

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL “SEK”

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FACULTAD: DERECHO

TESIS DOCTORAL

***TEMA: “INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR FUNCIONARIOS
PUBLICOS.- DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD
O RECURSO DE AMPARO”***

AUTOR: ABG. MARÍA FERNANDA CHIRIBOGA BORJA

DIRECTOR: DR. PEDRO FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA

QUITO, 2005

DEDICATORIA

A mis padres, quienes con todo su amor me han inculcado el valor de la responsabilidad. Quienes han sido incondicionales con su apoyo y guía a lo largo de mi carrera. A mis padres les debo todo lo que soy, por lo que les dedico mi esfuerzo plasmado en este trabajo.

A mis hermanos, quienes han sido esenciales en mi desarrollo personal, pues de cada uno de ellos he aprendido el valor del esfuerzo y dedicación.

AGRADECIMIENTOS

A mi querido doctor Pedro Fernández de Córdova, quien con su dedicación ha sido una guía sublime en este proceso de culminación de mi carrera.

A mi tío Armando Pareja, quien generosamente me ha compartido su conocimiento para encaminarme por el sendero adecuado en la elaboración de mi trabajo.

A mi amiga y compañera doctora Amparo Lalama, quien con su ejemplo de rectitud y fortaleza, me ha impulsado y apoyado en el logro de esta meta.

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
EMITIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS.- DEMANDA DE
INCONSTITUCIONALIDAD O RECURSO DE AMPARO**

	Pag.
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I	
Análisis de la Supremacía de la Constitución, Derechos Constitucionales, Inconstitucionalidad y Recurso de Amparo, en las diferentes Constituciones que han regido en el Ecuador.....	8
CAPITULO II	
1. La Constitución vigente de la República del Ecuador.- 1998.....	27
2. Supremacía de las normas constitucionales.- De la inconstitucionalidad.....	35
3. Derechos de las personas garantizados en la Constitución.....	47
CAPITULO III	
El acto administrativo.-	
1. Generalidades.....	79
2. El acto administrativo realizado por los funcionarios públicos.....	111
3. El acto administrativo realizado por personas privadas concesionarias de servicios que correspondan a la potestad pública.....	113
CAPITULO IV	
Las personas naturales y jurídicas.....	123
CAPITULO V	
Demanda o acción de inconstitucionalidad del acto administrativo realizado por funcionarios públicos o de acto administrativos realizados por personas privadas, concesionarias de servicios públicos.-	
1. Generalidades.....	137

2. Procedencia.....	139
3. Quienes pueden plantear la acción o demanda de inconstitucionalidad.....	140
4. Organismo competente para conocer, tramitar y resolver la acción o demanda de inconstitucionalidad.....	142
5. Contenido de la acción o demanda de inconstitucionalidad.....	142
6. Procedimiento.....	144
7. Resolución.....	149
8. Efectos de la resolución de recurso de amparo.....	149

CAPITULO VI

El recurso de amparo.-

1. Generalidades.....	154
2. Procedencia.....	171
3. Quienes pueden plantear el recurso de amparo.....	173
4. Jueces y tribunales competentes para conocer, tramitar y resolver el recurso de amparo.....	174
5. Contenido del recurso de amparo.....	175
6. Procedimiento.....	175
7. Resolución.....	181
8. Efectos de la resolución de inconstitucionalidad.....	181

Conclusiones.....	201
-------------------	-----

Recomendaciones.....	204
----------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	206
-------------------	-----

JURISPRUDENCIA.....	211
---------------------	-----

ANEXOS.....	226
-------------	-----

INTRODUCCIÓN

La excelencia de las relaciones humanas se basa en la dignidad del hombre, y de ella emanan ciertos atributos que deben ser reconocidos y protegidos porque, cuando se violan, se lesiona la dignidad del individuo. Los derechos humanos se originan en lo íntimo de la persona y, al mismo tiempo, su reconocimiento es el camino más directo para respetar esa dignidad, por lo que, el respeto y la protección de tales derechos es fundamental para la convivencia del hombre.

Día tras día vemos como en nuestro país los derechos del hombre emanados de nuestra constitución, se ven atropellados e irrespetados.

Es una realidad el hecho de que no existe una claridad jurídica respecto a qué acción corresponde plantear a la persona afectada por infracciones a las reglas que consagran las garantías señaladas en la Constitución Política de la República del Ecuador, realizadas a través de actos administrativos ejecutados por funcionarios del sector público: si la demanda de inconstitucionalidad deducida ante el Tribunal Constitucional; o, el recurso de amparo constitucional.

En cuanto a la presentación, trámite y resolución definitiva por parte del Tribunal Constitucional, en el ejercicio del recurso de amparo, se han patentizado notables contradicciones, provenientes de la incomprensión y desconocimiento de su verdadero sentido, tanto por parte de los actores como de los magistrados, especialmente en épocas que todavía las sentimos recientes y que por fortuna se han ido superando, como se lo demuestra en las resoluciones del Tribunal Constitucional en la presente época.

Ha existido de igual manera, confusión e indebida aplicación del espíritu del recurso de amparo como medio constitucional para lograr el respeto de las garantías de los derechos humanos señalados en la Constitución.

En cuanto al ejercicio y resolución de la demanda de inconstitucionalidad, se podría afirmar que no ha existido mayor controversia.

Es por esto que, solamente con una debida comprensión y aplicación de los medios que la propia Constitución señala, se obtendrá la vivencia de las garantías constitucionales establecidas en la Carta Fundamental a favor de los derechos de la persona y la responsabilidad y custodia de las mismas por parte del Estado, como una respuesta eficaz al clamor social de preservar la norma constitucional en el sitio principal dentro del ordenamiento jurídico estatal, toda vez que ninguna norma de jerarquía inferior puede contradecirla y por ende las manifestaciones unilaterales de autoridad pública deben guardar absoluta armonía con el ordenamiento constitucional y legal.

CAPITULO I

ANÁLISIS DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, DERECHOS CONSTITUCIONALES, INCONSTITUCIONALIDAD Y RECURSO DE AMPARO EN LAS DIFERENTES CONSTITUCIONES QUE HAN REGIDO EN EL ECUADOR

He creído conveniente analizar los temas de nuestro interés a través de las constituciones que han regido en el Ecuador, a fin de conocer la razón de su origen, así como su desarrollo a lo largo de la historia constitucional.

En cuanto a la SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, este concepto se prevé desde la primera en regir, es decir, la de **1812**, que en su artículo 6 establece: *“Las Leyes Patrias que hasta el presente han gobernado y que no se opongan a la libertad, y derechos de este Pueblo y su Constitución quedarán en toda su fuerza y vigor por ahora y mientras se reforman por la Legislatura, tanto el Código Civil, como el Criminal, y se forman los Reglamentos convenientes para todos los ramos de la administración política y civil”*.

En la Constitución de **1821**, se prevé en su artículo 188 la Supremacía de la Constitución, y su texto es cambiado por el siguiente: *“Se declaran en toda su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos, que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso”*.

En la Constitución de **1830**, se vuelve a reemplazar por el texto que expone su artículo 73: *“Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados, y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución”*.

En las Constituciones de **1835** y **1843**, se prevé en sus artículos 111, con el siguiente texto: *“Se declaran en toda su fuerza y vigor todas las leyes, y decretos,*

que rigen en la República, en cuanto no se opongan a esta Constitución, o a los decretos y leyes que hayan expedido, o expida la presente convención”.

En la Constitución de **1845**, seguimos en el artículo 111, pero el texto queda de la siguiente forma: *“Toda ley que se oponga a esta Constitución, no tendrá efecto”.*

En la Constitución de **1846**, encontramos tal concepto en su artículo 189 primer inciso, con el siguiente texto reformado: *“La Constitución es la suprema norma jurídica de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las Leyes, Decretos, Reglamentos, Ordenanzas, Disposiciones, Pactos o Tratados Públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella o se apartaren de su texto”.*

En la Constitución de **1851**, se prevé en su artículo 135 la Supremacía de la Constitución, retomando el texto de la Constitución de 1845.

En las Constituciones de **1852**, **1861**, **1869**, y **1878**, tenemos la novedad que no se encuentra mencionada la Supremacía de la Constitución

En la Constitución de **1896**, ya encontramos nuevamente la figura de la Supremacía de la Constitución, en su artículo 132 al decir: *“La Constitución es la Suprema Ley de la República, y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuvieren en contradicción, o se apartaren de su texto, no surtirán efecto alguno”.*

En la Constitución de **1906**, varía un poco el texto en cuanto a la Supremacía de la Constitución y en su artículo 6 expresa: *“La Constitución es la Ley Suprema de la República. Por tanto, no tendrán valor alguno las Leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella, o se apartaren de su texto”*

En las Constituciones de **1928**, **1938** y **1944**, lo encontramos en sus artículos 161, 166 y 163 respectivamente, variando de su texto anterior solamente la última parte que cambia por: *“que se opusieren a ella o alteraren, de cualquier modo, sus prescripciones”*.

En la Constitución de **1946**, se prevé en su artículo 193, la Supremacía de la Constitución variando su texto y volviendo al de la Constitución de 1896.

En la Constitución de **1967**, se prevé la Supremacía de la Constitución en su artículo 257, reemplazando su texto por el siguiente: *“La Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones, y tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella”*.

En las Constituciones de **1984**, **1993**, **1996**, y **1997**, encontramos en los artículos 137, 140, 171 y 171 respectivamente.

Actualmente, en la Constitución de **1998**, se establece el concepto de la Supremacía de la Constitución en su artículo 272, con el texto que expongo a continuación: *“La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones”*.

En cuanto a la atribución o FACULTAD DE VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCION, también la encontramos desde la primera Constitución, la de **1812**, que en su artículo 23 establece: *“le corresponde al ejecutivo el cumplimiento, guarda y ejecución en todo el Estado de la Constitución en primer lugar, y todas las leyes que no estén reformadas, o abolidas por ella, como*

también de todos los Reglamentos, Leyes o providencias que el Congreso Supremo Provincial estando formado, o la Legislatura sancionen”.

La Constitución de **1821**, la recoge en su artículo 114, con el siguiente texto: *“Promulga, manda ejecutar y cumplir las leyes, decretos, estatutos y actos del Congreso cuando conforme queda establecido por la Sección I del Título IV, de esta Constitución, tengan fuerza de tales; y expide los decretos, reglamentos e instrucciones que sean convenientes para su ejecución”.*

En la Constitución e **1830**, no encontramos nada acerca de esta facultad, pero en la Constitución de **1835**, se retoma la idea y vuelve a otorgarla al ejecutivo, de conformidad con lo establecido en su artículo 59, en el que se dispone el juramento de posesión, en cuyo texto consta: *“...observaré y haré observar la Constitución y las leyes...”.*

En la Constitución de **1843**, encontramos esta facultad en el artículo 60 en el que se establecen las atribuciones del ejecutivo, dentro de las cuales está: *“velar por el cumplimiento de la Constitución, y las leyes...”*, pero cabe recalcar que en esta Constitución se crea una Comisión Permanente, la que tiene por objeto velar por la observancia de la Constitución y las Leyes y vigilar al Ejecutivo para que no existan omisiones.

En la Constitución de **1845**, dicha facultad sigue en el Ejecutivo, volviendo al juramento de posesión contenido en la Constitución de 1835, de conformidad con lo establecido a su artículo 68.

En la Constitución de **1846**, volvemos a encontrar dicha facultad dentro de las atribuciones otorgadas al ejecutivo, conforme lo dispone el artículo 92, numeral 3: *“Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes de la República”*; pero encontramos también que esta atribución es otorgada al Congreso dividido en Cámaras, como consta en el artículo 53 numeral 3: *“Dictar las leyes necesarias para la efectividad de las garantías constitucionales, y, en general, para el cumplimiento*

de todas las disposiciones de la Constitución y la realización de los fines del Estado”.

Es importante mencionar que en esta Constitución se crea el Consejo de Estado, conforme lo establece el artículo 145, con el deber de velar por la observancia de la Constitución y las Leyes y especialmente proteger las garantías constitucionales.

En la Constitución de **1851**, la atribución sigue siendo del Presidente de la República de acuerdo al juramento ya mencionado anteriormente y también de conformidad con el artículo 58, numeral 2: *“Cumplir y ejecutar, y hacer que se cumplan y se ejecuten por sus agentes y por los empleados que le están directamente subordinados, la Constitución y leyes, en la parte que les corresponda”*. Y en su numeral 3: *“Cuidar de que los demás empleados y autoridades que no le están directamente subordinados, ejecutan y cumplan, y hagan cumplir por quienes corresponda, la constitución, leyes y demás actos legislativos; requiriéndolos al efecto, o a las autoridades competentes, para que les exija la responsabilidad, sino lo hicieren”*.

En las Constituciones de **1852** y **1861**, se conserva esta facultad entre las atribuciones del Presidente de la República consagrada en el juramento que al tiempo de posesionarse debería pronunciar, y de conformidad con el artículo 68, numerales 5 y 6 para la primera; y, artículo 66, numerales 5 y 6 de la segunda, conservando el texto de la constitución anterior.

En la Constitución de **1869**, aparece esta facultad nuevamente en el juramento del ejecutivo, de conformidad con el artículo 58.

En la Constitución de **1878**, volvemos a lo establecido en la de 1861, conforme lo dispone el artículo 76, numerales 2 y 3.

En las Constituciones de **1896, 1906, 1928 y 1938**, encontramos un cambio leve de texto en cuanto a la atribución del ejecutivo: “*Cumplir y ejecutar las leyes y decretos, y hacer que sus agentes y los demás empleados, las cumplan y ejecuten*” de acuerdo al artículo 94, numeral 2; artículo 80, numeral 2; artículo 83, numeral 2 y artículo 89, numeral 3, respectivamente.

En la Constitución de **1944**, encontramos un pequeño cambio en el texto, quedando en el siguiente: “*Cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, decretos y convenciones internacionales*”, conforme lo señala el Artículo 65, numeral 1.

En la Constitución de **1946**, aparece nuevamente el juramento en el artículo 88, cambiando el texto al siguiente: “*...juro obedecer y defender la Constitución y las leyes del Ecuador*”. Y también en el artículo 96, que se refiere a las atribuciones del Presidente, numeral 3: “*Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes de la República*”.

En la Constitución de **1967**, volvemos a las atribuciones y dentro de éstas a la de velar por el Cumplimiento de la Constitución y Leyes, de conformidad al artículo 184, literal 2: “*Cumplir y hacer cumplir las normas jurídicas del Estado y los tratados internacionales válidamente celebrados*”.

En las Constituciones de **1984, 1993, 1996, 1997 y 1998**, seguimos con el mismo principio de la Constitución anterior, pero se cambia el texto al siguiente: “*cumplir y hacer cumplir la Constitución, leyes, decretos y convenciones internacionales*”, conforme lo podemos ver en el artículo 78 literal a); artículo 78, literal a); artículo 103, literal a); artículo 103, literal a); y, artículo 171, numeral 1, respectivamente.

