleó el *scatterplot* (Diagrama de dispersión de los cuantiles de ajuste de la regresión) respecto a los cuantiles estandarizados).

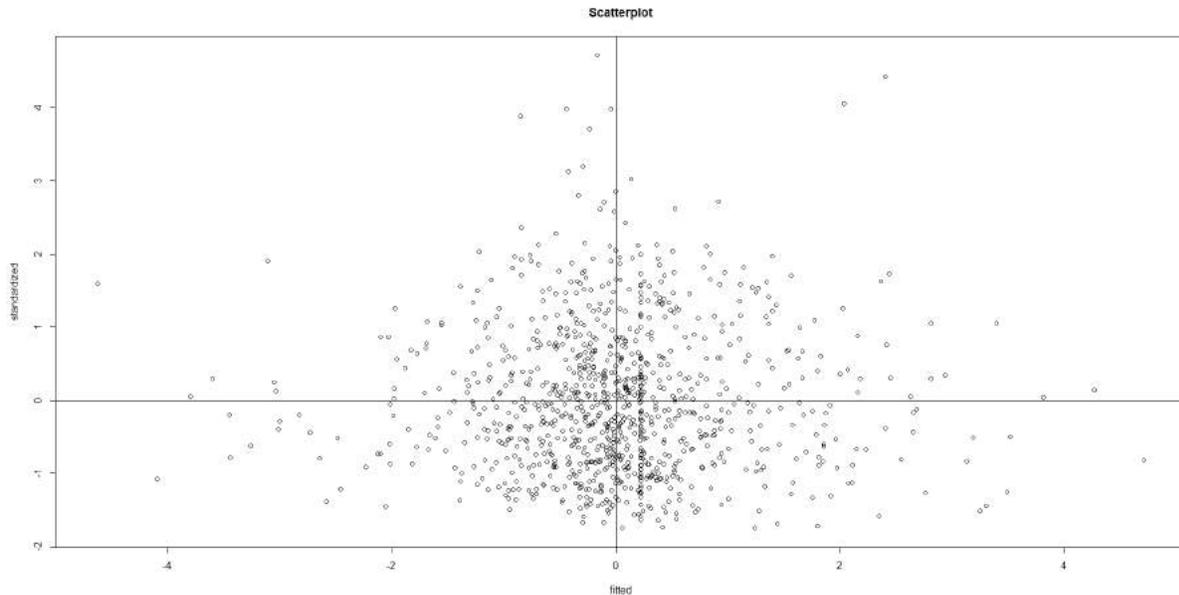
Se asume homogeneidad cuando hay similar número de puntos en los 4 cuadrantes.

En este caso, se acepta la homogeneidad dado que ningún cuadrante se encuentra vacío (Navarro, 2013), (Field et al., 2012). Como se muestra en la figura V1.

También se probó homocedasticidad a través de la Nube de Bartlett, en donde no deben existir patrones ni formas preestablecidas. Sin embargo, es posible observar que en la base de datos analizada existe un patrón vertical que representa un inconveniente en homocedasticidad (Navarro, 2013), (Field et al., 2012). Por lo tanto, no se acepta la homocedasticidad dado que se observa un patrón vertical en el semiplano negativo (a la izquierda) tal como se aprecia en la figura 16.

Figura 16.

Scatter plot para los incumplimientos a las normativas legales



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, luego del *Assumption analysis* sobre la base de datos LEGISLACIÓN_GESTIÓN, se puede concluir que los datos de dicha variable no son paramétricos dado que no se cumple con los supuestos de homocedasticidad, y de linealidad. En concordancia, el test estadístico adecuado para medir la correlación es Spearman (Istituto Auxologico Italiano., 2021).

b. Test de correlación de Spearman

Se ejecutó un análisis de correlación en base al test de Spearman sobre las variables independientes o de incumplimientos a las normativas legales, se utilizaron los criterios de Cohen para determinar la fuerza de una correlación (Tabachnick, Fidell, & Ullman, 2007). El mismo que se muestra a continuación:

Tabla 16.

Intervalos de Rho para fuerza de una correlación (Tabachnick et al., 2007)

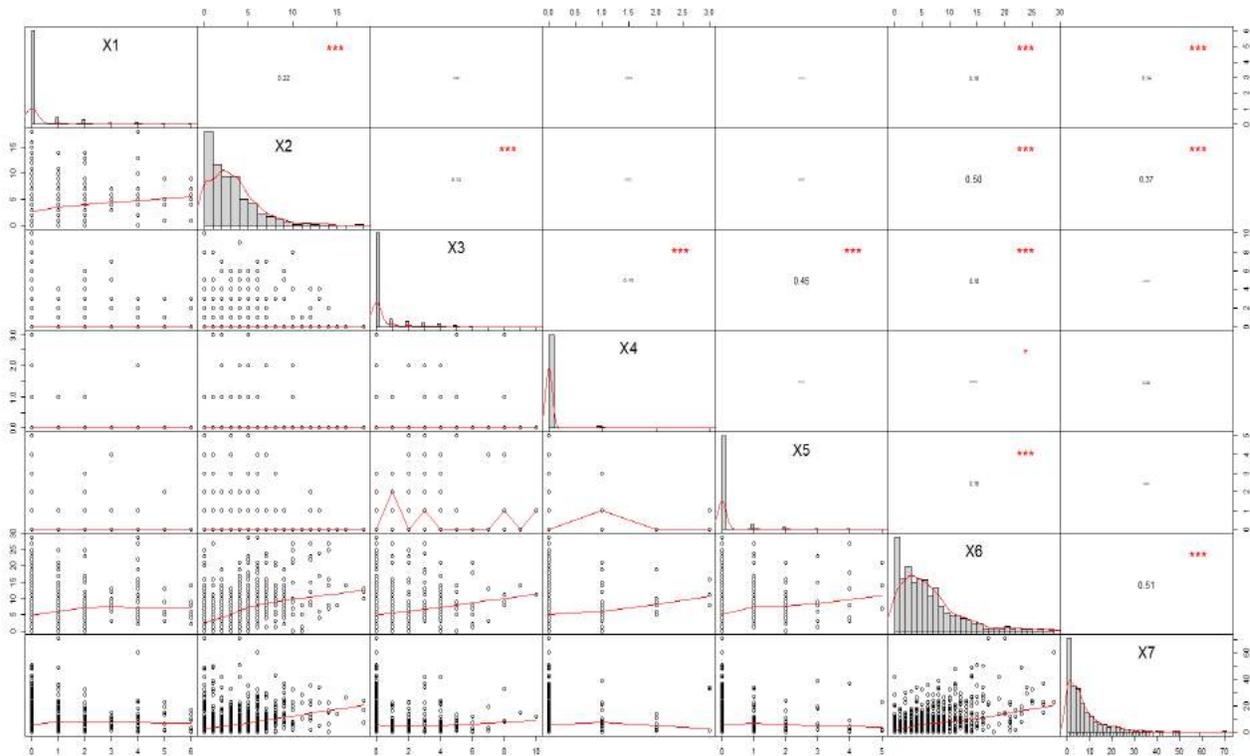
$r = 1$	correlación perfecta.
$0'8 < r < 1$	correlación muy alta
$0'6 < r < 0'8$	correlación alta
$0'4 < r < 0'6$	correlación moderada
$0'2 < r < 0'4$	correlación baja
$0 < r < 0'2$	correlación muy baja
$r = 0$	correlación nula

Fuente: elaboración propia.

En ese sentido, se pudo observar una correlación moderada entre X3 y X5, también entre X2 y X6 así como también entre X6 y X7, Como se muestra en la figura 17.

Tabla 17.

Fuerza de correlación según Spearman Test para las variables de incumplimiento a las normativas legales



Fuente: elaboración propia.