En cuanto a los DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, vemos que en la primera Constitución, es decir, la de **1812**, nada se establece. En la siguiente Constitución, la de **1821**, ya empiezan a manifestarse, a partir del artículo

156 y podemos observar que ya aparecen garantías constitucionales, a pesar de que no se prevé en forma específica. A propósito de lo dicho, el artículo 157 establece lo siguiente: *“La libertad que tienen los ciudadanos de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos, en ningún será impedida ni limitada. Todos por el contrario deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación”*.

En la Constitución de **1830**, los derechos se encuentran consagrados a partir del artículo 57, y en cuanto a las garantías, es el artículo 66 el que los establece, variando su texto al siguiente: *“Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, y representar al Congreso y al Gobierno cuanto considere conveniente al bien general; pero ningún individuo o asociación particular podrá abrogarse en nombre del pueblo colectando sufragios sin orden escrita de la autoridad pública. Los contraventores serán presos y juzgados conforme a las leyes”*.

En las Constituciones de **1835** y **1843**, los derechos se encuentran a partir del artículo 90 y 87 respectivamente; y, en cuanto a las garantías, el artículo 104, 95 expone el siguiente texto: *“El derecho de petición será ejercido personalmente, por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo”*.

En la Constitución de **1845**, encontramos los derechos a partir del artículo 107 y en cuanto a las garantías, el artículo 124 expresa: *“Todo ciudadano tiene la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública con la moderación y respeto debidos; y todos tienen el derecho de representar por escrito al Congreso, o al Poder Ejecutivo, cuanto consideren conveniente al bien público”*. El artículo 125, por su parte dispone: *“El derecho de petición se ejercerá por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo”*.

En la Constitución de **1846**, las garantías se encuentran comprendidas a partir del artículo 180 y cabe acotar que estas se encuentran divididas en garantías

generales, garantías individuales comunes y garantías especiales para los ecuatorianos, y en estas últimas, el artículo 188 numeral 2 establece: *“El derecho de petición ante los mandatarios, de manera oral y colectiva, en desfiles u otras manifestaciones públicas, pacíficas y sin armas, previo permiso de la autoridad correspondiente”*.

En la Constitución de **1851**, los derechos y garantías se encuentran consagrados a partir del artículo 103 y específicamente en el artículo 105 que dice: *“Todo ecuatoriano tiene la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos”*; artículo 106: *“En virtud del derecho de petición, todo ciudadano podrá representar por escrito a la Asamblea Nacional, al Poder Ejecutivo y demás autoridades constituidas, cuanto considere conveniente al bien general del Estado; pero ningún individuo o asociación particular podrá hacer peticiones a nombre del pueblo, ni menos arrogarse la calificación de tal”*.; y, el artículo 107: *“Todo ciudadano puede reclamar ante la Asamblea Nacional, o ante el Poder Ejecutivo de las infracciones de la Constitución y de las Leyes”*.

La Constitución de **1852**, conserva el mismo texto anterior en el artículo 106 y, específicamente en los artículos 122, 123 y 124.

En las Constituciones de **1861** y **1869**, las garantías se encuentran contempladas a partir del artículo 102 y 87, respectivamente; y, específicamente en el artículo 118 y 103 respectivamente: *“El derecho de petición será ejercido personalmente por uno o más individuos a su nombre, pero jamás en el del pueblo”*. Y en el artículo 119 y en 104 respectivamente: *“Todo ecuatoriano puede reclamar ante el Congreso o el poder Ejecutivo contra las infracciones de la Constitución y las Leyes, e introducir en la Cámara de Representantes una acusación contra cualquier otro alto funcionario”*.

En la Constitución de **1878**, encontramos las garantías constitucionales a partir del artículo 16, pero no encontramos el derecho de petición ya consagrado en las Constituciones anteriores.

En la Constitución de **1896**, las encontramos consignadas a partir del artículo 13 y en especial en el artículo 25 que establece: *“Todos tienen derecho de petición para ante cualquiera autoridad, la que dará resolución dentro de los términos fijados por las leyes. Este derecho puede ejercerse individual o colectivamente, pero nunca en nombre del pueblo”*. Igual observamos en la Constitución de 1906 en el artículo 26 y especialmente en su numeral 16, dispone: *“La libertad de petición directa para ante cualquiera autoridad o corporación, con derechos de obtener la resolución correspondiente. Esta libertad puede ejercerse individual o colectivamente, mas, nunca a nombre del pueblo”*.

En las Constituciones de **1928** y **1938**, en cuanto a las Garantías, éstas se encuentran contempladas en el artículo 151 y 159 respectivamente, específicamente en el numeral 26: *“El derecho de petición a la autoridad competente, la que no podrá desecharla sin la resolución del caso. Este derecho se puede ejercer, individual o colectivamente, mas nunca en nombre del pueblo”*. Y también en el numeral 27: *“El derecho de acusar y denunciar las infracciones de la Constitución y las leyes, ante el Congreso, el Poder Ejecutivo o cualquiera otra autoridad competente”*.

En la Constitución de **1944**, se encuentran en el artículo 144, en especial en el literal 17, pero encontramos la novedad que ya aparecen plazos: *“El derecho de petición. El funcionario o autoridad que reciba alguna solicitud no puede dejarla sin la resolución correspondiente, que será dictada dentro del plazo máximo de treinta días, salvo los casos en que la ley determine plazos especiales. Este derecho se puede ejercer individual o colectivamente, mas nunca en nombre del pueblo”*. Y también en el literal 18: *“El derecho de acusar o denunciar ante la autoridad competente las infracciones de la Constitución y las leyes”*.

En la Constitución de **1946**, nos encontramos que las Garantías se encuentran establecidas a partir de su artículo 184, y que éstas se encuentran divididas en Garantías Generales, Garantías Individuales Comunes, dentro de las que encontramos: *“La libertad de petición por escrito, individual o colectiva, ante cualquier autoridad o corporación, con derecho de obtener la resolución correspondiente”* y Garantías Especiales para los Ecuatorianos, dentro de las que encontramos: *“El derecho de petición ante los mandatarios, de manera oral o colectiva, en desfiles u otras manifestaciones públicas, pacíficas y sin armas, previo permiso de la autoridad correspondiente”*.

En la Constitución de **1967**, las encontramos en el artículo 23 y siguientes y en cuanto a nuestro estudio, es importante mencionar que aparte del derecho de petición, aparece por primera vez una figura muy importante, en el literal 15: *“El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes”*.

En las Constituciones de **1984** y **1993**, encontramos a los derechos y Garantías a partir del artículo 19 y en especial en el literal 10: *“derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y, a recibir la atención o respuestas pertinentes y en el plazo adecuado, conforme a la ley”*.

En las Constituciones de **1996** y **1997** aparte del derecho de petición y de denunciar las violaciones a la Constitución, encontramos una novedad importante que es que dentro de las garantías se prevé el recurso de Amparo, no como lo establecía la Constitución de 1967, sino que ya en forma más exhaustiva, de conformidad al artículo 31: *“Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública”*.

violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que puede causar un daño inminente, a más de grave o irreparable”.

En la Constitución de **1998**, se mantiene el Recurso de Amparo en el artículo 95, reemplazando su texto por el siguiente: *“Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.*

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecta grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

El juez convocará de inmediata a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las 24 horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las 48 horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez, y a los jueces y Magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinente, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho”.

En cuanto a la figura de la INCONSTITUCIONALIDAD, es menester mencionar que la Constitución de **1846**, fue la primera en preverla y en fijar el titular de esa atribución, como lo dispone el artículo 189 en su inciso final: “*Asimismo, solo al Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo son o no inconstitucionales*”.

En la Constitución de **1869**, podemos resaltar el hecho de que una de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo es la de consultar a la Corte Suprema de Justicia, acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, cuando considere que una resolución legislativa es contraria a la Constitución.

En la Constitución de **1944**, aparece nuevamente la figura de la inconstitucionalidad que se dio en la Constitución de 1846, figura cuya atribución se la otorgó al Congreso, pero en esta Constitución se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, de conformidad al artículo 159 y siguientes, al que se le otorga las siguientes atribuciones:

“ a) Velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, en especial de las garantías constitucionales, excitando para ello al Presidente de la República y a los demás funcionarios y autoridades del Poder Público.

b) Formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que a su juicio se hubieren dictado con violación de la Constitución o de las leyes, previa audiencia de la autoridad u organismo que los hubieren expedido. Si las observaciones no fueren aceptadas por la autoridad o el organismo afectado por aquellas, el Tribunal las publicará por la prensa y las presentará a consideración del Congreso, a fin de que resuelva sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad alegadas.

c) Dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decretos.

d) Suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos.

e) Conocer de las quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; preparar la acusación contra los funcionarios responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentar al Congreso para que este, según los casos, los enjuicie u ordene enjuiciarlos”.

En la Constitución de **1946**, encontramos la reforma que nos señala que solo al Congreso le corresponde declarar si una ley o decreto legislativo es o no inconstitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 193 inciso final, es decir, volvemos a lo establecido en la Constitución de 1846 sin el Tribunal de Garantías Constitucionales.

En la Constitución de **1967**, vuelve a aparecer la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales en su artículo 219, con las facultades mencionadas anteriormente; y en la de **1984**, se la prevé en su artículo 140, pero con la variación

que dentro de sus atribuciones no encontramos la que anteriormente se establecía: “*Dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decretos*”, o por lo menos no en forma explícita, pero esta facultad no está dada a ningún otro funcionario y organismo por lo que se le atribuye a este Tribunal dicha facultad.

En la Constitución de **1993**, se establece de nuevo el Tribunal de Garantías Constitucionales en su artículo 143, con las mismas atribuciones.

En las Constituciones de **1996** y **1997**, encontramos la reforma del cambio de nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales a Tribunal Constitucional en sus artículos 174, atribuyéndole las siguientes competencias:

“ 1. Conocer y resolver las demandas que se presentaren sobre leyes, decretos-leyes y ordenanzas, que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma, y suspender total o parcialmente sus efectos;

2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales;

3. Conocer las resoluciones que denieguen los recursos garantizados en la Sección II “De las Garantías y los Derechos” y los casos de consulta obligatoria o apelación previstos en el Recurso de Amparo;

4. Resolver acerca de las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de leyes;

5. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución; y,

6. Ejercer las demás atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes”.

En esta misma Constitución encontramos otra novedad referente a la norma en la que se establece quien puede presentar demanda de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 y son los siguientes funcionarios o entidades:

“ a) El Presidente de la República, en los casos previstos en el numeral 1 de los expuestos anteriormente;

b) El Congreso Nacional, previa resolución mayoritaria de sus miembros, y en los casos previstos en los numerales 1,2 y 3 de los expuestos anteriormente;

c) La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, en los casos previstos en los numerales 1,2 y 5 de los expuestos anteriormente;

d) Los Consejos Provinciales o los Consejos Municipales, en los casos previstos en los numerales 2 y 5 de los expuestos anteriormente;

e) El Defensor del Pueblo en los casos previstos en el numeral 3 de los expuestos anteriormente;

f) Petición de mil ciudadanos o de cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos previstos en los numerales 1 y 2 de los expuestos anteriormente”.

En la Constitución vigente actualmente, es decir, la de **1998**, se mantiene la figura del Tribunal Constitucional en el artículo 275, pero en cuanto a las atribuciones cambia el texto de los literales que expongo a continuación, los demás se mantienen igual:

“1 Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos,

ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos;

2 Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo;”

Encontramos un nuevo numeral que dice:

“5 Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional”.

Seguimos con la figura de la inconstitucionalidad explicada anteriormente.

Como podemos darnos cuenta, a lo largo de las Constituciones que han regido en nuestro país, ha existido variación en cuanto a los temas en análisis; de manera general y para una mayor comprensión, observamos que la figura de la Supremacía de la Constitución, aparece desde la primera Carta Magna, es decir, la de 1812, encontrándonos con la variación que, desde la Constitución de 1852 hasta la de 1878, no se prevé nada sobre la Supremacía, retomándose esta figura en la Constitución de 1896, la misma que ha regido hasta la actualidad.

En cuanto a la atribución de velar por el cumplimiento de la Constitución, observamos que desde la primera en regir se la otorga al Ejecutivo, facultad que no se prevé en la Constitución de 1830 y se retoma en la de 1835; a lo largo del análisis correspondiente, aludo a que solamente existe variación en el texto o en la forma en la se la encuentra, como por ejemplo, en muchas de las Constituciones la vemos insertada en el juramento que debía hacer el ejecutivo, mientras que en otras se la plasma dentro de las atribuciones del mismo.

Pasamos entonces a los derechos y garantías constitucionales, aludiendo que a diferencia de las figuras anteriores, no los encontramos plasmados desde la primera

Constitución, pues es la de 1821 la primera en prever los derechos y garantías, los mismos que solamente con variaciones de texto se conservan hasta la Constitución vigente.

Por último, en el análisis de la inconstitucionalidad, apreciamos que en las primeras Constituciones no se preveía nada sobre esta figura, siendo la Constitución de 1846 la primera en contenerla, otorgando esta atribución al Congreso, nos encontramos con la variación que, en la Constitución de 1869, esta atribución es otorgada al Ejecutivo, retornando al Congreso en la de 1944 y con la novedad de que en esta Constitución se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, el mismo que desaparece en la de 1946 y se lo vuelve a advertir en la de 1967, organismo que posteriormente, en la Constitución de 1997, pasa a denominarse Tribunal Constitucional y en la que se prevé, por primera vez, quienes pueden plantear la demanda de Inconstitucionalidad, permaneciendo hasta la Constitución vigente solamente con variaciones en cuanto a las facultades del Tribunal.

Con esta síntesis, ha quedado explicada la evolución de las figuras de nuestro estudio en las distintas Constituciones que han regido en el Ecuador, creyendo importante realizar este análisis como un antecedente y para una mayor facilidad y comprensión al momento de estudiar cada uno de los temas en mención y que son de gran importancia en el derecho y, especialmente en el derecho constitucional, para llegar a lo se explica a continuación:

A lo largo de la historia constitucional, los derechos subjetivos han sido considerados de manera distinta. En los textos de las primeras constituciones observamos que el derecho de petición consta como parte de los principios fundamentales, como un derecho para reclamar ante la autoridad contra las infracciones a la Constitución y la ley, que en definitiva resultaba ser meramente declarativo y, en pocos casos, conocido por un Consejo de Estado con funciones muy limitadas que no le permitían declarar la inconstitucionalidad de leyes y de otros normas. En las Constituciones de 1967, 1978 – 1979, se estableció y mantuvo el derecho a demandar el amparo constitucional; no obstante, fue en la de 1996 cuando

se establecen normas sustantivas y adjetivas, que determinan competencias e instancias para que las personas puedan ejercer el derecho de proponer la acción de amparo, con la finalidad de que adopten en su favor las medidas urgentes para cesar o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de una autoridad de la administración pública que viole un derecho constitucional y que pueda causar un daño inminente, grave e irreparable, figura que conservamos actualmente.