En la práctica, los resultados estadísticos presentan una correlación, en donde el incumplimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública X3 determina la probabilidad del incumplimiento del Reglamento a la Ley de Contratación Pública X5, conclusión afirmativa pues corresponde a la norma sustantiva y a la norma de procedimiento de la misma materia. Se presenta también otra correlación, en donde el incumplimiento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado X2 determina la probabilidad de incumplimiento las Normas de Control Interno X6. Por último, se presenta la correlación en la que el incumplimiento de las

Normas de Control Interno X6 determina la probabilidad de incumplimiento de Otras Normativas X7.

En la teoría de la correlación se advierte que “no necesariamente significa que cuando dos variables correlacionan entre ellas sea por una relación de causa y efecto”(Roy-García, Rivas-Ruiz, Pérez-Rodríguez, & Palacios-Cruz, 2019). Sin embargo, en el presente análisis si es posible advertir la relación causa y efecto.

Al analizar los resultados de la correlación, presentándose que la fuerza de asociación entre variables es moderada, sin que el resultado pueda ser atribuible al azar. Se pone de manifiesto, con los resultados estadísticos, que el ordenamiento jurídico no es un listado indiferente de cuerpos normativos, sino que ellos se vinculan en razón de la materia y del procedimiento, de tal suerte que el incumplimiento de una norma jurídica-cause, provoca de forma inevitable la probabilidad de incumplimiento de otra norma-efecto.

El incumplimiento del principio de legalidad detectado en el servicio público del Ecuador provoca que, mientras se inobserva una norma, la probabilidad de incumplimiento de otras normas asociadas es inevitable.

Se pone de manifiesto que el principio de legalidad es una unidad absoluta, no admite cumplimiento parcial, que se decanta en el incumplimiento de todo el sistema jurídico. Tal incumplimiento, provoca que la administración pública no sea capaz de garantizar las libertades de los ciudadanos; en consecuencia, la administración pública como pilar estructural del estado constitucional de derechos se desvanece.

“Necesitamos superar la reducción del Derecho a un conjunto de recursos técnicos para que las cosas se hagan; la separación del Derecho y de la Historia; la identificación de todo nuestro Derecho con el derecho nacional y de toda nuestra historia jurídica con la historia jurídica nacional; las falacias de una jurisprudencia exclusivamente política y analítica (“positivismo”) o de una jurisprudencia exclusivamente filosófica y moral (“la teoría del derecho natural”), o de una jurisprudencia exclusivamente histórica y socioeconómica (“la escuela histórica”, “la teoría social del derecho”). Necesitamos una jurisprudencia que integre las tres escuelas tradicionales y vaya más allá. Esa jurisprudencia integradora subrayaría que hay que creer en el Derecho, o de lo contrario, éste no funcionará; incluye no solo razón y voluntad, sino también emoción, intuición y fe”.

Harold J. Berman

Conclusiones

1. La misión de la administración pública, en el Estado constitucional de derechos, se orienta a la tutela de los derechos de los ciudadanos, se obligada a respetar y hacer respetar los derechos de las personas. El desenvolvimiento de la Administración pública se constituye en el mecanismo que asegura las libertades de las personas; supone la adecuación de objetivos institucionales y de la política pública. Si bien en el Estado Absoluto se presentan formas administrativas de ejercicio del poder, cuya configuración aún se encuentra en vigencia; no es sino a partir de la constitucionalización del Estado en que gira su actividad hacia lo público.
2. La Administración Pública en el sumak kawsay. Uno de los apartados de particular interés para la configuración del derecho administrativo en América Latina es la dinámica de la Administración Pública orientada hacia el sumak kawsay. Desde la concepción de la república, como forma de gobierno europeo, se consagra la división del poder y se construye una administración pública que tiene como propósito inequívoco la garantía de las libertades de las personas. Los derechos, valores, principios, reglas y más contenido constitucional son considerados como ejes metodológicos de la gestión. A partir de ellos se delimitará la actividad de las instituciones públicas, siempre concebida desde la visión del derecho administrativo y constitucional europeo.

Para el caso de Ecuador, la Constitución de la República consagra el estado plurinacional, en el que se reconocen nacionalidades y pueblos indígenas, que son gobernados por su

derecho indígena poniéndose de manifiesto el pluralismo jurídico. Las investigaciones y estudios respecto al pluralismo jurídico en Latinoamérica, proponen como tema central las prácticas consuetudinarias que obligan a las personas que viven en la comunidad; no obstante de aquello, “la existencia del pluralismo jurídico dentro del Estado, dentro de las estructuras oficiales del Estado”(Valencia-Tello, 2020) interesa al derecho administrativo.

3. La misión de las entidades administrativas, en un estado plurinacional, procurarán adaptar su dinámica funcional, hacia la garantía de los derechos constitucionales con la cobertura suficiente y garantía de satisfacción para todos los ciudadanos que integran el estado plurinacional. Se establece la garantía material de los individuos, quienes buscan satisfacción de sus necesidades en los órganos y entidades públicas estatales.
4. La construcción jerárquica de la autoridad en las instituciones públicas se pone en discusión frente a la autoridad y orientación circular del derecho consuetudinario, en la que la decisión final, luego del agotamiento de la vía de impugnación no está en el jerárquico superior, sino en el anciano y en el ancestro, fuente inagotable de conocimiento y sabiduría.
5. La concepción de la administración pública no encuentra explicación única y global en nuevos modelos de estructura estatal, que requieren de la intervención y servicio de la administración pública. Un obstáculo por superar constituye la hiperinflación de normas, jurisprudencia, decretos, reglamentos, que un contexto plurinacional, no es posible la selección adecuada para el caso en concreto. Al respecto, Rivero afirma:

“Aunque parezca extraño para quien no conoce el ordenamiento, uno de los mayores problemas que se plantea a menudo al intérprete es la localización de la norma aplicable. Seleccionar el criterio a seguir en un caso en concreto, ante la maraña de preceptos constitucionales, leyes, reglamentos, principios y precedentes, puede ser extraordinariamente complicado”(Rivero Ortega, 2009)

6. El servicio y la pretendida cobertura del interés general en un estado plurinacional promueve la creación de organismos, dependencias y autoridades administrativas fuera de la estructura tradicional del Estado. En este contexto el Derecho Administrativo enfrenta un reto, resulta imprescindible la reconfiguración de la administración pública, en donde la inclusión de todos los individuos, la igualdad formal y material se pongan de manifiesto.
7. Se precisa reconocer la variedad de las necesidades de las personas, que no pueden, ni deben, ser homologadas de forma global. El interés general, de forma tradicional, ha sido señalada como la visión de las entidades públicas; mientras que, el *sumak kawsay* desde el pensamiento traza abismales distancias conceptuales.
8. El problema de la plurinacionalidad y del pluralismo jurídico presenta un escenario casi desconocido para el Derecho Administrativo, en el que no existen formas organizativas ni misionales de absoluta certeza. Obliga a los académicos a pensar y a reflexionar de forma constante. Evidentemente, resulta mucho más fácil habitar un mundo ideal en el que se da por sentado que la administración pública debe permanecer inmutable e invisibilizar a los demás; que afrontar el desafío de aceptar los yerros doctrinarios, atemporales y fuera de

contexto que son evidentes en la dinámica administrativa, para generar ideas propositivas de transformación en la configuración y gestión de la Administración Pública.

9. La administración pública, que se basa en el diálogo de los individuos, que propone una sociedad incluyente, que se enfoca no solo al servicio del interés general, sino a la construcción de un mundo mejor, será posible en la medida en que seamos capaces de controvertir las estructuras jurídicas organizacionales; mientras más investigación sea posible desarrollar y se logre analizar el contexto en que la autoridad administrativa y sus expresiones de la voluntad han de operar.

10. A partir de la construcción constitucional del Estado se establece la jerarquización del ordenamiento jurídico, en el que ocupa el sitio preferente la Norma Suprema y los instrumentos internacionales de derechos humanos, gobernando así a las normas subordinadas. La cobertura formal de los derechos de las personas se establece desde la adecuación sistémica de las leyes al precepto constitucional; mientras que, la cobertura material de los derechos de los individuos se cumple desde el rol misional de las entidades administrativas. La Administración pública se reviste del rol garantista; por una parte, garantiza las libertades de las personas; por otra, asegura la vigencia del modelo republicano de gobierno. El colectivo de entidades y organismos del sector público, desde el desempeño de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico, permiten el equilibrio entre los poderes del Estado. La potestad auditora, la potestad contralora y la potestad sancionadora que son parte de la construcción de la Administración Pública fiscaliza y controla el ejercicio y la gestión de la burocracia estatal. Son los límites y

prerrogativas administrativas de las entidades públicas las que garantizan la división del poder e impiden la concentración abusadora de él.

11. La inserción del Estado constitucional se produce en tres esferas de análisis. La primera, que configura el ordenamiento jurídico y lo construye desde el garantismo. La segunda, que reivindica a los sujetos como titulares de derechos. Y, la tercera, que transforma el servicio de las entidades administrativas. Se cumplirán los dogmas constitucionales a partir del desenvolvimiento de actividades públicas orientadas al servicio de las libertades.

12. La Administración Pública para el cumplimiento de sus fines institucionales ejerce potestades controladas por la Constitución y por la Ley. El Derecho Administrativo ha estado orientado a ofertar al administrado los recursos y procedimientos con los que ha de impugnar las actuaciones que le provoquen gravamen. No obstante, al renovarse el rol de la Administración como sujeto activo de la garantía de los derechos ciudadanos, el Derecho Administrativo ha de ser el instrumento jurídico que posibilite a las entidades administrativas cumplir con la garantía de los derechos.

13. La promoción de los derechos, la insatisfacción de las necesidades de los ciudadanos, la procura de alcanzar niveles de interés general y el anhelo público de conseguir el buen vivir, han determinado que los organismos y entidades del Estado crezcan y se multipliquen. Se ha ampliado la burocracia estatal, y por el principio de legalidad, se han construido nuevas atribuciones y facultades que han de cumplir los servidores públicos. El poder público, configurado en forma de república, experimenta un amplísimo crecimiento

hacia sectores, otrora no cubiertos por la actividad pública⁸⁶. El servicio público, bajo las figuras de descentralización y desconcentración, traslada el poder ejecutivo a instituciones locales próximas a los destinatarios del servicio, se produce así la dispersión de poder, que requiera de asertivas políticas públicas que permitan la alineación organizacional a los fines estatales de protección.

Con el agrandamiento del tamaño del estado se produce el fenómeno denominado inflación normativa. Queda claro que el servicio público se desenvuelve mediante la ejecución de atribuciones y facultades atribuidas por la ley; además es menester considerar que la potestad reglamentaria permite a la entidad atribuirse, con actos normativos, novísimas facultades. Se presenta al Derecho Administrativo como el agrupamiento de cuerpos reglamentarios que determinan funciones y procedimientos del Estado, en un escenario no previsto en el que la falta de control puede ser una constante.

14. El desmesurado crecimiento de las organizaciones del Estado, más la determinación de funciones de cada uno de los servidores que las integran, traslada el estudio a un escenario en el que no siempre la totalidad de funciones se hallan cubiertas por la técnica jurídica. Es así en el Ecuador el caso del Vicepresidente de la República ha merecido un apartado de análisis específico. El trabajo de investigación ha presentado niveles ubicados en la composición organizacional del jerárquico superior que no tienen una atribución específica ni un rol a desempeñar, salvo el constituirse en receptor de la delegación emanada por otro del mismo nivel. No obstante, ante la falta de delegación, no existe atribución que cumplir.

⁸⁶ Basta mencionar la actividad de salud pública ejercida en el Ecuador como consecuencia de la Covid 19, que ha encargado al Estado la realización de pruebas de antígenos a la población como medida de contención frente a la pandemia.

15. La constitucionalización del Derecho Administrativo supone una renovación del principio de legalidad. La atribución de competencias y facultades desde la ley se transforma en una irradiación de facultades que provienen desde el bloque de constitucionalidad. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, las normas supranacionales que garanticen la vigencia de los derechos de las personas, el soft law y la propia norma suprema aportan actuaciones que la administración pública ha de cumplir. El derecho administrativo supera el principio de legalidad y se muestra inclusivo hacia la convencionalidad y constitucionalidad. El cúmulo de atribuciones y facultades que ejecuta el servicio público provienen de distintas esferas del derecho constitucional.
16. El gobierno del bloque de constitucionalidad sobre la administración pública construye incluso entidades de administración supranacionales que se rigen por la normativa creada a partir de la potestad reglamentaria.
17. El *rulemaking* entendido como la exorbitante aparición de reglamentos nacidos de la potestad de entidades, que sin someterse a una norma suprema específica, son capaces de modelar actuaciones de entidades de la administración pública. El positivismo normativo clásico, que anticipa la regla a la actuación no se aplica. Las entidades administrativas supranacionales son capaces de ejercer la potestad reglamentaria para crear las atribuciones y procedimientos que someten a la administración estatal. El derecho administrativo nacional sufre la influencia global y adecua su accionar para guardar conformidad.

18. La atribución de competencias y facultades desde la ley, que configuran al principio de legalidad del Derecho Administrativo, surge a partir del ideal republicano de gobierno. El poder democrático representado por el legislador como máximo representante del soberano, diseña la norma jurídica que es de obligatorio cumplimiento para la administración pública. El fundamento del poder del Estado es el traslado de la voluntad popular; sin embargo, en el estado constitucional las entidades no hallan limitaciones más que la tutela de los derechos de los mandantes. Por una parte, la administración ha de cumplir el mandato confiado a ella; y por otra, deberá delimitar la gestión hacia la consecución de los fines ulteriores del estado.
19. En la definición de facultades no solo interviene el legislador, puesto que otros agentes provenientes de la constitucionalidad aportan competencias, además de aquellas que surgen de la dinámica propia de la institución pública. Se requiere entonces que todas las normas de gobierno, con independencia de su origen, tengan un solo punto de convergencia, que no es otro que la garantía total de las libertades del administrado.
20. El propósito tutelar de la administración pública en el estado constitucional promueve la atribución de facultades desde todas las fuentes formales de derecho así como de las fuentes convencionales y reglamentarias manifiestas.
21. El Derecho Administrativo, como parte del derecho público, se ha caracterizado por el estudio científico de las potestades que caracterizan al Estado. Potestades exorbitantes y

únicas que la administración pública ejerce para el desarrollo de sus actividades de gestión. Entre ellas la autotutela es sin duda una de sus potestades más relevante.

La posibilidad de corrección interna y de solución propia de las controversias que como resultado de su actividad surjan, sin la intervención de un tercero imparcial, es un atributo único de la administración.

22. La autotutela no se agota con la oferta de mecanismos de impugnación y reclamo en sede administrativa de los que se hallan asistidos los ciudadanos; se desarrolla también con ejercicios fiscalizadores, auditores y de control que permitan descubrir yerros de gestión. El horizonte procedimental de la administración, trazado por la cobertura administrativa de los derechos de los individuos, requiere una permanente evaluación, que asegure el resultado esperado verificándose así la eficacia y la eficiencia como principios organizacionales constitutivos del servicio público.

23. La expresión de la voluntad de la administración pública manifestada en las actuaciones son productoras de efectos jurídicos en los administrados. Los efectos, según el resultado esperado y planeado, no deben ser ajenos a la procura constante de la garantía de las libertades de las personas; no obstante, la ejecución de facultades y atribuciones que lleva a cabo el servicio público presenta un margen de error, que provoca agravio en sus destinatarios. La posibilidad de una ejecución errática y el probable daño inmerso en la actividad de la administración pública activa la potestad de control como una de las manifestaciones de la auto tutela de la administración.