Otro aspecto importante de resaltar es la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1944, otorgándole la facultad de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales, pero como antes indico, limitadamente en razón de que sus resoluciones de suspensión de una ley estuvieron sometidas a la decisión final del Congreso Nacional, en principio, y luego de la Corte Suprema, posteriormente. Finalmente, en la Constitución de 1996 se establece el Tribunal Constitucional, con autonomía e independencia de cualquier función del Estado o autoridad por razón de su función juzgadora.

Por lo anteriormente dicho, se puede afirmar que, a partir de la década los cuarenta, se inicia un verdadero cambio tanto en la concepción cuanto en las reglas aplicables a la consecución y respeto a los derechos y garantías constitucionales puesto que de simples declaraciones estas pasan a tomar cuerpo como verdaderas garantías constitucionales por el reconocimiento de los derechos individuales ante las autoridades.

Pero este cambio de concepción y reglas no solo observamos en el derecho constitucional ecuatoriano, fueron otras legislaciones como la alemana cuyo punto de partida fue la Carta Fundamental de Bonn, de 1949. Antes de esta Carta, en el siglo XIX, los derechos constitucionales no eran considerados como verdaderos derechos subjetivos, puesto que su eficacia estaba condicionada al desarrollo que éstos derechos tuvieran a consecuencia de la ley, considerándose como un poder que le pertenece al individuo sobre una cosa o un objeto determinado, es decir, estaban enfocados al derecho de propiedad. Los derechos fundamentales consistían en

afirmaciones de la ley objetiva que servían para restringir el poder estatal, es decir, como garantía para evitar que el ejecutivo irrespete la libertad y la propiedad de los ciudadanos, siendo así, que los derechos objetivos pasaron a constituirse como el sometimiento de la administración a la ley, en cuanto se refiere a la libertad y a la propiedad.

Esta concepción de los derechos fundamentales cambió con la Ley Fundamental de Bonn, y éstos pasaron a ser considerados verdaderos derechos subjetivos que fijaron los límites de las funciones del Estado, por haberse impuesto un carácter obligatorio al respeto y protección de los mismos.¹ “La Ley Fundamental representa una innovación enderezada a crear una protección jurídica integral, que debe revertir a favor del particular cada vez que ésta se sienta perjudicado por el Poder público, habrá que dejar a un lado el concepto de Derecho público subjetivo que tiene demasiado lastre histórico. Entonces habrá que admitir que existe violación de derechos cada vez que se interviene en la esfera jurídica del particular y éste se considera perjudicado en intereses dignos de protección”.

¹ ERNEST FORSTHOFF, “*Tratado de Derecho Administrativo*”; trad. de Luis Legaz y Lacambra, Fernando Garrido Falla y Gómez Ortega y Junge, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958. Citado por Doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón; “*Tesis: El Proceso Contencioso – Administrativo y la Tutela Jurisdiccional Del Administrado*”; Quito, 1997; pag. 103.

CAPITULO II

1. LA CONSTITUCIÓN VIGENTE DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- 1998.-

Debemos partir aludiendo a lo que es una Constitución, y diré que en una acepción filosófica, término "constituir" se refiere a la estructura interna de una cosa, del ordenamiento de los elementos fundamentales; y en una acepción jurídica, se refiere al ordenamiento jurídico de los elementos sociales de una nación.

Un concepto del cual podemos partir es el que dice que² es un texto solemne a través del cual: es organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y se establece un régimen de garantías a los Derechos Fundamentales. Y también a que nos podemos referir a Estado de Derecho, sólo cuando existe un régimen constitucional, es decir, en el cual todos los actos se someten a Derecho.

³Es fuente positiva fundamental. Sus disposiciones señalan la esfera de acción de cada uno de los poderes públicos, que son los generadores del derecho; fijan el límite del imperio, determinan las bases de la organización administrativa y al mismo tiempo señalan el radio de acción de la ley y del decreto, fuentes igualmente positivas del Derecho Administrativo. En la Constitución Política del Estado está vertido el Derecho Público cuyos principios respeta y desarrolla la ley.

⁴Conjunto de normas jurídicas fundamentales que pretenden modelar la sociedad política y que regulan la organización, funcionamiento y atribuciones del poder, así como los derechos y obligaciones de las personas.

² OYARTE MARTINEZ, Rafael; *"Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana"*; Editorial Fundación Honrad Adenauer; edición Tribunal Constitucional; Quito, 1999; pag. 75.

³ JARA CRISTI, Manuel; *"Manual de Derecho Administrativo"*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1948; pag. 27

⁴ BORJA CEVALLOS, Rodrigo; *"Derecho Político y Constitucional"*; tomo 2; Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana; 1971; pag. 232, 233.

La Constitución es una ley fundamental de un Estado, escrita o no, la misma que sirve como guía y base para su gobernación, fija los límites y define las relaciones entre los 3 poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial, estableciendo así las bases para su gobierno, además de garantizar derechos a su población.

Se desprende que la Constitución consta de la parte orgánica y la parte dogmática, la primera es la que se refiere a la formación, organización y funcionamiento de los poderes del estado, en nuestro caso particular del poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial, es decir, los principios de la institucionalidad del Estado; y la segunda es la que contiene los preceptos relativos que la Constitución reconoce y otorga a la persona, es decir, referente al derecho social.

La Constitución emana del pueblo mismo, ya que éste, mediante la misma, otorga el poder al Estado para que actúe para la comunidad. La primera manifestación de soberanía y organización de un pueblo, es el acto de dictar su Constitución. Este representante del pueblo lo conocemos como la Constituyente.

La Constitución ordena a los poderes del Estado que se constituyen por ella mismo y limita el ejercicio de ese poder, garantizando los derechos fundamentales.

La Constitución se presenta como ⁵un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos, como a los ciudadanos.

Con todos los conceptos citados anteriormente, afirmo que la Constitución es la base fundamental para la organización de un Estado, es la norma suprema que rige las relaciones entre las Instituciones y reconoce derechos y garantías a los

⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”; Editorial Civitas; primera edición; Madrid; 1981; pag 49.

ciudadanos. La Constitucionalidad es la característica fundamental de un Estado de Derecho, como es el nuestro, en el que la Constitución es la norma suprema que sirve de base para las demás que se expidan y mediante la cual se regulan los poderes del Estado, otorgándoles atribuciones específicas.

El respeto a la Constitución es un deber tanto de los gobernantes como de los gobernados, todos los ciudadanos debemos conocer, respetar y aplicar los preceptos constitucionales, ya que en la Constitución se encuentran plasmados no solo nuestros derechos, sino también nuestras obligaciones para con el Estado, es por esto que, a mi criterio, se debería poner énfasis para que desde la enseñanza primaria vengamos arraigados en el civismo de los ciudadanos, el respeto y acatamiento a la Constitución y las normas fundamentales que contiene la misma.

Conociendo ampliamente el concepto de Constitución, podemos referirnos a su clasificación.

El doctor Ramiro Borja y Borja clasifica a la Constitución de la siguiente manera: ⁶

1.- SEGÚN SU MODO DE PRESENTACIÓN.-

1.1- *Escritas*.- documentos en el que se plasman los principios fundamentales sobre los que descansa la organización, los límites y las facultades del Estado, así como deberes y derechos de los individuos; es el texto específico que contiene la totalidad o casi la totalidad de las normas básicas. Aquellas que contienen una serie de normas precisas, legisladas, solemnemente promulgadas, a las cuales debe ajustarse la conducta del Estado.

1.1.1.- *Codificadas*.- aquellas que se comprenden en un solo documento sistemático que manifieste solemne y materialmente la unidad de sus normas.

⁶ BORJA Y BORJA, Ramiro; “*Teoría General del Derecho y del Estado*”; Ediciones Depalma; Buenos Aires-Argentina, 1977; pag.205 y ss.

1.1.2.- No codificadas.- aquellas que no se comprenden en un solo documento.

1.2.- *No escritas*.- o consuetudinarias, no existe un texto específico que contenga la totalidad, o casi la totalidad de las normas básicas. Están integradas principalmente por costumbres, usos, hábitos y prácticas, que surgidos y perfeccionados durante un largo procesos histórico, importan un sistema de preceptos para guiar la vida del Estado.

De esta clasificación partimos para argumentar que el tipo de Constitución que tiene la República del Ecuador es escrita y codificada, siendo ésta la Constitución con mayor seguridad y precisión jurídica.

2.- POR LO QUE RESPECTA A SU REFORMA.-

2.1.- *Rígidas*.- son aquellas que requieren de un procedimiento especial y complejo para su reformabilidad; es decir, los procedimientos para la creación, reforma o adición de las leyes constitucionales es distinto y más complejo que los procedimientos de las leyes ordinarias.

2.1.1.- Irreformables.- aquellas que no admiten su reforma.

2.1.2.- Reformables.- aquellas que si admiten su reforma.

2.1.2.1.- Las que para su reforma requieren la intervención de un órgano especial.

2.1.2.2.- Las que para su reforma requieren la intervención del órgano legislativo ordinario sujeto a procedimiento especial.

2.2.- *Flexibles*.- para su reforma no es necesario un procedimiento especial y complejo. Las normas constitucionales pueden ser modificadas por el legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes.

De esta clasificación se desprende que nuestra Constitución, aparte de ser escrita, es también rígida y reformable, puesto que para su creación o reforma se deben seguir procedimientos normados, como lo establece el artículo 280 y ss. de la misma, que establece un procedimiento específico para reformarla, o trámite previamente establecido, sin flexibilidad alguna.

3.- EN RELACIÓN CON LA IDEA DE LIBERTAD.-

3.1.- *Constituciones que tienden a servir a la justicia a través de la idea de libertad.*- podemos entender a este tipo de constitución, como aquella que tiene contenida en ella normas cuyo objeto es alcanzar la justicia, valor que constituye uno de los principios generales del derecho, tomando muy en cuenta el reconocimiento de los derechos y garantías para el cumplimiento de esos derechos hacia los ciudadanos, como es el caso del recurso de amparo que es uno de los temas de análisis en el presente trabajo. En esta constitución, la libertad constituye un factor indispensable para lograr que Estado cumpla con su fin.

3.2.- *Constituciones que sirven a la justicia sin mirar a la libertad como a un medio de realizarla.*- las entendemos como aquellas constituciones que, teniendo bien claro la idea de realización de la justicia, no contemplan dentro de sus normas el reconocimiento a los derechos y garantías, ni de la libertad de sus ciudadanos.

4.- POR EL CONCEPTO QUE MANIFIESTAN SOBRE SU PROPIO ORÍGEN.-

4.1.- *Constituciones de origen popular.*- aquella en que el origen del documento constitucional procede directamente de la sociedad, la cual, por lo general, se manifiesta a través de una asamblea. Por lo tanto, no es que la sociedad pacte con los detentadores del poder público, sino que la propia Constitución surge de la fuerza social.

4.2.- *Constituciones de origen antitético al popular.*- en las cuales el titular de la soberanía concede la Constitución al pueblo, quien la receipta como un favor.

Esta clase de Constituciones corresponden a los Estados totalitarios en general. Resultan de una concesión que hace el monarca o dictador a sus súbditos, a través de la cual se desprende voluntariamente de todos o parte de sus poderes absolutos para consignarlos en una ley, a la que conciente también en someterse.

4.3.- *Constituciones provenientes de cooperación de órgano popular con otro.*- Aquellas en las que existe consenso, teniendo también como característica que son multilaterales, ya que todo lo que se pacte implica la voluntad de dos o más agentes; por lo tanto, son contractuales y se dice que proceden de la teoría del pacto social.

ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCION VIGENTE

Es menester conocer los antecedentes de la Constitución aprobada el 5 de junio de 1998, por cuanto es la Constitución que rige en la actualidad, por lo que haré una síntesis del proceso que se dio para dictar la misma, en el que se recoge lo fundamental y más importante del desarrollo de la misma.

Existen 82 Actas de la Asamblea Nacional Constituyente correspondientes a las Sesiones realizadas tanto para la conformación de las Comisiones como para los Debates de la reforma de los artículos pertinentes.

En las primeras sesiones se trataron puntos importantes como el Informe de la Presidencia sobre las gestiones realizadas para el funcionamiento de la Asamblea Nacional, dentro de lo cual se indica por ejemplo que la sede para las reuniones será el Salón Tiwintza, de la Academia de Guerra del Ejército; Conocimiento y Resolución sobre el Proyecto de Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Asamblea Nacional.

Se establece que existirán nueve comisiones, que se encargarán de las reformas constitucionales, las mismas que son las siguientes:

Primera Comisión: Encargada del Estado, población, derechos, deberes y garantías individuales y colectivas. La Comisión está integrada por nueve miembros.

Segunda Comisión: Encargada de derechos políticos y participación democrática. La Comisión está integrada por siete miembros.

Tercera Comisión: Encargada de las Instituciones Políticas, funciones Ejecutiva, Legislativa, etc. La Comisión está integrada por nueve miembros.

Cuarta Comisión: Encargada del tema Judicial y Ministerio Público; Justicia Ordinaria y Constitucional. La Comisión está integrada por ocho miembros.

Quinta Comisión: Encargada de la Organización Territorial, Régimen Seccional, Descentralización. La Comisión está integrada por nueve miembros.

Sexta Comisión: Encargada de los Derechos Sociales 1: Salud, Seguridad Social, Trabajo. La Comisión está integrada por siete miembros.

Séptima Comisión: Encargada de los Derechos Sociales 2: Mujer, Niño y Familia; Educación y Cultura. La Comisión está integrada por siete miembros.

Octava Comisión: Encargada de la Organización Económica 1: Principios, Sectores de la Economía, Propiedad. La Comisión está integrada por siete miembros.

Novena Comisión: Encargada de la Organización Económica 2: sistema Tributario, Sistema Monetario, Organismos de Control. La Comisión está integrada por siete miembros.

Aparte de estas Comisiones, existen las siguientes:

- Comisión de Constitución.- está integrada por quince miembros.
- Comisión Administrativa.- está integrada por cinco miembros.

- Comisión de Excusas y Calificaciones.- está integrada por cinco miembros.

Este documento preparado por la Asamblea Nacional Constituyente aprueba la Constitución codificada que contiene reformas y textos no reformados de la anterior Constitución. Recalco que no se dictó una nueva constitución, sino que se realizó una codificación de la anterior, con significativas reformas e importantes aportes en cuanto a lo que se refiere a la aplicación efectiva de los derechos y garantías, dando mucho énfasis a la importancia de que exista una tutela efectiva de los derechos y que existan garantías para su cumplimiento. Además, pone más énfasis en cuanto a la consolidación del Gobierno, asegurando condiciones para un mejor ejercicio de mandar y ejecutar las leyes y da lineamientos generales para el proceso de descentralización, es decir, para que exista una adecuada y equilibrada repartición de las atribuciones del Estado.

Otro punto importante en la Constitución vigente es la jerarquización de las normas jurídicas, pues efectivamente y como ya se estudió en el Capítulo I Introducción de este trabajo, la supremacía de la Constitución siempre ha estado reconocida, sin tener una organización respecto de las demás normas legales; se logra el perfeccionamiento del sistema de jerarquía legal. Un aspecto básico de la Constitución vigente son las garantías para la familia, ya que no son suficientes las normas constitucionales y las leyes referentes a ésta, ya que la protección de la familia depende de muchos otros factores como la educación, la religión, costumbres. Las normas jurídicas juegan un papel fundamental para robustecer la sobre vivencia del núcleo familiar y la sociedad en el Estado.

Se busca el perfeccionamiento de nuestro sistema de gobierno, es decir, el sistema republicano, ya que se debe permanecer fiel a este rasgo de nacionalidad, es decir a una República unitaria, democrática y presidencialista.

Por último quiero destacar que no solamente es necesario que tengamos una Constitución acorde a nuestra sociedad, jurídicamente bien elaborada, sino también que las normas que están supeditadas a la misma, sean coherentes y si contradicen la

norma fundamental, no se apliquen, pues son inconstitucionales; pero si la contradicción no es lo suficientemente clara, los legisladores deben tener la capacidad para interpretar obligatoriamente y derogarlas. No es suficiente que nuestro sistema jurídico cuente con normas claras y armónicas, sino también que las mismas sean cumplidas tanto por los gobernantes como por la sociedad en su conjunto, ya que solo así se logra afianzar los preceptos jurídicos de una Nación.

Es menester señalar que la Constitución vigente es producto de una reforma a la constitución anterior, y es atribución del Congreso Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 130 de la Carta Política que establece: “*El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 4. Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria.*” El artículo 280 y siguientes de la misma norma legal, establece la atribución al Congreso y el trámite a seguirse.

Esto en concordancia con el Reglamento Interno del Congreso, el mismo que establece: “*Art. 147.- Para la reforma de la Constitución de la República, y su aprobación en el Congreso Nacional, se procederá en armonía con lo dispuesto en la Carta Fundamental*”.

No es tema de nuestro estudio el análisis del procedimiento de la reforma a la Constitución, pero si es menester el recalcar la atribución otorgada al Congreso y la importancia que se da al trámite de reforma por ser la Constitución la norma fundamental del Estado, como observamos en lo explicado anteriormente en cuanto a las Actas de las sesiones que se dieron para conformar las nueve comisiones encargadas del estudio de las reformas a realizarse.

2. SUPREMACÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.- DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.-

La Constitución no sólo es considerada una norma, sino la primera, superior y fundamental de todo el ordenamiento jurídico, que sirve de cimiento para las demás leyes, a la que todas están subordinadas sin estar ésta subordinada a ninguna, de la

cual nacen y subsisten todas las demás, tendiendo a una permanencia y rigidez, por lo que dentro de esto, podemos distinguir claramente al poder constituyente del que emana la Constitución, y los poderes por éste constituidos, de los que emanan las normas ordinarias, las mismas que no tendrán valor si contradicen la norma jerárquicamente superior, es decir, la Constitución.

⁷Kelsen se refiere a la Constitución, en su sentido material y en su sentido formal, en el primero alude a que está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. La regulación de la norma que crea otras normas jurídicas, así como los procedimientos de creación del orden jurídico; la Constitución contempla a los órganos superiores del Estado y sus competencias, las relaciones de los hombres con el propio poder estatal y los derechos fundamentales del hombre. En cambio en sentido formal es un documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido formal es el documento legal supremo. Hay una distinción entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales; es decir, existen normas para su creación y modificación mediante un procedimiento especial, distinto a los abocados para reformar leyes ordinarias o leyes secundarias.

Existe un régimen constitucional cuando la Constitución es suprema, es decir, cuando ésta no solo es la norma con la máxima jerarquía dispositiva dentro del ordenamiento jurídico, sino cuando esta cualidad se hace efectiva. Esta supremacía constitucional está garantizada a través de dos mecanismos: la rigidez constitucional y el control de la constitucionalidad.

Del principio de supremacía de la Constitución, deriva otro, aquel que expresa que la interpretación de la ley debe hacerse conforme a la Constitución, es decir, estudiar si una norma va en contra de sus principios; y si es el caso, debe ser declarada inconstitucional.

⁷ KELSEN H; "*Teoría Pura Del Derecho*"; 16,ed. Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1979, pag. 130

Citaré a Kelsen, que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución es válido.

Kelsen nos ha explicado la estructura piramidal del Derecho, en la cual todas las normas se derivan de una norma fundamental que es la Constitución, aludiendo a que ⁸“las normas de cada grado superior delimitan un hecho que constituye creación del derecho en un grado inferior”. Para que el proceso jurídico avance, precisa realizar realmente el hecho determinado por la norma superior. De este modo la norma superior concede a dicho acto la calidad específica de hecho creador del derecho; pero, a su vez, la norma creada en este acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior.

Kelsen en su teoría piramidal se refería a que ⁹“la noción de jerarquía de los actos juega papel capital en la construcción y la explicación del ordenamiento jurídico. Es a través de ella como se combinan, se ordenan y se armonizan, en el seno de un sistema jurídico, las diferentes fuentes del derecho.

Esta teoría sostiene que la Constitución (o ley fundamental austriaca), constituye la base de todo el ordenamiento jurídico, y como tal, sobre ésta se levanta, organiza y jerarquiza el resto del ordenamiento jurídico conformado por leyes parlamentarias y por normas jurídicas de órganos soberanos del Estado.

Siguiendo el criterio de Kelsen, hemos de hablar de la gradación de normas por él postulada, lo que representa el nivel más alto del derecho y a partir de donde se dan cuatro niveles o grados de jerarquía, a saber:

1. Grado A: Representado por la Norma Abstracta y general que es la misma Constitución;
2. Grado B: Representado por La Norma General que es la ley;

⁸ KELSEN H; Op. Cit. pag. 132.

⁹ KELSEN H; Op. Cit. pag. 135.

3. Grado C: La Norma concreta o el Reglamento; y,
4. Grado D: Norma individualizada que es la decisión jurídica y el contrato como origen de una norma para las partes.

El Dr. Rafael Oyarte Martínez, en la obra *Derecho Constitucional para fortalecer la Democracia Ecuatoriana*, en su artículo “La Supremacía Constitucional”, nos explica claramente la supremacía de la Constitución y su clasificación, aludiendo a las siguientes consideraciones: ¹⁰

1. La Constitución es superior a toda manifestación de autoridad:
 - a) Crea o constituye dichas autoridades.
 - b) Determina la naturaleza del poder del Estado.
 - c) Organiza el funcionamiento del poder del Estado.
 - d) Fija los límites del poder del Estado.
2. Todo el poder del Estado nace de la Constitución.
3. Este poder se ejerce conforme a la Constitución.
4. La Constitución es suprema frente a todos los poderes del Estado, pues aquella es la que los determina.
5. Parte del poder del Estado es la de legislar.
6. La Supremacía constitucional es la existencia de una norma promulgada que tiene valor superior a los demás preceptos positivos y que logra su superior vigencia sobre ellos.
7. La Constitución es la condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico:
 - a) Condición de Validez:
 - Toda norma debe fundamentar su validez en una norma superior.
 - De las normas superiores derivan las inferiores.
 - La condición de validez última del ordenamiento jurídico está en la Constitución, de ella derivan todas las demás.
 - b) Condición de Unidad:

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; “*Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*”; edición Tribunal Constitucional; editorial fundación Konrad Adenauer; Quito, 1999, p. 77 y ss.

- En un ordenamiento jurídico hay normas de diversa jerarquía y de diversas materias.
- Como esa pluralidad de normas pueden formar una unidad de orden?
- Esto se da si aquella pluralidad de normas encuentran su unidad última en una sola norma positiva: la Constitución.

Oyarte clasifica a la Supremacía de la Constitución de la siguiente manera:

1.- Supremacía Material: es aquella que se refiere al contenido de la Constitución, la misma que notamos en los siguientes puntos:

1.1.- La Constitución es el origen de toda actividad jurídica, por lo tanto, es superior a cualquier forma de actividad, ya que es la que las valida.

1.2.- La Constitución otorga las competencias a los órganos públicos, por lo tanto, es superior a quien ejerce dichas competencias, éstos no pueden transgredir las normas de quien les otorgo el poder y sus actos no pueden ir en contra del contenido de la Constitución, ya que el fin del control constitucional es mantener la integridad del ordenamiento jurídico, impidiendo que las normas inferiores la contravengan.

2.- Supremacía Formal: dentro de la cual tenemos dos aspectos:

2.1.- En la expedición y reforma de la Constitución rígida, se prevén procedimientos y normas mucho más exigentes que los previstos para las normas ordinarias.

2.2.- En caso de la creación, modificación o derogación de normas jurídicas, la Constitución establece procedimientos a seguirse, de lo contrario, las normas no tienen validez.

La Constitución de la República del Ecuador, como se estudió en el Capítulo I del presente trabajo, prevé la Supremacía de la Constitución en el Art. 272, cuando

establece: *“La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos–leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”*.

Es menester mencionar también el Art. 273, que establece: *“Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”*. Esto constituye un principio de mucha importancia en nuestro estudio, ya que todos los actos administrativos deben ser dictados en forma legal y constitucional; y, en el caso de no serlo, los jueces competentes están obligados, por mandato constitucional y de oficio, a apegarse y a recurrir a todas las normas constitucionales que sean aplicables al caso, esto en concordancia con lo establecido en el Art. 274: *“Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”*.

De igual manera, la Ley de Control Constitucional y Reglamento, en el artículo 2 respectivamente establecen: *“Carecen de valor las normas de menor jerarquía que se opongan a los preceptos constitucionales. Sin embargo, los derechos y garantías señalados en la Constitución no excluyen el que, mediante ley, tratados o convenios internacionales y las resoluciones del Tribunal Constitucional,*

se perfeccionen los reconocidos o incluyan cuantos fueren necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que deriva de la naturaleza de la persona”.

En este punto nos preguntamos entonces cuál es la forma para hacer efectiva la Supremacía de la Constitución o el modo para obligar a respetar la Constitución, pues de otro modo dicha supremacía no tendría objeto; al responder nos referiremos al Control de la Constitucionalidad, característico de un Estado de Derecho, que es la forma de efectivizar dicha superioridad, pues constituye lo que llamamos protección jurídica. Es lo que garantiza que en el ordenamiento jurídico no existan normas que contradigan lo que la Constitución dispone, mecanismo que procura lograr su misión a través de 2 formas: resguardar la regularidad del ordenamiento jurídico y proteger los derechos y libertades de las personas.

La Ley de Control Constitucional y su Reglamento, en el artículo 1 respectivamente, establecen: *“El control constitucional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales en especial de los derechos y garantías establecidos en favor de las personas, los cuales son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública”.*

El Control Constitucional en el Ecuador se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional, el mismo que se creó en la Constitución de 1945, con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, pero esta figura desapareció de manera rápida, hasta la Constitución de 1967, en la que encontramos certeramente delineada la figura del control constitucional en varias formas y a cargo de varios órganos, y cambiando de estructura constantemente, hasta 1995, en donde ya apreciamos la figura del Tribunal Constitucional, nombrado en principio.

Como lo expresé en el párrafo anterior, la figura del control constitucional en las diversas constituciones ecuatorianas ha variado mucho, en la Constitución de 1851 se lo ejercía a través del Consejo de Estado, en la Constitución de 1869 se encontraba en manos de la Corte Suprema de Justicia, en las Constituciones de 1906 y 1929 volvemos al Consejo de Estado y en 1945 se creó el Tribunal de Garantías

Constitucionales, pero éste solamente tenía la facultad de suspender los efectos de una ley hasta que el Congreso Nacional dictamine acerca de ella, es decir, el control definitivo lo tenía este último; y, cuando no se trataban de leyes solamente podía dar sus observaciones. En la Constitución de 1946, nos encontramos nuevamente con el Consejo de Estado, pero ya en las de 1967 y 1978-9 se reincorpora el Tribunal de Garantías Constitucionales, pero con la misma competencia, hasta que en 1992 el control definitivo se otorgó a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y definitivamente a partir de 1996, las resoluciones del Tribunal Constitucional son de última y definitiva instancia.

Las competencias que la Constitución Política de la República del Ecuador otorga al Tribunal Constitucional, ponen de manifiesto su misión trascendental dentro de nuestro Estado Social de Derecho. El control de la constitucionalidad y la garantía de los derechos fundamentales de la persona constituyen los cometidos esenciales de tan alta Magistratura, a la cual se le han confiado también importantes atribuciones que cumple en resguardo de la juridicidad y del orden democrático.

El control de la constitucionalidad, de conformidad con las disposiciones de la Ley Suprema, abarca normas jurídicas y actos administrativos de toda autoridad pública, y respecto de las primeras, puede ejercerse de modo concentrado o difuso, a posteriori o preventivo.

¹¹Para la efectividad del principio de supremacía constitucional, y con ello el respeto formal y material de sus normas, sea en su aspecto orgánico o dogmático, se ha establecido en Ecuador, a partir de 1996, el modelo de control concentrado de constitucionalidad que fue ideado por Hans Kelsen e incorporado en la Constitución Austriaca de 1920, esto es, que la defensa de la Constitución se asigna a una Magistratura especializada en la materia, de modo similar al que, actualmente, se establece, entre otros países, en Alemania, España, Francia, Italia, Portugal y, en América latina, en Bolivia, Chile, Colombia y Guatemala, a través de Tribunales o Cortes Constitucionales, sin olvidar los sistemas que, con salas especializadas de los

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, “Informe al H. Congreso Nacional, enero-diciembre 2004”, pag.17.

Tribunales o Cortes Supremas, se asimilan a este modelo concentrado, como ocurre, por ejemplo, en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Venezuela.

Ya conociendo el Control de la Constitucionalidad, su finalidad y evolución, podemos realizar un esquema de las modalidades de control, siguiendo la línea del doctrinario antes mencionado.

1.- POR EL ORGANISMO QUE CONTROLA

1.1.- Control por un organismo político.- se da cuando uno de los organismos del control político tiene el control de la constitucionalidad. En el Ecuador, el control se encuentra en manos del Presidente de la República por la objeción.

1.2.- Control por un organismo judicial.- llamado también control difuso, se da cuando cualquier juez o tribunal controla la constitucionalidad de un precepto normativo. En el Ecuador, este control lo tienen todos los jueces y tribunales a través del recurso de inaplicabilidad, que se refiere el artículo 274 de nuestra Constitución: *“Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”*.

1.3.- Control concentrado.- se da cuando este control constitucional está en manos únicamente de un tribunal o corte constitucional. En el Ecuador, este control lo tiene el Tribunal Constitucional, control creado en 1996, puesto que antes el Tribunal de Garantías Constitucionales (como se denominaba en ese entonces) debía someter sus decisiones al Congreso Nacional y en 1992, la resolución definitiva estaba en manos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

2.- CONTROL ABSTRACTO Y CONCRETO

2.1.- Control abstracto.- es un control que debe iniciarse por acción, estableciendo un proceso en contra de la norma, en un tribunal determinado, el mismo que estudia la validez constitucional del precepto, pudiendo declararlo inconstitucional y quedando anulada dicha norma. En el Ecuador este control lo tiene el Tribunal Constitucional.