24. Los actos de agravio provocados por la administración pública se presentan en diversos escenarios, incluso en aquel en el que se ejecuta un normal desarrollo de actividades, constituyéndose en un apartado de análisis particular. Los daños provocados por el Estado, generalmente ha sido estudiados por la ciencia jurídica a partir de la falta de servicio, deficiente ejecución, negligente ejercicio de la política pública o incluso actuaciones antijurídicas de la administración pública.

25. El estado constitucional y la administración pública garantista de los derechos de las libertades de los ciudadanos, requiere un serio desarrollo de la potestad de control en la Administración pública. La norma jurídica y las normas reglamentarias requieren de forma imprescindible técnicas efectivas, que implementadas en las entidades administrativas, permitan correcciones en las actuaciones administrativas y así se ha de potenciar el garantismo tutelar y el cumplimiento del principio de legalidad del Estado, para paliar los gravámenes que han de sufrir los destinatarios de los efectos jurídicos.

26. El propósito constitucional de la Administración, que ubica al ciudadano como un sujeto de derechos que debe recibir la garantía de libertad por parte del servicio público, presenta tensiones entre la democracia, la tutela de los derechos humanos y la operatividad del Estado.

27. Al cúmulo de instituciones Estatales les corresponde el primordial objetivo: respetar y hacer respetar los derechos de las personas. Al mismo tiempo se requiere la composición orgánica de cada uno de los niveles estructurales que conforman la administración, y se ha

de establecer, desde el ordenamiento jurídico, las atribuciones y facultades suficientes para asegurar el cometido garantista. Además, el propio Estado responde a los ejercicios de poder y de formulación de política pública, con la activa y democrática participación del soberano poder radicado en el pueblo. El resultado es un complejo sistema de interacciones, tanto al interno de las organizaciones públicas, entre ellas, y en la relación con los destinatarios de servicio.

28. La Administración prevé los hechos fácticos a los que orienta su actividad, y desde el ordenamiento jurídico se le atribuyen las facultades suficientes para alcanzarlos. En el Derecho Administrativo se ha advertido la existencia del “supuesto normativo imperfecto” como un desajuste entre el hecho fáctico y la norma, permitiéndose así el ejercicio de la potestad discrecional que faculta al Estado crear atribuciones de cobertura y corrección de las imperfecciones. El cumplimiento del rol del Estado, la ejecución de atribuciones conferidas por la ley y el cumplimiento de funciones creadas por la potestad discrecional requieren de ejercicios administrativos de control que determinen el grado de eficacia y eficiencia de la gestión administrativa.

29. La investigación y recolección de información empírica en el Ecuador, según datos aportados por el gobierno nacional, demuestran la existencia de tres mil ciento tres instituciones que conforman la Administración Pública del poder ejecutivo, de los gobiernos descentralizados y organismos autónomos del área financiera, salud pública y de educación superior, de las cuales se investiga en mil ochenta y ocho de ellas.

El análisis pretende evaluar el cumplimiento de competencias y facultades, atribuidas por la ley y por la potestad discrecional, de la Administración Pública, a fin de verificar el nivel de eficacia en la gestión y determinar el nivel de cobertura estatal de los derechos de las personas.

El control estudiado surge a partir de los exámenes especiales realizados por la Contraloría General del Estado, organismo público que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social del Ecuador y que tiene como misión el “control de la utilización de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado”(Asamblea Constituyente, 2008)⁸⁷

30. La inobservancia del principio de legalidad en la que incurren las instituciones del Estado dado el recurrente incumplimiento de las normas legales ha sido la hipótesis construida, que con la investigación se pretende revelar.

Mediante la utilización de *R Software* como una herramienta muy poderosa para todo tipo de procesamiento y manipulación de datos⁸⁸ se estudió la probabilidad de incumplimiento del ordenamiento en el que incurren la Administración pública, la autoridad jerárquica superior o máxima autoridad, directores financieros y directores administrativos y servidores públicos en general. Se identificó la correlación que existe entre el incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Administración con los actos de gravamen que provoca la actuación.

⁸⁷ En el art. 211 de la Constitución de la República del Ecuador se describe el órgano de control.

⁸⁸ <https://www.maximaformacion.es/blog-dat/que-es-r-software/>

Los resultados obtenidos ponen de manifiesto que la administración pública del Ecuador que se estudia presenta un riesgo directo de incumplimiento de normas jurídicas y un riesgo indirecto de incumplimiento de la norma constitucional. Se destaca que el riesgo de incumplimiento está presente en todas las gestiones del Estado.

31. El objetivo fundamental de la administración en el Estado constitucional es el aseguramiento de las libertades de las personas, que implica el cumplimiento de la Constitución, fuente de atribuciones y facultades y configuradora del principio de juridicidad de la Administración. En la investigación se ha identificado que la gestión operativa de las entidades, centra su atención en el cumplimiento de normas jurídicas, apartándose de la verificación constante de la norma *normarum*; por ello los incumplimientos verificados, de forma directa, implican el incumplimiento de la norma inferior y solo por efecto indirecto se provoca su inobservancia. No se pone de manifiesto la conexión esperada entre organizaciones del estado y la Constitución; sin embargo, se puede constatar la intención de alinear a la administración con la ley que determina su funcionamiento. No es posible visibilizar el propósito tutelar de derechos del Estado ya que lo verificable es el grado de cumplimiento o no de la administración de las normas que regulan su funcionamiento.

32. Los resultados obtenidos determinan que las máximas autoridades o los servidores públicos que se desempeñan en el nivel jerárquico superior presentan una baja probabilidad de incumplimiento de normas y baja posibilidad de incumplimiento indirecto de la Constitución. Sin embargo, el análisis de estos resultados requiere relacionarlos con los

incumplimientos del conglomerado de servidores públicos que se hallan bajo su dirección. Servidores que cumplen la función de Director Administrativo, según los resultados, presentan incumplimientos influyente que refieren a la Constitución; mientras que, quienes cumplen la atribución de Director Financiero la probabilidad más influyente es el incumplimiento de las normas de control. Se encuentra una explicación; el incumplimiento del subordinado implica la falta de control y seguimiento del jerárquico superior. La responsabilidad de la gestión está en las esferas de subordinación y de mando. La unidad de actividades a ejecutar por la entidad administrativa implica la totalidad de servidores que la conforman.

33. Los servidores administrativos incurren en incumplimiento de normas de control es otro de los resultados de investigación. Se pone de manifiesto el quebrantamiento de la legalidad y de la falta de efectividad de la potestad de control. Se revela que los servidores públicos, que desarrollan actividades en la unidad financiera, no cumplen las normas jurídicas del sistema de contratación pública. Los escándalos sobre procesos de contratación pública han sido presentados de forma frecuente en el Ecuador, que se ha trasladado a una fuerte percepción de corrupción. Según Transparency International⁸⁹ en el ranking 2020 se le asigna al Ecuador el SCORE 39/100. El puntaje es asignado en relación con los demás países del índice. Se debe entender que la calificación 0 es muy corrupto mientras que la calificación de 100 es muy limpio.