2.2.- Control concreto.- es un control que se da por vía de excepción, ya que el requisito para que se declare inconstitucional una norma, es que se la esté aplicando en un caso concreto ante un juez o tribunal, el mismo que no declara la norma inconstitucional, sino que la deja de aplicar en el proceso. En el Ecuador, este control se da en los juzgados y tribunales por el recurso de inaplicabilidad antes mencionado.

3.- POR LA OPORTUNIDAD DE CONTROL

3.1.- Control preventivo.- este control se da con el objeto de prevenir los efectos de aplicación de una norma, ya que se presenta sobre un proyecto. En el Ecuador, la potestad para plantear la objeción de inconstitucionalidad de un proyecto de ley, cae sobre el Presidente de la República y compete al Tribunal Constitucional el dictaminar sobre dichas objeciones. Aquí debe hacerse referencia al artículo 162 de la Constitución Política de la República, el mismo que prevé: *“La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso. Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución. La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”*.

3.2.- Control represivo.- este control es sobre una norma vigente, su finalidad es que una norma que ya ha entrado en vigor sea anulada. Este control era el único modo de control que se aplicaba en el Ecuador.

4.- POR LOS EFECTOS

4.1.- Control de efecto total.- este tipo de efecto tiene la declaratoria de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, pues dicha declaratoria se anulan y no pueden ser invocadas o aplicadas posteriormente.

4.2.- Control de efecto parcial.- este tipo de efecto tiene el recurso de inaplicabilidad, en cuyo caso la decisión del juez o tribunal solo afecta a las partes del proceso judicial. Aquí es menester remitirnos al artículo 274 de la Constitución Política de la República, el mismo que prevé: *“Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”*.

5.- POR EL INICIO DE LA ACCION

5.1.- Control a petición de parte.- consiste en el control que se ejerce cuando necesariamente la acción debe ser iniciada por medio de una demanda de inconstitucional por parte de quien tiene la legitimación procesal.

5.2.- Control de oficio.- consiste en el control que se ejerce sin ser necesario que se inicie mediante demanda de inconstitucionalidad, este tipo de control se mantuvo en el Ecuador hasta 1992, en el que el Tribunal Constitucional podía iniciar por si mismo el proceso.

5.3.- Control obligatorio.- consiste en el control que no es de oficio, puesto que todos los preceptos deben obligatoriamente ser conocidos por el órgano de control respectivo, es decir, no es decisión del tribunal cual norma va a ser revisada,

pero tampoco es necesaria petición de parte. En el Ecuador tenemos este tipo de control en los tratados internacionales y en las objeciones del ejecutivo.

Tomando en cuenta los órganos que ejercen el control de la constitucionalidad, puedo referirme a que la misma puede ser ejecutada por:

1.- Órgano político.- se refiere a un órgano distinto del Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que tiene como función principal y exclusiva conservar la pureza de la Constitución frente a las leyes y actos de autoridades, declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichos actos.

2.- Órgano neutro.- se refiere a un órgano ya constituido por el Estado.

3.- Órgano jurisdiccional.- se refiere a que los jueces son los que tienen la atribución del control de la constitucionalidad, pudiendo ser realizado por los jueces ordinarios o por un tribunal especial; en el primer caso, los jueces a demás de las funciones inherentes a su cargo, tienen competencia especial para ejercer este control; en el segundo caso, se crea un tribunal especializado cuya única competencia y función será el control de la constitucionalidad.

4.- Órgano mixto.- en este órgano se combina el aspecto político y el judicial, actúan conjuntamente órganos de las dos naturalezas

Hemos de hablar de la inconstitucionalidad de las normas y para ello aludiré a que ¹²en el ordenamiento jurídico hay normas superiores a otras, por lo que una norma tiene fuerza obligatoria solamente si está enmarcada dentro de los límites de fondo y forma establecidos por una norma jerárquicamente superior, cúspide que tiene la Constitución, idea de la cual deriva la inconstitucionalidad y el qué hacer con las normas que contravienen la Constitución, cómo identificarlas y qué tratamiento darlas.

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Op. Cit. pag. 447.

En el Derecho Positivo no encontramos un concepto o definición de inconstitucionalidad, y es así como debemos apoyarnos en el término mismo “inconstitucionalidad”, y lograr concluir que se refiere a no constitucional, que no encaja dentro de los principios de la Constitución.

Si acudimos a la Doctrina podemos aludir a ciertos conceptos de Inconstitucionalidad, como por ejemplo el ¹³quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del Parlamento, por decretos, leyes o actos del gobierno; o aquel que dice que ¹⁴todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten de sus normas o las contradigan.

Tomando en consideración todo lo expuesto en este tema, me atrevería a pensar que esta norma fundamental llamada Constitución, con toda la fuerza que le caracteriza, difícilmente podría ser contradicha o vulneradas sus disposiciones, y peor aún promulgarse leyes, decretos o resoluciones en contraposición con las normas constitucionales. Lo que acabo de expresar y conociendo la realidad en la que se desenvuelve nuestro ordenamiento jurídico es una utopía, ya que, día a día constatamos la violación a los preceptos que emanan de nuestra Constitución, el irrespeto, contradicción y falta de aplicación de los mismos.

3. DERECHOS DE LAS PERSONAS GARANTIZADOS EN LA CONSTITUCIÓN

Conforme la civilización avanza, el tema de los derechos humanos lo hace aún más, midiendo la madurez de una sociedad de conformidad con el respeto que sus autoridades públicas y privadas tengan hacia los mismos. Pero los derechos humanos no se estancan ahí, sino que han trascendido a nivel mundial, con la

¹³ CABANELLAS, Guillermo; “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*”; Editorial Heliasta; 21 edición; Buenos Aires; tomo IV, pag.380.

¹⁴ OSSORIO, Manuel; “*Diccionario de Ciencias Jurídicas*”; Editorial Heliasta; Buenos Aires; pag. 500

aparición de organismos que buscan proteger a los derechos humanos y denunciar sus violaciones.

Es por este último aspecto, es decir, por las violaciones a los derechos humanos, que este tema ha tenido gran preocupación en nuestro país, ya que vivimos en un país democrático y esta democracia se consolida en la medida de la eficacia que tiene la protección de los ciudadanos que cumplen las normas.

Se apunta a que los derechos se plantean en el pensamiento jurídico-político en dos aspectos: por un lado se dice que tienen un fundamento ético del que arranca el orden político y que regulan la legitimidad del sistema; y por otro lado, los derechos son garantías de la dignidad de las personas.

Se ha concluido también que el Constitucionalismo tiene su razón de ser en la defensa, reconocimiento y protección de los derechos humanos. El aspecto esencial de las garantías constitucionales es la limitación del poder del Estado, además que esa protección se da sobre un sujeto que es la persona, y sobre un bien jurídico, que es la libertad.

Desde épocas inmemorables, los hombres querían ver respetados sus derechos, y es así como lo expresó BARÉRE: ¹⁵Habrá entonces una Declaración de los Derechos del Hombre que valga para todos los pueblos de la Tierra, animados por el sentimiento de su nueva libertad; habrá una Declaración de los Derechos del Hombre que reine sobre la Tierra, así como las leyes de la naturaleza rigen el universo; será el nuevo evangelio, el evangelio de toda la humanidad. La Declaración de los Derechos debe anunciar los de todos los hombres en general. Tales derechos deben convertirse en el alfabeto de los niños, se les debe enseñar en las escuelas. Se requiere que sean proclamados en la plaza pública, al son de trompetas y de heraldos, que los sacerdotes los lean desde sus púlpitos, que sean distribuidos en volantes por

¹⁵ PIZZOLO, Calogero; *“Democracia, opinión pública y prensa. En la construcción de un paradigma”*; Ediciones Jurídicas Cuyo; Mendoza, 1997; pag. 240.

los mercados, depositados en los archivos, anunciados en carteles puestos en los muros de todas las ciudades por orden de la municipalidad de todas las villas.

Al respecto, debo manifestar que son sabias y muy acertadas las palabras, que con un lenguaje muy adornado, dice Barére en cuanto a los Derechos del Hombre, puesto que aquellos constituyen los más altos atributos de la personalidad humana; el ser humano, desde el momento en el que nace, se ve investido de derechos que no solamente son reconocidos en la legislación nacional, sino también en la internacional y que debería ser conocidos de manera ineludible no solo por los sujetos de esos derechos, sino también por los organismos e instituciones del Estado.

Para entender mejor lo que tales derechos significan, es menester remontarnos a los antecedentes de las garantías individuales, dentro de la historia y geografía, conforme a las referencias que a continuación expreso:

Tiempos Primitivos:

En estos tiempos, no se reconocían los derechos del hombre considerados como un conjunto de prerrogativas del gobernado y con característica de observancia jurídicamente obligatoria e imperativa también para los gobernantes. Tampoco existían potestades o facultades que pudiera gozar el individuo dentro de su comunidad.

En los regímenes matriarcales y patriarcales era absoluta la autoridad de los jefes, quienes gozaban del total respeto por parte de sus subalternos, teniendo sobre aquellos derechos de vida o muerte. La rebeldía contra los mandatos de los jefes acarrea como sanción el destierro de la comunidad o su eliminación.

Estados Orientales:

En los regímenes sociales orientales no se respetaron los derechos del hombre. Su libertad fue desconocida y menospreciada y como fruto de aquello, imperaba el despotismo.

El gobernante era considerado representante de Dios en la Tierra, por lo que, sus mandatos constituían emanaciones o designios de una voluntad sobrenatural. El individuo estaba obligado a obedecer y callar frente a las arbitrariedades.

Casi todos los regímenes de gobierno eran teocráticos y el derecho y la religión se confundían; los monarcas eran venerados como dioses.

A todas las legislaciones primitivas se pretendió darlas un origen divino, por lo que, su aplicación estaba dirigida por una casta privilegiada, el sacerdocio, que las interpretaba y cuidaban de su cumplimiento y observancia.

En los Estados Orientales, donde se constituyeron regímenes teocráticos, el hombre estaba cercado por una multitud de prohibiciones.

En algunos pueblos como el hebreo, la actividad de los gobernantes se hallaba restringida por normas religiosas, en las que implícitamente se reconocían ciertos derechos a los súbditos, pues se suponía que dichas normas eran producto de un pacto entre Dios y el pueblo.

Los regímenes gubernamentales basados en esos principios o creencias, evidentemente pugnaban con toda idea o reconocimiento de libertad humana, por lo que no se puede asegurar que en estos pueblos existiera tal derecho o la preservación del mismo, puesto que el individuo estaba reducido a un plano ínfimo.

En el caso de la India, ésta no estaba regida por un gobierno teocrático, nos encontramos frente a un Estado independiente de la religión y los sacerdotes, si que

éstos puedan intervenir en la vida política. Su doctrina consistía en la necesidad de la existencia de una autoridad o poder social, superior a las voluntades individuales, que sea el encargado de implantar un verdadero equilibrio entre las conductas desiguales de los hombres, poder que debería ser ejercido por el monarca, para quien sus actuaciones debían estar de acuerdo con un máximo sentido de equidad y de justicia, y que deberá asesorarse de las personas más cultas. En la India, prevalecía el pensamiento del respeto a la personalidad humana y principalmente al derecho a la libertad humana.

En China estamos frente a la democracia como forma de gobierno y, por tanto, se predicaba la igualdad de los hombres y el derecho legítimo del gobernado para revelarse contra las arbitrariedades del gobernante; por lo que, podemos darnos cuenta que, aunque muy remotamente, ya se preveía las garantías individuales.

Grecia:

En Grecia, el individuo no gozaba de derechos fundamentales, mediante los cuales podrían ser reconocidos por la polis y oponerse a las autoridades.

La esfera jurídica de los hombres en Grecia estaba integrada casi exclusivamente por derechos políticos y civiles, ya que podían intervenir directamente en la constitución y funcionamiento de los órganos del Estado, pero el individuo no gozaba de ninguna prerrogativa frente al poder público.

Esparta estaba dividida en 3 clases sociales, frente a lo cual es absurdo hablar o referirse a la existencia de derechos del hombre o garantías individuales, puesto que no existía la situación de igualdad.

En Atenas, la situación social era diferente a la del pueblo anterior, no existía una diferenciación jerárquica, y a pesar de que nos encontramos frente a cierta desigualdad entre los hombres, ésta no es tan marcada como en el régimen Espartano. El habitante de Atenas gozaba de una libertad efectiva frente al poder

público ya que podía actuar libremente y criticar o impugnar su proceder en las asambleas, pero esa libertad no implicaba un derecho público individual, es decir, una exigencia jurídica frente al Estado con la obligación ineludible de parte de sus autoridades en el sentido de acatarlo. Pero esta situación varió cuando Solón dividió a la sociedad de Atenas en clases sociales, de acuerdo a sus recursos económicos.

Roma:

En Roma, la situación del hombre era parecida a la de Grecia puesto que la libertad del individuo en este régimen estaba supeditada a categorías, como por ejemplo, era el pater-familias el que gozaba de un amplio poder sobre los miembros de su familia y sobre los esclavos.

La libertad del hombre catalogado como un derecho público individual inherente a la personalidad humana, con la característica de oponibilidad frente al Estado, no existía en Roma, pues esta libertad se contemplaba como un hecho sin consagración jurídica alguna, respetable y respetada sólo en las relaciones de derecho privado y como facultad de índole política.

La única garantía de la que gozaba el pueblo frente a las arbitrariedades de la autoridad, consistía en la acusación al funcionario cuando expiraba el término de su cargo, lo que constituía un obstáculo jurídico, pues siendo titulares de la garantía, el gobernado, y no hallándose en funciones el gobernante al que se impugnaba, el ciudadano quedaba frente al poder público, al que siempre tiene que respetarlo. La mencionada acusación era el acto inicial de una especie de juicio de responsabilidad iniciado en contra de la autoridad y nunca un dique a la actividad de ésta, la cual, en dicha hipótesis, se presumía ya desplegada. Además, el juicio de responsabilidad tiene como finalidad esencial la de sancionar al funcionario público sin que implique una verdadera protección del gobernado frente al gobernante, como la característica verdadera de las garantías individuales.

Podemos afirmar que la característica principal del régimen jurídico romano fue la desigualdad de los individuos puesto que existían clases sociales predominantes, los patricios, en contraposición a los plebeyos; y, la existencia de la esclavitud como institución del Derecho Romano.

Edad Media:

Existen tres períodos que comprenden la edad media:

1.- Época de las Invasiones:

Este período se caracterizó por el predominio de la arbitrariedad y el despotismo sobre la libertad humana, no podemos entonces hablar de la existencia de un medio de protección a los individuos. El pueblo bárbaro no estaba organizado perfectamente, pues estaba constituido por tribus dispersas y aisladas.

2. Época Feudal:

Se caracterizó por el predominio del poseedor de la tierra sobre aquellos que la cultivaban. La propiedad territorial otorgaba a su titular un poder de hecho y de derecho sobre los que la trabajaban en ella, pudiendo disponer de su persona casi en forma ilimitada. No es posible referirse a un orden de derecho en el cual se garantice la libertad del hombre frente a los actos arbitrarios y autoritarios que emitía el señor feudal.

3. Época Municipal:

Al sobrevenir el desarrollo de las ciudades libres de la Edad Media, los habitantes empezaron a imponerse a los actos de autoridad del señor feudal, trayendo como consecuencia el reconocimiento de ciertos derechos que integraban una legislación especial, derecho al que se denominaba “cartulario”, creándose de esta

forma, un régimen de legalidad que buscaba la limitación y sometimiento de la autoridad del señor feudal en beneficio de los habitantes de las ciudades, pero lo negativo era que las violaciones no tuvieron ninguna sanción jurídica a favor de los afectados.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

En cuanto a los antecedentes en el derecho internacional, podemos referirnos a los siguientes países:

Inglaterra:

En Inglaterra, la situación jurídica del gobernado se desarrolló de manera espontánea y naturalmente dentro de la vida evolutiva del pueblo británico. La costumbre fue suministrando los hechos que la prudente interpretación de los tribunales ingleses, a través del decurso de los años, convirtió en normas de derecho, integrando así el Common Law, complementado en forma trascendental por los diversos ordenamientos escritos configurando así el Derecho Constitucional Inglés.

Las Instituciones del derecho inglés no obedecían a teorías o doctrinas, por lo que, los pensadores ingleses que contribuían al desarrollo del derecho político universal tuvieron mayor repercusión fuera de Inglaterra.

Una declaración de vital importancia en Inglaterra es El Bill of Rights, aprobado en el Parlamento en 1689, la que trajo consigo el establecimiento de un gobierno representativo en ese país. En 1689, el rey Guillermo III y la reina María II aprobaron la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), uno de los documentos esenciales de la Constitución no escrita de Gran Bretaña. Uno de sus objetivos era establecer la supremacía del Parlamento sobre la Corona. En la imagen el Escribano de la Corona leyendo la Declaración a Guillermo y María en la Sala de Banquetes de Whitehall (Londres).

Francia:

El régimen de gobierno francés estaba basado en un sistema teocrático, puesto que se consideraba que la autoridad monárquica tenía su origen y fundamento en la voluntad divina, por lo que ésta se reputaba como absoluta.

Surgieron en Francia, corrientes políticas en el siglo XVIII, las cuales pretendían proponer medidas y reformas para acabar con el régimen absolutista.

A diferencia de Inglaterra en donde el constitucionalismo surge de manera paulatina y sucesiva, en Francia de manera súbita y repentina se destruye el régimen monárquico absolutista y se instaura un nuevo régimen con características de democrático, individualista y republicano.

Si en Inglaterra las garantías individuales y el respeto a la libertad surgieron por impulsos propios del pueblo basados en su idiosincrasia; en Francia fueron producto de la doctrina, corrientes teóricas, que encontraron en el pueblo francés su campo de desarrollo, rompiendo los moldes jurídicos y políticos del absolutismo.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que cristalizó el ideario de la Revolución Francesa es el documento más importante. Fue con él que se instituyó la democracia como sistema de gobierno, contenía un principio individualista ya que consideraba al individuo como el objeto esencial y único de protección del Estado y de sus instituciones jurídicas; en éste se consagraba el principio liberal porque vedaba al Estado toda injerencia en las relaciones entre los particulares. No podemos aludir a que fue un ordenamiento de tipo constitucional, porque no organizó el Estado francés mediante la creación de órganos de gobierno, sino que se caracteriza por ser un documento que sirvió de modelo a los diferentes códigos políticos que rigieron la vida institucional de Francia y de varios otros Estados del mundo.

Estados Unidos de América:

Los Estados Unidos de América surgieron como una nación unitaria, organizados como federación, con la promulgación de los Artículos de Confederación y Unión Perpetua. En su lucha de independencia, las colonias inglesas tuvieron que reunir sus recursos y esfuerzos en contra de Inglaterra y roto del vínculo de dependencia entre la metrópoli y las colonias, éstas no eran lo suficientemente fuertes por sí solas, aisladas unas de las otras, para defender su recién conquistada autonomía, por lo que permanecieron unidas y expidieron los mencionados “Artículos”, cuyas signatarias fueron trece colonias, que dieron lugar a la Unión Americana.

En este cuerpo normativo no se establece todavía la federación, aunque cada Estado se despojó de ciertas facultades inherentes a su soberanía, cuyo ejercicio depositó en un organismo que se llamó Congreso de los Estados Unidos, el mismo que constituía una autoridad meramente consultiva, pues no existía un poder ejecutivo central que hiciera cumplir los mandatos supremos.

El sistema de unión entre los estados norteamericanos fracasó, por lo que se propuso una revisión de los “Artículos” y se formuló el proyecto de Constitución Federal, que fue sometido a la consideración y aceptada por los estados particulares, logrando así emitir la constitución federal.

En esta Constitución, que fue promulgada en 1787, no se destina ningún capítulo a los derechos del gobernado, pues su propósito era convertir el régimen confederal en federativo, mediante la creación de una nueva entidad jurídica y política con personalidad distinta de la de los Estados miembros y se consideraba que tales derechos se encontraban consagrados en las constituciones locales y que era de competencia interior de cada estado. Pero poco tiempo después de su vigencia, aparece la necesidad de elevar a categoría de garantía nacional algunos de los derechos, debiéndose introducir reformas al respecto, como por ejemplo la consagración de la libertad de religión, la libertad de posesión y portación de armas,

la garantía de legalidad frente a actos que lesionen el domicilio y la persona del gobernado, la garantía de audiencia y de justa indemnización en materia expropiatoria, y muy acertadamente, se instaura la igualdad humana.

Cuba:

El régimen cubano está basado en las tesis marxistas-leninistas, y constituye una dictadura implantada por Fidel Castro. La constitución cubana expedida en 1976, elimina la libertad política al implantar el sistema unipartidista, en contraposición de la democracia, y considera al partido comunista de Cuba como la organización marxista-leninista de la clase obrera que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia una sociedad comunista.

Prohíbe las expresiones artísticas contrarias a la revolución, restringiendo así la libertad de palabra y pensamiento puesto que permite a los ciudadanos expresarlo solo si está conforme a los fines de la sociedad socialista. No existe la libertad de educación y obliga al cumplimiento de los deberes de trabajar, defender la patria con las armas y reverenciar sus símbolos y demás deberes establecidos por la constitución.

Un aspecto importante en esta constitución es la subordinación en que se encuentran los tribunales frente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo del Estado y a la obligación que impone de mantener y reforzar la legalidad socialista.

La situación del gobernado en este régimen está supeditada a la voluntad autocrática y arbitraria de los órganos del Estado y especialmente de su Primer Ministro.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Terminado el tema de la evolución de los derechos y garantías constitucionales, podemos seguir con nuestro análisis, diciendo que los Derechos y Garantías tienen una doble naturaleza, tanto en el campo objetivo como en el ámbito subjetivo, nuestra Carta Política en el sentido objetivo supone a la norma tal como se traduce a través de la voluntad del legislador y se presenta como la regla ordenadora de la convivencia que, penetrando en el obrar humano, tiende a asegurar el bien común; y, en el sentido subjetivo, como el conjunto de facultades y atribuciones que dan lugar a una relación jurídica que crea vínculos entre dos o más personas y hace que una de ellas se encuentre facultada para exigir a la otra. Debemos aclarar además que no solamente son reconocidos los derechos que expresamente se encuentran descritos en la norma constitucional, sino que también están reconocidos aquellos derechos que vienen implícitos en el individuo, como así lo establece el artículo 19 de la Constitución Política, al prever: *“Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”*.

La doctrina jurídica reconoce como principales características de los derechos fundamentales que son inviolables, irrenunciables, inalienables, imprescriptibles e interdependientes entre sí. Inviolables, por cuanto nadie puede atentar contra los derechos; imprescriptibles, porque no se pierden por el transcurso del tiempo, ni tampoco se los adquiere por ese decurso; indivisibles e interdependientes entre sí, por cuanto protegen a la persona que es un todo orgánico e indivisible.

El tratadista Galo Chiriboga Z, en su obra “Manual de Derechos de las Personas en el Ecuador”, alude a que las garantías constitucionales son absolutas y relativas.

Las primeras o absolutas son derechos inherentes al ser humano, es decir, que no pueden ser vulnerados por ninguna ley, y cita por ejemplo el derecho a la vida. Las segundas o relativas son los derechos en los que otras normas jurídicas no

pueden intervenir sin antes cumplir con ciertos requisitos y seguir un procedimiento específico, y cita por ejemplo el derecho a la libertad.

Como ya se expresó anteriormente, la Constitución regula la actividad del Estado y lo organiza jurídicamente; la misma que en su parte dogmática establece las garantías, derechos y libertades de los gobernados.

Los derechos de las personas, consagrados en la Constitución, están regidos por principios generales, los mismos que expongo a continuación:

- 1.- Deber estatal, el Estado está obligado a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales, aquellos que la Constitución reconoce y consagra;
- 2.- El Estado garantiza a todos los individuos que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes;
- 3.- Los derechos y garantías consagrados en la Constitución son plenamente aplicables e invocables ante el correspondiente juez, tribunal o autoridad;
- 4.- Nuestra Constitución crea instituciones con la finalidad de garantizar eficazmente los derechos constitucionales y determina, a través de leyes secundarias, los procedimientos jurídicos que permiten ejercer las acciones en protección de estos derechos.

El artículo 3, numeral 2 de la Constitución Política del Ecuador prevé que uno de los deberes primordiales del Estado es asegurar la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la República;

Nuestra Constitución consagra los derechos y garantías de los ciudadanos en el Título III, pues como esta misma lo establece, el más alto deber del Estado es

respetar y hacer respetar los derechos humanos por ella garantizados, como así lo estipula su artículo 16.

El artículo 17 de nuestra Carta Fundamental, establece: *“El estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”*. El artículo 18 establece: *“Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por estos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”*. El Artículo 19 establece: *“Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”*.

Como ya sabemos, la Constitución consagra los Derechos Colectivos como ¹⁶ atributos inherentes no a un solo sujeto en particular sino a un grupo de personas, no podemos abstraernos a una normativa de relevancia para el convivir nacional, pues las normas constitucionales en su gran mayoría provienen de exigencias sociales de grupos que procuran el bien común y que no forman parte del poder económico o político de un país. En contraposición a los derechos individuales de la persona humana, el concepto de derechos colectivos expresa que ellos pertenecen a un grupo

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Op. Cit. pag. 231.

o a una comunidad, pero no pertenecen a ningún miembro individual del mismo grupo.

En el Ecuador, desde el mes de febrero del año 97, se han realizado reformas que inciden en el funcionamiento del Estado y en la protección de los derechos y garantías del ciudadano. Este proceso se ve reflejado en la nueva Constitución Política del Ecuador, la misma que contiene disposiciones innovadoras y que han tenido un gran peso en relación a los derechos humanos.

En lo referente al libre ejercicio de los derechos, la Constitución actual añade en el artículo 17 (antes 20) la frase “*sin discriminación alguna*” lo que tiene gran importancia para la igualdad de protección de los derechos del individuo.

En el artículo 18 (antes 21) se prevé que “*los derechos y garantías determinadas en los instrumentos internacionales vigentes, sean directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*”; lo que, permite que los jueces no se eximan de aplicar las normas internacionales. De igual manera el segundo y tercer inciso señalan que “*en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación de desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por estos hechos o para el reconocimiento de tales derechos*” Como ya sabemos, la falta de conocimiento de la ley, no exime de su cumplimiento, por esto, que mediante esta norma, lo que se busca es que las Instituciones no aleguen falta de requisitos o condiciones para el reconocimiento de los derechos, y exista mayor y más efectiva protección a éstos.

Otra disposición de vital importancia para los derechos humanos, es aquella que en el artículo 273 prevé: “*las cortes, tribunales, jueces y autoridades*

administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”, lo que da mayor seguridad al individuo de que las normas aplicables al caso no podrán ser soslayadas por falta de referencia a ellas, ya que existe la obligación, por parte de la función pública, de acatarlas.

En el artículo 274 de la Constitución vigente se reconoce la inaplicabilidad no solo de las normas contrarias a la Constitución, sino también a los tratados internacionales, lo que amplía el ámbito de protección de los derechos humanos, reconociendo igual jerarquía para las normas internacionales.

Anteriormente, se reconocía la responsabilidad del Estado por la violación de los preceptos constitucionales, actualmente, se extiende esta responsabilidad a los delegatarios y concesionarios de las Instituciones del Estado, lo que se encuentra plasmado en su artículo 20.

En cuanto a los derechos y garantías de las personas, la Constitución de 1998 realiza una clasificación mucho más exhaustiva y distintiva de los mismos, enumerándolos por clases: civiles, políticos, sociales, culturales y colectivos; lo que permite una más fácil comprensión en cuanto al reconocimiento de los derechos, reconociéndolos expresamente y de manera individualizada, dándolos a cada uno la misma importancia y garantizándoles igual protección.

Podemos observar entonces, que en la Constitución de la República del Ecuador, los derechos se encuentran divididos en los siguientes grupos:

- 1.- Derechos Civiles;
- 2.- Derechos Políticos;
- 3.- Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y,

4.- Derechos Colectivos.

Comenzamos por los **Derechos Civiles**, entre los cuales encontramos los siguientes:

- 1) La inviolabilidad de la vida.- El derecho a la vida, que puedo aludir a que es el más grande de los derechos, pues de ella emanan todos los demás, está firmemente garantizado en la Constitución, desde antes del nacimiento, ya que ésta protege los derechos del que esta por nacer. También prohíbe la pena de muerte.
- 2) La integridad personal.- La Constitución prohíbe que se practique cualquier clase de castigos, penas, procedimientos degradantes para el ser humano y que le cause o pueda causar dolor físico, psicológico o mental o cualquier tipo de violencia que atente contra su persona.
- 3) La igualdad ante la ley.- Las normas jurídicas han sido y son dictadas para todos y cada uno de los ciudadanos, sin discriminaciones de ningún aspecto, gozando todos de los mismos derechos y teniendo también iguales obligaciones; por lo tanto, todos somos iguales ante la ley.
- 4) La libertad.- Desde el nacimiento mismo de la persona, ésta es libre y nadie puede ser privado de esta libertad, por lo que se prohíbe la esclavitud, servidumbre, tráfico de seres humanos, prisión por deudas u obligaciones (con excepción de las pensiones alimenticias). El hombre tiene libertad para hacer todo lo que la ley le permite y no hacer lo que la ley prohíbe y nadie podrá obligarlo a hacer lo contrario.
- 5) El derecho a desarrollar libremente su personalidad.- Toda persona tiene derecho a tener su personalidad debidamente formada y desarrollarla conforme a su criterio, su forma de pensar, de vivir, etc., siempre y cuando no se contraponga con el respeto a los derechos de los demás, ni al ordenamiento jurídico.