⁸⁹ <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/ecu>

34. Los resultados de la investigación demuestran el incumplimiento de las normas jurídicas que regulan la contratación pública de la administración, lo cual no solo provoca un régimen de legalidad permeable, sino que ubica al Ecuador en una calificación, según International Transparency, en un nivel más próximo a la corrupción. Estos resultados no solo ponen de manifiesto que el objetivo del Estado se ve comprometido, sino que incluso las políticas públicas, nacionales y supra nacionales estarán siendo condicionadas por la falta de eficacia de las normas del Derecho Administrativo. Para la construcción del ranking publicado por International Transparency se utilizan datos entre los que constan aquellos proporcionados por el Banco Mundial y por el Foro Económico Mundial, provocando incidencias en la calificación de riesgo que tiene el Ecuador frente a la percepción del mundo. Es imprescindible el mejoramiento de la eficacia en el cumplimiento de las normas que conforman el apartado de contratación pública, que han de ser ejecutadas con “La transparencia y el gobierno abierto, por demás son poderosos instrumentos para evitar la mala gestión y el desperdicio de los recursos públicos, si bien se asocia directamente en la lucha contra la corrupción y la ausencia de una ejemplaridad en la actuación de los políticos”(Noguera De la Muela, 2015).

Como nota relevante conviene destacar que el incumplimiento de la norma jurídica que rige la contratación pública se decanta en la celebración de contratos que adolecen de vicios, sin que la legislación, la administración pública y los operadores de justicia hayan intervenido con fortaleza para aportar soluciones jurídicas, en consideración incluso que la contratación pública involucra entidades nacionales y supranacionales, dejando de lado incluso las consecuencias que se derivan de tales negociaciones celebradas en contra de la ley, por los intereses económicos que contemplan. Es imprescindible que la Administración

Pública aporte soluciones jurídicas que expulsen la incorrección en la contratación pública, puesto que “tratándose de nulidad absoluta, como una infracción grave al ordenamiento, se tiene que esta es imprescriptible, insubsanable e indisponible por el particular”(Franch i Saguer, 2021).

El Derecho Administrativo aportará, en materia de contratación pública, “la lucha contra la corrupción y la prevención de conflicto de intereses”(Lladó Martínez, 2018) que en el sistema de gobierno abierto, garanticen el cumplimiento de la legalidad, la transparencia y la orientación de servicio del Estado.

35. Para la ciencia jurídica, los resultados estadísticos permiten verificar que la estructura jerárquica normativa no es un postulado dogmático. Por el contrario, se ha constatado con el procesamiento de los datos empíricos, que las normas jurídicas se encuentran articuladas unas con otras, tanto que el incumplimiento de una de ellas, de forma inevitable, provoca la posibilidad de quebrantamiento de otras normas. Los vínculos normativos se presentan por razones de materia y procedimiento.

Los datos muestran la existencia de la relación: el incumplimiento de la norma-causa de forma inevitable presenta el incumplimiento de la norma-efecto.

36. El principio de legalidad es una unidad absoluta que no tolera un incumplimiento parcial; sino que, la mínima incorrección provoca el quebrantamiento de la totalidad del sistema normativo y el propósito garantista de la administración se desvanece. La Administración pública ejerce atribuciones y facultades que se dirigen a garantizar las libertades de los individuos (deber ser) que constituyen el garantismo institucional, como eje de acción del

estado constitucional. En la ejecución de la misión institucional y en la formación jurídica de las formas de expresión de la voluntad administrativa se presentan incumplimientos de las normas que conforman el ordenamiento constitucional (ser). La falta de eficacia del derecho administrativo, de forma inevitable, disminuye la gestión de tutela del Estado y lo desvirtúa. El estado constitucional garante de los derechos de los ciudadanos se ve disminuido por las incorrecciones de actuación de las entidades frente a la norma que controla su dinámica.

37. El incumplimiento de las normas jurídicas podrá ser estudiado en varias esferas de la ciencia jurídica, en la que se refiere a la responsabilidad contractual y extra contractual del estado, en la de los gravámenes que la actividad administrativa ilegal provoca a sus destinatarios, en la que se determina que el estado constitucional se cumpla en el rol de tutela permanente de los derechos.

38. La existencia material del estado constitucional de derechos se produce con la gestión eficaz de la administración pública, que desde el cumplimiento de atribuciones y facultades, que constan en las normas que conforman el principio de legalidad, busca como propósito único la garantía de las libertades de los administrados. La eficacia del estado constitucional estará determinada por el grado de eficacia de la administración pública.

Bibliografía

- Acosta, A. (2012). *Buen vivir: sumak kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. (E. A. Yala, Ed.).
- Acuña, H., Carrasco, D., Carrasco, M., & Cazor, A. (2017). Transferencias Gubernamentales discrecionales para la captura de votos. El caso de Chile. *Economía y Política*, 4(1), 37–96. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6266400>
- Aguirre i Font, J. M. (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, 140–158. <https://doi.org/https://doi.org/10.2436/20.8030.01.16>
- Aguirre, P. (2013). *El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa del SRI* (Primera). Quito: Corporación Editora Nacional. Retrieved from www.cenlibrosecuador.org
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. In M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Primera). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.
- Alfonso Da Silva, J. A. (2005). *Curso de direito constitucional positivo* (25a ed.). Sao Paulo: Malheiros.
- Almagro Castro, D. (2019). ¿Juicio Legítimo o golpe de Estado encubierto? El impeachment a la Presidenta Federal de Brasil, Dilma Rousseff** ¿Legitimate trial or cover coup? The impeachment to the President of the Brazilian Federal Republic, Dilma Rousseff. *Revista de Derecho Del Estado*, No. 42.
- Alvarez, J. E. (2018). The Legitimacy of IO Rule-Making. *Proceedings of the ASIL Annual*

- Meeting*, 112, 275–278. <https://doi.org/10.1017/amp.2019.49>
- Alvaro, D. (2017). La metáfora del lazo social en Jean-Jacques Rousseau y Émile Durkheim. *Papeles Del CEIC*, 2017(1). <https://doi.org/10.1387/pceic.15726>
- Anzola Gil, M.; Ayala Conraro, C.M.; Chinchilla, T.E.; Fernandez Segado, F.; Herdegen, M.; Lösing, N.; Nogüeira Alcalá, H; Pérez Ferreira, F.; Planas, P.; Quintero, C.; Richter, K.; Rodríguez Robles, S.; Ruíz Robledo, A.; Streinz, R.; Torrealba Santiago, R. (2006). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Argentina: Ediar.
- Araguàs Galcerà, I. (2019). La consulta prèvia en el procediment d'elaboració de reglaments autonòmics. *Revista Catalana de Dret Públic*, No. 58, 97–111.
- Atienza, M. (2017). El juez perfecto. *Jueces Por La Democracia*, 90, 43–48.
- Baquero, C. (2018, April 23). Se busca “president” provisional. *DIARIO EL PAÍS*. Retrieved from https://elpais.com/ccaa/2018/04/22/catalunya/1524413968_407524.html
- Barra, R. C., & Castro, R. P. A. de. (1956). Administración pública consensual: un análisis entre el mdelo burocrático y gerencial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 114(0). Retrieved from <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/469>
- Basaure Miranda, I. M. (2017). La ausencia del Defensor del Pueblo en Argentina: siete años sin representación colectiva. *Derecho PUCP*, (78), 199–214. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.008>
- Basconcelos, N. I. (2005). *La Función Pública como Relación Especial del Derecho Administrativo*. Universidad Complutense de Madrid.
- BECK, U. (1998). Retorno a la Teoría de la “sociedad del riesgo.” *Boletín de La Asociación de Geógrafos Españoles*, 30, 2000, 9–20. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1122543>

- Bernal Pulido, C. (2005). El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia.
- Biasco, E. (2006). Las figuras jurídicas subjetivas en el Derecho Uruguayo. Montevideo: F.C.U.
- Böckenförde, E. W., & De Agapito, R. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Brewer-Carías, A. R. (2007). LA TÉCNICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO MECANISMO DE CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. *Gaceta Oficial*, (37.971) 1.
- Brossard de Souza Pinto, P. O. (1992). *impeachment aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. (Imprensa, Ed.). Sao Paulo.
- Buteler, A. (2018). Los sistemas para el control de la corrupción pública en el orden global. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 8(3), 239.
<https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.20935>
- Capilla Vidal, G. (2020). *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por cambio de ordenación urbanística y por la anulación de los títulos administrativos habilitantes, a luz de la doctrina de la comissió jurídica assessora y de la jurisprudencia del tribunal*. Universitat de Girona. Retrieved from https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/669700/tgcv_20200714.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Carbonell, M. (2003). Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta.
- Cárdenas Gracia, J. F. (2017). *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://doi.org/978-607-02-9058-9>
- Carvajal Martínez, J. E. (2017). Transformaciones del derecho y del Estado, un espacio de

reflexión de Novum Jus. *Novum Jus*, 11(2), 7–18.
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.1>

Cassagne, J. C. (2009). La Discrecionalidad administrativa. *Foro Jurídico*, 82–91.

Cevallos Calapi, R. (2008). Ama llulla, ama killa, ama shuwa: los tres adverbios prohibitivos del kichwa. *Kuri muyu - Revista del Arte y la Sabiduría de las Culturas originarias*.

Chen, F. (2019). Local State Adhocracy: Infrastructural Power and Stability Maintenance in Grassroots China. *Problems of Post-Communism*, 1–13.
<https://doi.org/10.1080/10758216.2019.1605829>

Chevallier, J.-J. (1975). L'intérêt général dans l'administration française". *Revue Internationale Des Sciences Administratives*, 41(4), 325.

Cobrerros Mendazona, E. (2020). Culpabilidad, funcionamiento de los servicios y antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración y una referencia a la de los demás poderes del Estado. *Revista de Administración Pública*, (213), 93–108.
<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.05>

Colomer, J. M. (2018). The ventorous bid for the independence of catalonia | La aventurada apuesta por la independencia de cataluña. *Revista de Estudios Politicos*, (179), 267–294.
<https://doi.org/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. Quito: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Retrieved from <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Sol.Ami/Ecuador11.868.htm>

Consejo Nacional Electoral. (2017). Consejo Nacional Electoral. Retrieved from <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

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-240-17 Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica y al libre desarrollo de la Personalidad. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Control de Convencionalidad Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia No. 17. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Retrieved from <http://www.corteidh.or.cr/>

De la Vallina Velarde, J. L. (1961). La Desconcentración Administrativa. *Revista de Administración Pública*, 75–140.

Derecho, A. D. E., Latinoamericano, C., & Ramiro Ávila Santamaria. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia, 775–793.

Desdentado, E. D. (1996). *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento urbanístico*. Universidad de Alcalá.

Díaz Pinzón, J. E. (2020). Proyección de la propagación del COVID-19 en Colombia. *Revista Med*, 28(1), 11–20. <https://doi.org/10.18359/rmed.4702>

Diez, D. M., Barr, C. D., & Cetinkaya-Rundel, M. (2012). *OpenIntro statistics*. OpenIntro.

El Mundo. (2009). Tránsito Amaguaña, centenaria líder indígena del Ecuador. Retrieved from <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/12/obituarios/1242095375.html>

Fernández, Tomás Ramón; García de Enterría, E. (2004). Curso de Derecho Administrativo TOMO II. Madrid: Thomson Civitas.

Fernández Segado, F. (2002). *La Jurisdicción Constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*. Madrid: C.E.P.V.

- Fernández Torres, J. R. (2020). La justicia administrativa durante el estado de alarma. In COVID-19 y derecho público:(durante el estado de alarma y más allá). *Tirant Lo Blanch*, 325–398.
- Fernández Valverde, R. (2020). La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, (213), 49–67. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.03>
- Ferrada Bórquez, J. C. (2019). EL ESTADO ADMINISTRADOR DE CHILE: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado. Retrieved from <file:///Users/xavieralarcon/Downloads/963-Texto del artículo-2318-1-10-20190827.html>
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política*.
- Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 311–360.
- Field, A., Miles, J., & Field, Z. (2012). *Discovering statistics using R*. Sage publications.
- Franch i Saguer, M. (2021). Régimen jurídico y efectos de la declaratoria de invalidez de los contratos públicos en España (Legal Regime and Effects of the Declaration of Invalidity of Public Contracts in Spain). *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 25.
- García de Enterría, Eduardo & Fernández, T.-R. (2002). *Curso de Derecho Administrativo. I*. (G. Alonso García, Ricardo; Díez-Picazo, Luis; García de Enterría, Eduardo; González Pérez, Jesús; Menéndez, Aurelio; Montoya Melgar, Alfredo; Rodríguez Mourullo, Ed.) (Undécima). Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- Gargarella, R. (2003). Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia". In M. Alegre (Ed.), *Los Derechos fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Gobierno Nacional del Ecuador. (2018). Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- Gómez Silva, M. J., Armingol, J. M., & Escalera, A. de la. (2018). Re-identificación de personas mediante la distancia de Mahalanobis. *XXXIX Jornadas de Automática. Área de Ingeniería de Sistemas y Automática. Universidad de Extremadura*, 967–974.
- Hampton, D. (1989). *Administración* (Tercera). Mexico: McGraw Hill, Ed.
- Hauriou, M. (1893). *Précis de Droit Administratif contenant le droit public et le droit administratif*. L. Larose & Forcel.
- Huergo Lora, A. J. (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen. Remedios jurídicos. *Revista de La Administración Pública, Número 137*, 189–238.
- Huergo Lora, A. J. (2000). *Las pretensiones de condena en el contencioso administrativo*. Aranzadi.
- I. de Otto. (1987). *Derecho Constitucional. sistema de fuentes*. (Grupo Planeta, Ed.).
- Interpol. (2018). INTERPOL. Retrieved from <https://www.interpol.int/es>
- Istituto Auxologico Italiano. (2021). Test | GLabStat.
- Iza, J. M. P. (1995). La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica. *Revista de Administración Pública, 137*, 327–344.
- Jacobs, G. (1996). *La imputación objetiva en el Derecho Penal I*. Buenos Aires: Ed. Buenos Aires: AD-HOC.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría Pura del Derecho*. (Eudeba, Ed.).
- Koestler, A. (1967). A self-analysis of a conversion to communism. *Voice of the People. Readings in Public Opinion and Propaganda*. Londres: McGraw Hill.
- Kraft M. & Scott F. (2007). Politics, analisis and alternatives 2nd edition. *Washington Post p.5*.

- La Monumental se queda sin toros “de momento” pese a la sentencia del TC. (2017).
- Landwerlin, G. M. (1984). El Estado Social de Derecho: Fosthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. *Revista de Estudios Políticos*, 211–226.
- Lara de la Fuente, D. (2017). En elogio de la burocracia. Paul Du Gay. Madrid: Siglo XXI, 2012. *Revista Española de Sociología*, 26(2), 277–280. <https://doi.org/10.22325/fes/res.2017.23>
- Lasalle, J. M. (2019). *Ciberleviatán* (Primera Ed). Barcelona - España: ARPA.
- Lladó Martínez, A. (2018). La Llei de contractes del sector públic del 2017: Aspectes d’especial rellevància per a les universitats públiques. *Revista Catalana de Dret Públic*, No. 57, 166–191. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i57.2018.3119>
- Luna, J. P., & Mardones, R. (2015). Targeted social policy allocations by “clean” state bureaucracies: Chile 2000–2009. *Journal of International and Comparative Social Policy*, 32(1), 36–56.
- Mariño-Angoso, M. (2015). “Oracle big data and webdata. What we are doing and future tendencies. Big data environment and Oracle solutions.” *Conference Proceedings, Media Metrics and Webdata Task Force, Cost Action Conference Webdatanet, University of Salamanca*, 22–30.
- Márquez, D. (2018). Comentario a la nueva Ley General de Mejora Regulatoria. *Revista de La Facultad de Derecho de México*, 68(272–2), 1035. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67619>
- Martínez Marín, A. (1996). Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios. *Tecnos*.
- Martínez Shaw, C. (2016). El Despotismo Ilustrado en España. Entre la continuidad y el cambio. *El Siglo de Las Luces: III Centenario Del Nacimiento de José de Herosilla (1715-1776)*,

11–40.