- 6) El derecho a vivir en un ambiente sano.- Todos tenemos derecho a desarrollarnos en un ambiente libre de contaminación, de enfermedades, en el cual se puedan ejercer las actividades comunes al ser humano sin riesgo, por lo que el Estado tiene la obligación de preservar el medio ambiente y tomar todas las medidas necesarias para evitar su deterioro.
- 7) El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad.- Todos los ciudadanos tenemos derecho a acceder a los servicios que nos brinda el Estado y los particulares, a elegirlos y a recibir de ellos la debida atención.
- 8) El derecho a la honra, buena reputación, la intimidad personal y familiar.- El Estado garantiza al ciudadano la protección de su imagen y su nombre para que nadie pueda atentar contra el bienestar del mismo y de su familia.
- 9) El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas.- Todos tenemos derecho a expresar libremente lo que pensamos, pero siempre respetando el pensamiento de los demás y no tomar este derecho para injuriar por ningún medio de comunicación.
- 10) El derecho a la comunicación.- En esta época más aún, tenemos el derecho a acceder a los medios de comunicación y además a crearlos.
- 11) La libertad de conciencia y de religión.- Cada persona tiene el derecho a elegir y profesar de manera libre y espontánea cualquier culto, ya sea individual o colectivamente, por lo que el Estado protege la diversidad de cultos.
- 12) La inviolabilidad de domicilio.- Ninguna persona o autoridad puede ingresar libremente al domicilio de otra persona sin contar con la orden judicial respectiva y siguiendo el procedimiento adecuado, sin perjuicio de que sea necesario realizar alguna inspección.

13) El secreto de la correspondencia.- La correspondencia no podrá ser retenida sino de manera legal y en los casos previstos por la ley y solo se lo hará de los hechos que deban ser examinados, por lo demás, se guardará en secreto.

14) El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia.- Los ecuatorianos tienen derecho a entrar y salir de su país de manera libre, siempre y cuando no pese sobre ellos orden de prohibición de salida del país dictada por juez competente. Dentro del país se podrá elegir libremente la residencia en el lugar más propicio para el desarrollo de la familia y empleo.

15) El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades.- Todos tenemos derecho a recurrir a la autoridad, pero en ningún caso en nombre del pueblo y a recibir de ésta, la atención o las respuestas pertinentes en el plazo adecuado.

16) La libertad de empresa.- Todos tenemos derecho a formar empresas de cualquier tipo y para cualquier fin, siempre que estos fines sean lícitos, no contravengan el orden público y buenas costumbres y se lo realice de conformidad a lo establecido en la ley.

17) Libertad de trabajo.- El Estado garantiza que sus ciudadanos tengan libertad de realizar un trabajo digno y de acuerdo a sus necesidades, siempre a cambio de una justa remuneración y estabilidad en el mismo, prohibiendo así el trabajo gratuito o forzoso.

18) Libertad de contratación.- Toda persona tiene el derecho de contratar libremente a otros para la prestación de servicios, siempre y cuando estos sean lícitos, no se cometan irregularidades como por ejemplo la explotación al trabajador y que en general, cumplan con lo establecido en la ley.

19) La libertad de asociación y de reunión con fines pacíficos.- El Estado protege a los trabajadores o empleadores que con fines lícitos se asocien para realizar paros o

huelgas, siempre y cuando estas reuniones sean justificadas y no atenten con la seguridad de los implicados.

20) El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios.- Todo ser humano, en cualquier condición que se encuentre, tiene derecho a vivir dignamente y contando con por lo menos lo indispensable para desarrollarse de manera adecuada en sociedad.

21) El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas.- Toda persona tiene la garantía de no ser obligada a declarar acerca de su religión, tendencia política o sexual y tampoco se podrá utilizar esa información de terceros sino para el caso de atenciones médicas.

22) El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.- La cultura de un pueblo es su identidad, y las personas que conforman la sociedad tienen derecho a participar activamente en las actividades culturales de su país, para cooperar con el engrandecimiento del mismo.

23) El derecho a la propiedad.- El Estado garantiza que los individuos puedan acceder a propiedades que no pertenezcan al Estado, y a disponer libremente de ellos.

24) El derecho a la identidad.- Las personas se desenvuelven siempre de conformidad a su personalidad y nadie les puede privar de desarrollarla libremente.

25) El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.- Todo individuo tiene la libertad para decidir acerca de su vida sexual y desarrollarse de la manera que crea conveniente.

26) La seguridad jurídica y al debido proceso y justicia sin dilaciones.- Todos tenemos derecho acceder a las autoridades de justicia y recibir la atención debida, para lo cual existen ciertas garantías, las mismas que expongo a continuación:

26.1) Principio de legalidad, es decir, que nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Establece igualmente que se deberá juzgar a una persona de conformidad a las leyes preexistentes y observando el trámite propio de cada procedimiento. Además, nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.

26.2) Principio In dubio Pro Reo, es decir, que cuando hubiere conflicto entre dos leyes sancionadoras, se aplicará la menos rigurosa, a pesar de que su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda se aplicará en el sentido más favorable al encausado.

26.3) Deberá existir proporcionalidad entre infracciones y sanciones y se determinará también sanciones alternativas.

26.4.) En caso de detención, el detenido tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes y la de los responsables del interrogatorio; y, deberá ser informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Por lo tanto, será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente. De igual forma, nadie podrá ser interrogado, ni aún en caso de investigación, por el Ministerio Público o por otra autoridad, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, de lo contrario, cualquier diligencia judicial carecerá de eficacia probatoria. Esto lleva a que a nadie se le podrá privar del derecho de defensa y de que el Ministerio Público otorgue defensor público para quienes no cuentan con los medios

económicos suficientes para contratar privados y tendrán derecho a ser debidamente informadas en su lengua materna de todas las acciones iniciadas en su contra.

26.5.) Sin orden escrita de juez competente, nadie podrá ser privado de su libertad, salvo delito flagrante, caso en el cual no se lo podrá mantener detenido sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas; nadie podrá permanecer incomunicado.

26.6.) Principio de Presunción de Inocencia, que significa que toda persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, es decir, mientras su culpabilidad no haya sido declarada mediante sentencia ejecutoriada.

26.7.) La prisión preventiva no podrá ser mayor de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión: caso contrario, dicha orden de prisión preventiva no tendrá efecto y será responsable el juez que conoce la causa. En caso de haberse dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, el detenido deberá recobrar inmediatamente su libertad.

26.8.) Principio de incoercibilidad del sindicado, es decir, que nadie será obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. Pero serán admisibles las declaraciones voluntarias.

26.9.) Principio del juez natural, es decir, que nadie podrá ser distraído de su juez competente ni juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto.

26.10.) Todas las resoluciones deberán ser motivadas, es decir, deberán enunciarse las normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.

26.11.) No tendrán validez las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley. Los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento.

26.12.) El derecho que tiene toda persona a acceder a los órganos judiciales y que éstos le brinden la tutela efectiva, imparcial y expedita, y que en ningún caso quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Continuamos con los **Derechos Políticos**, entre los cuales encontramos los siguientes:

1) A elegir y ser elegidos.- Todo ciudadano tiene el derecho por un lado, a elegir libremente a las autoridades que gobernarán en el país de acuerdo a su convicción; y por otro, a postularse libremente a cualquier candidatura política para ser elegido democráticamente.

2) A presentar proyectos de ley al Congreso Nacional.- El número de personas que equivalga al uno por ciento de las inscritas en el padrón electoral tienen derecho a presentar proyectos de reforma constitucional, de conformidad a lo establecido en el artículo 281 de la Constitución Política; y, el número de personas que equivalga a la cuarta parte del uno por ciento de las inscritas en el padrón electoral tienen derecho a presentar proyectos de ley, de conformidad a lo establecido en el artículo 146 primer inciso de la Constitución Política.

3) A ser consultados en los casos previstos en la Constitución.- Los ciudadanos tienen derecho a que se convoque a consulta popular en caso de que haya que reformar la Constitución o cuando se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, que no se trate de reformas a la Constitución, en un número de que represente el ocho por ciento de los inscritos en el padrón electoral, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 103 y siguientes de la Constitución Política.

4) A fiscalizar los actos de los órganos del poder público.- Todos tenemos derecho a estar informados de la actuación que emane de los órganos estatales para detectar cualquier irregularidad que pueda existir y de recibir de éstos la atención debida.

5) A revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular.- Así como el derecho de elegir a los mandatarios libremente y en elecciones, el pueblo también tiene el derecho de que dichos dignatarios sean también revocados de sus cargos cuando su actuación no esté de conformidad con la ley o el bienestar social, es decir, cuando han realizado actos de corrupción o han incumplido de manera injustificada su plan de trabajo.

6) A desempeñar empleos y funciones públicas.- El Estado garantiza el trabajo a sus ciudadanos, por lo tanto, éstos están en su derecho de solicitar y que les otorguen funciones públicas para dentro de las mismas, actuar conforme a la ley y servir al Estado.

7) Derecho al voto.- el ciudadano que tenga 18 años de edad o más y que se encuentre en goce de los derechos políticos tiene derecho y está obligado al voto, el mismo que tiene las características de secreto, universal, directo e igual; este voto es facultativo para las personas analfabetas y para las mayores de sesenta y cinco años de edad y no gozan de este derecho los miembros de la fuerza pública en servicio activo.

Nuestra Constitución prevé también el reconocimiento de los **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, entre los cuales encontramos los siguientes:

1) Derecho a la Propiedad.- La organización de la economía es una de las funciones del Estado, por lo tanto éste garantizará a la población la propiedad, siempre y cuando ésta cumpla su función social. Pero este derecho no solamente se refiere a la propiedad de bienes materiales, sino también a la de bienes inmateriales

referentes a la propiedad intelectual. Por otro lado, el Estado está en el derecho de realizar expropiaciones, realizando la valoración, pago e indemnización respectivos a los particulares.

2) Derecho al Trabajo.- Uno de los deberes sociales del Estado es la eliminación de la desocupación y la subocupación y propender siempre al bienestar de sus ciudadanos, garantizando así al trabajador una justa remuneración que le permita cubrir sus necesidades y las de su familia, para lo cual hará respetar las leyes laborales, adoptando medidas para su mejoramiento, tomando en cuenta el principio básico de los trabajadores es que sus derechos son irrenunciables, anulando cualquier disposición que diga lo contrario. Se estimulará la libre circulación de la fuerza laboral.

3) Derecho a la Familia.- No debemos olvidarnos que la familia es considerada la célula fundamental de la sociedad, es decir, es el motor que le permite desarrollarse; por lo tanto, quien sino el Estado para protegerla y hacer posible la consecución de sus fines.

El Estado protege al matrimonio, es decir, a los libres contrayentes con iguales derechos y obligaciones; protege igualmente a la unión de hecho, otorgándole los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio; la maternidad y paternidad responsable, dándole libertad a la pareja para que decida sobre los hijos a procrear o adoptar; protege igualmente la sociedad conyugal, es decir, el patrimonio familiar.

4) Derecho a la Salud.- La salud conlleva muchos aspectos como servicios básicos de agua potable, alimentación y nutrición adecuada y una atención médica pronta y eficiente, para lo cual el Estado deberá realizar campañas de salubridad, dotar de establecimientos públicos para los que no pueden acceder a los privados, la dotación de medicinas tradicional y alternativa y velará por los avances científicos en este aspecto, captará aportes obligatorios y voluntarios por medio de las entidades públicas para dotar del servicio necesario.

5) Derecho de los grupos vulnerables.- Entendemos por grupos vulnerables los compuestos por niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas de la tercera edad, quienes adolezcan de enfermedades riesgosas y aquellos que se encuentren en situación de riesgo como cualquier tipo de maltrato. Por lo tanto, el Estado se preocupará de velar por el bienestar de estos grupos, de conformidad con las necesidades de cada uno de ellos.

6) Derecho a la Seguridad Social.- Este derecho se basa en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad y suficiencia, para la atención a las necesidades tanto individuales como de la colectividad. El Estado para garantizarlo cuenta con el seguro general obligatorio que cubrirá aspectos como enfermedad, cesantía, vejez, discapacidad, maternidad y muerte; este seguro es un derecho irrenunciable e imprescriptible a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

7) Derecho a la Cultura.- como lo dije anteriormente, la cultura constituye la identidad de una sociedad y sus miembros tienen el derecho de participar libremente en cualquier manifestación de cultura, a su vez, el Estado promoverá la cultura en todos sus aspectos y tendrá planes para la conservación de su patrimonio cultural.

8) Derecho a la Educación.- De este derecho irrenunciable no solo es responsable el Estado, sino también la sociedad y la familia. Dentro de la educación encontramos el respeto a los derechos humanos, el desarrollo del pensamiento y la personalidad, la fomentación de la creatividad y habilidades y la interrelación con los demás miembros de la sociedad. La educación es la base del conocimiento y éste a su vez es la base para el desarrollo de la sociedad. Es por esto, que el Estado dota de establecimientos públicos de enseñanza para quienes no pueden acceder a los privados, no solamente a nivel escolar, sino también universitario, formula planes y programas de enseñanza para terminar con el analfabetismo especialmente en las zonas rurales. La educación es obligatoria hasta el nivel básico y gratuito hasta el bachillerato. Dije anteriormente que la educación también está a cargo de la sociedad y la familia, ya que existe libertad de enseñanza y el Estado da a los padres

la oportunidad de elegir la educación que consideren adecuada para sus hijos. Además protege los derechos de los educadores y garantiza su estabilidad y justa remuneración.

9) Derecho a la Ciencia y Tecnología.- Se dice que una sociedad avanza conforme su tecnología lo hace también, y en mundo en general ha sufrido una revolución tecnológica que permite el desarrollo de los Estados, por lo tanto, el Estado está en la obligación de fomentar la tecnología y así propender exitosamente al desarrollo de su sociedad, creando mayor competitividad ante los otros Estados, mejorar su productividad y así poder satisfacer de mejor forma las necesidades de su población, por lo tanto, deberá incentivar todas las actividades científicas y tecnológicas en todo su campo.

10) Derecho a la Comunicación.- Todos tenemos derecho a acceder, recibir y entregar información, que de acuerdo a la Constitución, debe ser objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, sobre acontecimientos que tengan interés colectivo, especialmente si proviene de periodistas y comunicadores sociales; por lo que, el Estado garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los mismos. Tampoco existirá ningún tipo de reserva de información perteneciente al archivo público, siempre y cuando esta no sea necesaria por razones de defensa nacional. No será permitida ninguna información que promueva la violencia, racismo, sexismo, intolerancia política y religiosa o cualquiera que pueda atentar a la dignidad de la persona.

El artículo 171, numeral 1 de la Constitución incluye entre las atribuciones del Presidente de la República la de cumplir y hacer cumplir los tratados y los convenios internacionales, entre los que se hallan instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; por lo que, reconoce y se guía por las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; ha suscrito y ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969; entre otros.