- Melrose, J., Perroy, R., & Careas, S. (2015). Campo de poder-Campo intelectual. *Statewide Agricultural Land Use Baseline 2015, 1*. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Méndez, R., & Méndez, R. (2016). Innovación y redes de cooperación para el Desarrollo Local. *Interações (Campo Grande), 2(3)*. <https://doi.org/10.20435/interações.v2i3.585>
- Millar Silva, J. E. (2019). ALCANCE AL CONTROL DE LEGALIDAD. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973. *Revista de Derecho (Valdivia), 11 Núm. 1*.
- Mintzberg, H., & McHugh, A. (1985). Strategy Formation in an Adhocracy. *Administrative Science Quarterly, 30(2)*, 160. <https://doi.org/10.2307/2393104>
- Mondragón-Duarte, S. L. (2020). El derecho administrativo disciplinario y su control judicial a la luz de la función pública. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 50(132)*, 100–122. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a05>
- Montaña, J. (2012). APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. Centro de Estudios y difusión de Derecho constitucional - Corte Constitucional.
- Moreno, L. (2017). Decreto Ejecutivo 100. Quito: Registro Oficial.
- Morton, N. A., & Hu, Q. (2008). Implications of the fit between organizational structure and ERP: A structural contingency theory perspective. *International Journal of Information Management, 28(5)*, 391–402. <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2008.01.008>
- Muñoz Machado, S. (2006a). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General Tomo I (Segunda)*. Madrid: Iustel - Portal Derecho S.A. Retrieved from www.iustel.com
- Muñoz Machado, S. (2006b). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*

- Tomo II*. Madrid: Iustel - Portal Derecho S.A. Retrieved from www.iustel.com
- National Geographic. (2018). Libertadores de América: los Héroes de la Independencia. Retrieved from http://www.nationalgeographic.com.es/historia/grandes-reportajes/libertadores-america-los-heroes-independencia_12186/1
- Navarrete Carreño, O., & Chávez, M. A. (2019). Estadística para contadores y auditores con R. Navarro, D. (2013). *Learning statistics with R*. Lulu. com.
- Nieto, A. (1964). Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*, (44), 147–162.
- Noguera De la Muela, B. (2015). La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español. In *Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela* (1a ed., p. 948). Madrid: Iustel - Portal Derecho S.A.
- O’Connell, A. J. (2008). Political cycles of rulemaking: An empirical portrait of the modern administrative state. *Virginia Law Review*, 889–986.
- Oswald, M. (2018). Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power. *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, 376 no 212, 20170359. <https://doi.org/10.1098/rsta.20170359>. A modern reader might be tempted to regard these articles as illustrations of a naive age or to a context long past, or to highlight the lack of causal evidence for Reverend Barrow’s conclusion about the ‘healthful’ nature of his parish. Yet both articles tackle issues with which we remain concerned today: the healthiness (or otherwise) of a co
- Oviedo Freire, A. (2014). *Buen Vivir vs Sumak Kawsay*. (E. CICCUS, Ed.) (Tercera Ed). Argentina.
- Pásara, L. (2019). *Tres claves de la justicia en el Perú: Jueces, Justicia y Poder en el Perú*. Fondo

Editorial de la PUCP.

Peñaloza-Vassallo, K., Gutiérrez-Aguado, A., & Prado-Fernández, M. (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. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2017.343.3074>

Pérez Royo, J. (2002). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Piñero, M. T. (2014). Democracia y Neoliberalismo en la región: Paraguay y el golpe. *Estudios*, No. 31, 113.

Plan V. (2018). PLAN V. Retrieved June 14, 2018, from <http://www.planv.com.ec/historias/politica/pecados-capitales-la-corte-constitucional>

Quito pierde cada año 125 millones de dólares desde que perdió su feria taurina. (2017). Retrieved from <http://www.elmundo.es/cultura/toros/2017/08/19/59986a46268e3ea56a8b465d.html>

Rebollo, L. M. (2014). *LEYES ADMINISTRATIVAS*. (T. Reuters, Ed.). Pamplona: Editorial Arazandi S.A.,

Representantes del Estado de Ecuador. (1830). *Constitución del Ecuador 1830*. Riobamba.

Rivero Ortega, R. (2009). *Derecho Administrativo Económico*. MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2017). Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales. *Ius Humani. Law Journal*, 6, 95–105. <https://doi.org/10.31207/ih.v6i0.113>

Roig, A. A. (2002). *La dignidad humana y la moral de la emergencia*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Rosero, L. (2017). Ley Anticorrupción: una norma urgente. *Diario El Telégrafo*. Retrieved from

<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/1/ley-anticorrupcion-una-norma-urgente-ii>

Rousseau, J.-J. (1762). El Contrato Social. Retrieved from [http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU El Contrato Social.pdf](http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf)

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. (V. Luzón Peña, D.; Díaz y García Conlledo, M.; Remesal, Ed.). Madrid: Civitas Ediciones, S.L.

Roy-García, I., Rivas-Ruiz, R., Pérez-Rodríguez, M., & Palacios-Cruz, L. (2019). Correlación: no toda correlación implica causalidad. *Revista Alergia México*, 66(3), 354–360. <https://doi.org/10.29262/ram.v66i3.651>

Rubio Llorente, F. (1993). *La forma de Poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Rusca, B. (2021). ¡FELIZ CUMPLEAÑOS, SEÑOR FUNCIONARIO! SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA ACEPTACIÓN Y EL OFRECIMIENTO DE REGALOS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Revista Direito GV*, 17(1). <https://doi.org/10.1590/2317-6172202104>

Sagüés, N. P. (2002). Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina. In *Justicia constitucional en la actualidad* (Corporació, p. 173).

Salaverría, J. I. (2017). Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, intermediación, sana crítica. *Revista de Administración Pública*, 204, 11–39.

Sánchez, A. F. A., & Ramírez Sánchez, A. (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), 303–342. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6311964>
- Sánchez Ferriz, R. (1993). *Introducción al Estado Constitucional* (Primera Ed). Barcelona - España: Editorial Ariel S.A.
- Sánchez Morón, M. (2011). *Derecho Administrativo PARTE GENERAL* (Séptima). Madrid: Editorial Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2015). Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (comentario a la sentencia de la Sala de lo contencio-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7a, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013). *Revista de Administración Pública*, 197, 209–222.
- Santamaría Pastor, J. A. (2002). *Principios del Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- SENPLADES. (2017). Plan Nacional del Buen vivir 2017-2021. Gobierno del Ecuador. Retrieved from <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/07/Plan-Nacional-para-el-Buen-Vivir-2017-2021.pdf>
- Shapovalova, Inna; Zakharov, Victor M.; Shmigirilova, Larisa N.; Anastasiy, Gozhenko; V.; Galina, I. (2016). Social Risks of Human Habitat. *The Social Sciences*. <https://doi.org/10.36478/sscience.2016.2416.2420>
- Solar Cayón, J. I. (2020). La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. *Revus*, No. 41(41). <https://doi.org/10.4000/revus.6547>
- Sotelo, I. (2012). *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Editorial Trotta. Retrieved from <http://site.ebrary.com/lib/utnortesp/reader.action?docID=10560304&ppg=14>
- Soto Kloss, E. (1984). Los derechos adquiridos en el Derecho Público Chileno. Réquiem para una

- inepcia doctrinaria. *Revista de Derecho y Jursprudencia*, 81. No.1, 13–23.
- Soto Kloss, E. (1988). Acerca del llamado control de mérito del acto administrativo. *Revista de Derecho Público*, No. 43-44, 117–130.
- Soto Kloss, E. (1992). La desconcentración en el derecho administrativo chileno. *Revista de Derecho Público*, 51–52.
- Tabachnick, B. G., Fidell, L. S., & Ullman, J. B. (2007). *Using multivariate statistics* (Vol. 5). Pearson Boston, MA.
- Tocqueville, A. de. (2020). *La Democracia en América* (Primera Ed). Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Trayter Jiménez, J. M. (2017). *Derecho Administrativo parte general* (Tercera Ed). Barcelona - España: Atelier LLIBRES JURIDICS.
- Valencia-Tello, D. C. (2020). Análisis de Tiempos Históricos (Legal pluralism: Analysis of Historical Times). *Revista Derecho Del Estado*, No. 45, 121–154. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=3519490>
- van Weezel, A., & van Weezel, A. (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Política Criminal*, 12(24), 997–1043. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992017000200997>
- Vega Arrieta, H. (2016). The grammatical analysis of the penal type. *Justicia*, 21(29), 53–71. <https://doi.org/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, C. (2000). *Visión indígena del desarrollo en la Amazonía*. (Mimeo, Ed.).

Zagrebelsky, G. (2016). *El Derecho dúctil*. (Editorial Trotta, Ed.).

Zalpa Ramírez, G. (2011). *Cultura y Acción Social*. (Plaza y Valdés S.A., Ed.).

Fuentes Normativas Españolas

BOE. (2015). *Ley 39/2015 de 1 de Octubre del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Retrieved from <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>

Congreso de los Diputados y del Senado. (1978). *Constitución Española*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Fuentes Normativas Ecuatorianas

Asamblea Nacional. (2008, 29 de julio). *Constitución de la República del Ecuador-CRE*. R.O.S núm. 449. última reforma 25 de enero 2021.

<https://www.fielweb.com/Index.aspx?rn=88760&nid=1#norma/1>

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial No. 449, 20 Octubre 2008. Retrieved from https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/quienes-somos/Constitucion_politica.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009a). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Quito: Registro

Oficial No. 48 del 16 de octubre de 2009.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009b). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 052 del 22 de octubre de 2009.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Registro Oficial No. 506 Suplemento del 22 de mayo de 2015. Retrieved from [http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.pdf](http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO_ORGANICO_GENERAL_DE_PROCESOS.pdf)

Asamblea Nacional del Ecuador. (2017a). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento 31 del 07 de julio de 2017.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2017b). Código Orgánico Ambiental. Quito: Registro Oficial No. 983 del 12 abril 2017.

Congreso Nacional del Ecuador. (1999). Ley de Compañías, codificación. Quito: Registro Oficial No. 312 del 05 de noviembre de 1999.

Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Tributario del Ecuador. Registro Oficial S. 38 del 14 de junio de 2005.

Congreso Nacional del Ecuador. (2016). Código Civil Ecuador. Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio 2005. Retrieved from <https://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/08-Codigo-Civil.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia número 151-18-SEP-CC en el caso 413-09-EP (2018). Retrieved from http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/151-18-SEP-CC/REL_SENTENCIA_151-18-SEP-CC.pdf

Fuentes Normativas Europeas

Asamblea Francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre. Retrieved from http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/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

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1.....	238
INSTITUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR	238
TABLA 2.....	240
BASE DE DATOS LEGISLACIÓN_GESTIÓN	240
TABLA 3.....	242
VARIABLES ESTADÍSTICAS UTILIZADAS.....	242
TABLA 4.....	243
VARIABLES INDEPENDIENTES DE LA BASE DE DATOS LEGISLACIÓN_GESTIÓN	243
TABLA 5.....	243
VARIABLES DEPENDIENTES DE LA BASE DE DATOS LEGISLACIÓN_GESTIÓN	243
TABLA 6.....	252
OBJETIVOS ESPECÍFICOS, PREGUNTAS, HIPÓTESIS, METODOLOGÍA, VARIABLES	252
TABLA 7.....	257
VALORES DE VIF OBTENIDOS PARA CADA REGRESOR	257
TABLA 8.....	257
RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA PRIMERA HIPÓTESIS.	257
TABLA 9.....	259
RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS.	259
TABLA 10.....	260
RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA TERCERA HIPÓTESIS.....	260
TABLA 11.....	262
RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA CUARTA HIPÓTESIS	262
TABLA 12.....	263
RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA QUINTA HIPÓTESIS	263
TABLA 13.....	264
RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA SEXTA HIPÓTESIS.	264
TABLA 14.....	266
CONSTATACIÓN DE LOS DATOS	266
TABLA 15.....	267
SUPUESTO DE ADITIVIDAD	267
TABLA 16.....	271
INTERVALOS DE RHO PARA FUERZA DE UNA CORRELACIÓN (TABACHNICK ET AL., 2007)	271
TABLA 17.....	272

FUERZA DE CORRELACIÓN SEGÚN SPEARMAN TEST PARA LAS VARIABLES DE INCUMPLIMIENTO A LAS NORMATIVAS LEGALES.....	272
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1.....	238
CATASTRO DE LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR.....	238
FIGURA 2.....	244
DIAGRAMAS DE CAJAS AGRUPADOS	244
FIGURA 3.....	245
INCUMPLIMIENTOS POR AÑO	245
FIGURA 4. VARIABLE: CONSTITUCIÓN_REPÚBLICA (X1) EN LAS DIFERENTES PROVINCIAS, AÑOS 2016 Y 2017 246	246
FIGURA 5.....	247
VARIABLE: LEY_ORGÁNICA_CONTRALORÍA_GENERAL_ESTADO (X2) EN LAS DIFERENTES PROVINCIAS EN LOS AÑOS 2017 Y 2018.....	247
FIGURA 6.....	248
VARIABLE: LEY_ORGÁNICA_CONTRATACIÓN_PÚBLICA (X3) EN LAS DIFERENTES PROVINCIAS EN LOS AÑOS 2017 Y 2018	248
FIGURA 7.....	249
VARIABLE: REGLAMENTO_LEY_DE_CONTRA_GENER_ESTADO (X4) EN LAS DIFERENTES PROVINCIAS EN LOS AÑOS 2017 Y 2018.....	249
FIGURA 8.....	250
VARIABLE: REGLAMENTO_A_LEY_DE_CONTRATACIÓN_PÚBLICA (X5) EN LAS DIFERENTES PROVINCIAS EN LOS AÑOS 2017 Y 2018.....	250
FIGURA 9.....	251
VARIABLE: NORMAS_DE_CONTROL_INTERNO (X6) EN LAS DIFERENTES PROVINCIAS EN LOS AÑOS 2017 Y 2018	251
FIGURA 10.....	251
VARIABLE: OTRAS_NORMATIVAS (X7) EN LAS DIFERENTES PROVINCIAS EN LOS AÑOS 2017 Y 2018	251
FIGURA 11.....	255
SCATTER PLOTS DEL CONJUNTO DE VARIABLES PREDICTORAS RESPECTO A LAS VARIABLES DE SALIDA	255
FIGURA 12.....	256
COOK'S DISTANCE.	256
FIGURA 13.....	267
GRÁFICO DE BIGOTE Y CAJAS DE LAS NORMATIVAS LEGALES DEPURADAS DE DATOS ATÍPICOS	267
FIGURA 14.....	268

HISTOGRAMA DE LOS RESIDUOS ESTANDARIZADOS PARA LOS INCUMPLIMIENTOS A LAS NORMATIVAS LEGALES	268
FIGURA 15.	269
GRÁFICO DE CUANTILES-CUANTILES PARA LOS INCUMPLIMIENTOS A LAS NORMATIVAS LEGALES	269
FIGURA 16.	270
SCATTER PLOT PARA LOS INCUMPLIMIENTOS A LAS NORMATIVAS LEGALES	270