Es importante mencionar que el Ecuador, como política de Estado, adoptó el Plan Nacional de Derechos Humanos del Ecuador, que entró en vigencia mediante Decreto Ejecutivo No. 1527, publicado en el Registro Oficial No. 346 de 24 de junio de 1998, el mismo que tiene como finalidad la prevención, erradicación y sanción de la violación de los derechos humanos en el país, mediante las siguientes políticas:

- 1) Identificación de las causas que impiden el ejercicio pleno de estos derechos. Ejecutar propuestas concretas de carácter jurídico, político, administrativo, económico, social, cultural y ambiental que viabilicen el cumplimiento del Plan; y,
- 2) Promoción y difusión por todos los medios de los principios de los derechos humanos en su concepción de universalidad, integralidad e interdependencia.

En este plan encontramos explicados los siguientes derechos:

- 1) Derechos Civiles y Políticos
- 2) Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 3) Derechos Colectivos
 - Derechos de los Pueblos Indígenas
 - Derechos de los pueblos afroecuatorianos
 - Derechos Humanos y Medio Ambiente
 - Derechos Humanos y Comunicación Social
- 4) Derechos humanos por grupo de población
 - Derechos de la Familia, de los Niños y Adolescentes
 - Derechos de la Mujer
 - Derechos de la Tercera Edad
 - Derechos de las Minorías Sexuales
 - Derechos de los Extranjeros y de los Migrantes
 - Derechos de los Discapacitados
 - Derechos de los Detenidos

- Seguridad Ciudadana y Seguridad de los Individuos

5) Política Internacional

El Ecuador, para cumplir con sus objetivos en cuanto a derechos humanos, ha creado entes como la Comisión de Coordinación Pública para los Derechos Humanos, el mismo que se establece como mecanismo de coordinación para asuntos de derechos humanos que competen al Estado Ecuatoriano y para la atención de compromisos del Ecuador con los comités y órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como lo expresé anteriormente, nuestro país reconoce y ha suscrito documentos internacionales en materia de derechos humanos, y es importante conocer, no obstante no se lo haga a fondo, el contenido de instrumentos internacionales a manera de ejemplo, tales como:

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.- Esta Convención contiene los siguientes derechos:

1) Derechos Civiles y Políticos

- Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica
- Derecho a la Vida
- Derecho a la Integridad Personal
- Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre
- Derecho a la Libertad Personal
- Garantías Judiciales
- Principio de Legalidad y de Retroactividad
- Derecho a Indemnización
- Libertad de Conciencia y de Religión
- Libertad de Pensamiento y de Expresión
- Derecho de Rectificación o Respuesta
- Derecho de Reunión
- Libertad de Asociación
- Protección a la Familia

- Derechos del Niño
- Derecho a la Nacionalidad
- Derecho a la Propiedad Privada
- Derecho de Circulación y de Residencia
- Derechos Políticos
- Igualdad ante la Ley
- Protección Judicial

2) Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- Desarrollo Progresivo

Un aspecto muy importante de esta Convención es que la declaración de que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Dentro de esta Convención se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que tiene como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y cuenta con las siguientes atribuciones:

- a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) Solicitar a los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados Miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

- f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad; y
- g) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.- Esta Declaración tiene como objetivo que tanto los individuos como las instituciones de los Estados, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a los derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos. Esta declaración contiene la explicación de una serie de derechos.

¹⁷Los derechos fundamentales constituyen el eje de la transformación y desarrollo del Derecho Público en nuestro tiempo. La evolución alcanzada se plasma hasta en la misma concepción del interés general, noción que muchas veces parecía indicar el endiosamiento del Estado, el distanciamiento absoluto de éste con la persona, y sobre todo, la gran discrepancia del interés del primero respecto del de ésta última. Actualmente, el interés general o el bien común involucra en síntesis magnífica a los derechos fundamentales como elemento de justicia integral y de respeto a la dignidad de la persona, que define el nuevo rol del Estado, no solo como garante sino como activo patrocinador de las condiciones sociales que permitan la buena vida humana, pues los derechos fundamentales definen las exigencias prácticas de este aspecto cualitativo. En el derecho administrativo, los derechos fundamentales no han dejado de mostrar su impacto, y los actos de la administración pública tienen en ellos, no solo un límite axiológico, sino también una condición de su validez.

¹⁷ BENALCAZAR GUERRON, Juan Carlos; “*La lesión de los derechos fundamentales en cuanto causa de nulidad de los actos administrativos*”; Revista Judicial, sección D; Diario La Hora; Quito; 15 de marzo del 2004, pag. 13.

Es una realidad en nuestro país, el desconocimiento que existe de los derechos de las personas que se encuentran consagradas en nuestra Constitución, y entonces me pregunto, ¿cómo pueden los ciudadanos hacer respetar sus derechos si ni siquiera saben cuáles son y peor aún los mecanismos para evitar que se atenten contra los mismos o que reparen el daño causado? No podemos dejar a un lado que vivimos en una sociedad que, si bien ha avanzado considerablemente, todavía se encuentra reprimida, muchos de los derechos nombrados anteriormente, como la educación, trabajo, igualdad, entre otros, en la práctica no son aplicados o por lo menos no de la manera adecuada, ya que si bien los derechos se encuentran plasmados en un documento supremo, no se los ve reflejados en el normal desenvolvimiento de nuestro ordenamiento jurídico.

El comportamiento de una sociedad es el reflejo de la manera en que se aplican las normas que la rigen, por lo que, solo en el momento en el que exista un real respeto para con la normativa constitucional, en este caso, los derechos que ésta contiene, se logrará un eficiente sistema de control constitucional y se cumplirá con el fin primordial del Estado, que es el bienestar de sus administrados.

CAPITULO III

EL ACTO ADMINISTRATIVO.-

1. GENERALIDADES.-

Siendo nuestro tema de estudio los actos administrativos, encontramos que ¹⁸ los mismos surgen luego de las guerras de la independencia de los Estados Unidos de Norte América y de la Revolución Francesa, con la instauración del estado liberal de derecho, en el que la administración de la cosa pública queda sometida a un régimen de derecho.

No es discutible que el acto administrativo presupone la existencia de un actuar por parte de las entidades o autoridades e incluso de los particulares que cumplen una función eminentemente administrativa, la misma que conlleva o bien la creación, modificación o restricción de cargas y obligaciones a los administrados principales destinatarios de ésta; o bien les otorgan o extinguen derechos y beneficios. Todo lo explicado recae en que las decisiones unilaterales que tome la administración y las personas privadas con funciones administrativas estatales, nacen dentro de un marco institucional legítimamente constituido, lo que hace posible un Estado de Derecho.

Por lo dicho, es menester, en consecuencia, resaltar que la incorporación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico es una conquista del Estado de Derecho. Un Estado Moderno precisa de una estructuración orgánica y funcional, su actividad ius-administrativa y el control jurisdiccional deben ser reglados.

El jurista Martín Mateo se refiere al origen del acto administrativo en los siguientes términos: ¹⁹El surgimiento del acto en el sentido del Derecho

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Op. Cit. pag. 99.

¹⁹ MARTIN MATEO, Ramón. “*Derecho Administrativo*”; 8 ed.; Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, pág. 292.

Administrativo podemos localizarlo a partir de la Revolución Francesa. La Administración, desde el primer momento, estuvo dotada de una singular fuerza frente a los administrados. Para evitar la paralización del poder Público se excluía la injerencia jurisdiccional frente a sus actos, como administración, dotándosele de exorbitantes poderes cuya utilización partía de la producción del acto cuya efectividad llevaba insita aquellos poderes. El sentido del acto administrativo como límite del poder judicial va a modificarse y complementarse posteriormente marcándose el énfasis en la mejor defensa del particular frente a la Administración, considerándose el acto administrativo como el foco de atención de las posibilidades defensivas de los administrados ante la administración.

Podemos concluir que el acto administrativo no surgió en la actividad revisora, controladora y jurisprudencial de la jurisdicción especial, sino que surge como una actividad que excluía toda posibilidad de injerencia del actuar judicial en la producción de decisiones de la administración, así como en la actividad de la administración que ostenta un cúmulo de privilegios o potestades estatales, como son la unilateralidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad e incluso la imposición por la fuerza de sus decisiones aún en detrimento de la voluntad de los particulares o administrados.

Pero no podemos dejar de mencionar en el acto administrativo que tanto su origen como su evolución, y aún su actual fortalecimiento se halla aparejado al surgimiento y evolución del Estado de Derecho, ya que antes del advenimiento del mismo, se consideraba que el Estado por su carácter soberano, no podía ligarse con los particulares a través de una relación de naturaleza jurídica, ya que entre él y los administrados solo podía existir relaciones de poder y solo con el Estado Social de Derecho, cuya esencia es el reconocimiento y la tutela de los derechos, las relaciones de poder se sustituyen con relaciones jurídicas.

Si hablamos entonces de relaciones jurídicas entre el Estado y los administrados, debemos tener claro el concepto de administrado, el tratadista García

de Enterría lo define como cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la administración pública o a sus agentes.

Entendemos entonces por administrado, como aquella persona privada susceptible de ser vinculada por los actos de la Administración, existiendo dos tipos del mismo: el que se atiene a la sujeción general y es tratado por la norma de una forma impersonal y objetiva, y aquel que se atiene a una sujeción especial con una minuciosa regulación por la importancia, naturaleza o efectos de su actividad.

La Ley de Control Constitucional se refiere al acto administrativo como una declaración unilateral de autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que produzca efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos. Y para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad como las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influya en una decisión final.

En nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano ocurre un hecho singular, sin haber sido derogada expresamente la Ley de Régimen Administrativo cuyo contenido se refiere a la estructura, función y gestión de varios organismos y entidades que con el devenir del tiempo fueron reestructurados mediante diferentes leyes, incluso orgánicas, su inaplicación ha dado lugar a su sustitución por un cuerpo de inferior jerarquía, puramente reglamentario, como lo es el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva dictado mediante Decreto Ejecutivo. Empero esta consideración, debemos referirnos necesariamente al Estatuto puesto que su normativa es la que rige la administración pública central e institucional que dependen de la Función Ejecutiva y, de la que emanan, en general, los actos administrativos.

El mencionado Estatuto, en su artículo 65, define al acto administrativo de la siguiente manera: *“Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”*.

La producción de los efectos mencionados en el artículo precedente requiere de una condición, para lo cual, el artículo 66, establece que: *“los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho”*.

²⁰El acto administrativo es un acto jurídico y como tal una manifestación de voluntad destinada a producir una situación jurídica.

El acto administrativo implica una declaración jurídica, es decir, exterioriza un mandato jurídico en ejercicio de una facultad jurídica, facultad que no tiene la característica de arbitraria, pues se encuentra protegida por el derecho objetivo. Es una declaración unilateral, ya que solo puede expedirse por la administración; y, ejecutiva, ya que procede de la administración.

Según el doctrinario Rafael Bielsa, el acto administrativo es ²¹la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en el ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes, e intereses, de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas.

Los actos administrativos se refieren a la función administrativa que ejerce el Estado, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, la misma que sirve para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales.

²⁰ JARA CRISTI, Op. Cit. pag. 116

²¹ BIELSA, Rafael; *“Derecho Administrativo”*; Tomo V; Editora e Impresora Buenos Aires; Buenos Aires; 1980; pag 25.

Es aplicable a toda clase de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la administración pública; y particularmente a las manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos.

Analizaré el concepto de acto administrativo del autor Roberto Dromi, en su obra “El acto administrativo”, el mismo que dice que ²²es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos.

Concepto que se desglosa de la siguiente manera:

1) Es una declaración: se entiende por declaración a un proceso de exteriorización intelectual, la voluntad declarada que es el resultado jurídico objetivo emanado de la Administración con fuerza vinculante por imperio de la ley. Esta declaración puede ser:

- 1.1) De decisión: cuando se dirige a un fin, deseo o querer de la Administración como una orden, autorización, sanción.
- 1.2) De cognición: cuando certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica, como inscripciones, certificado de nacimiento o defunción.
- 1.3) De opinión: cuando valora y emite juicio sobre un estado, situación, hecho o acto, por ejemplo un certificado de salud.

2) Unilateral: ya que la emanación y el contenido de la declaración depende de la voluntad de un solo sujeto de derecho, El Estado o ente público no estatal. No interviene la voluntad del administrado, la voluntad de éste puede ser la causa de su formación, como en el caso de una solicitud de permiso, esta solicitud no significa la voluntad del mismo en el acto administrativo.

²² DROMI, Roberto; “*El acto administrativo*”; tercera edición; ediciones Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1997; pag. 16 a 21.

3) Realizada en ejercicio de la función administrativa: el acto emana de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa e incluso de entes públicos no estatales (universidades).

4) Que produce efectos jurídicos: no toda actividad de la administración produce efectos jurídicos, por lo que la actividad administrativa no solo se manifiesta a través de los actos administrativos, sino también a través de los hechos administrativos, contratos administrativos, simples actos de administración y reglamentos administrativos. Producir efectos jurídicos significa que se crean derechos y obligaciones para ambas partes, tanto para la Administración como para el administrado.

El tratadista francés Georges Vedel, en la definición que expondré a continuación, no solo explica el acto administrativo sino que también alude a sus elementos y características, enmarcando al acto administrativo dentro de ²³las prerrogativas del poder Público, la más característica sin duda alguna es el privilegio que tiene la administración de tomar las decisiones ejecutorias, es decir, de proferir actos unilaterales que crean derechos y obligaciones en provecho o a cargo de terceros, sin el consentimiento de éstos, y de ser ejecutados por la fuerza por la administración.

Esta definición plantea los rasgos característicos de los actos administrativos como son: unilateralidad, obligatoriedad, origen, modificación o extinción de derechos, etc), y por supuesto, ser un acto jurídico al que denominamos administrativo con una condición especialísima: ser una prerrogativa o privilegio del poder público.

En este punto es menester comentar el hecho que los funcionarios de la administración pública deben estar dotados no solo de responsabilidad, sino también de justicia, imparcialidad y sobretodo rectitud en cuanto a los actos que emanan de

²³ Vid. VIDEL, Georges; *“Policopias Curso de Derecho Administrativo”*; Universidad de París, 1955 a 1956, pág. 187.

sus funciones; deben, en consecuencia, someterse irrestrictamente al principio constitucional contenido en el artículo 120, que establece: *“No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia”*.

También se critica el hecho de que el “acto administrativo” sólo constituye aquél que procede de la “administración”, enmarcándola en el grupo de órganos, dependencias o entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, ya que en el ámbito del derecho administrativo se estima que no sólo la rama ejecutiva, legislativa o judicial produce actos jurídicos o administrativos, sino también las otras ramas del poder público u organismos que orgánica o estructuralmente no están ubicados en estas tradicionales ramas pueden crear o producir actos caracterizados como administrativos, verbigracia los actos emanados de los organismos seccionales o, de los organismos de control como son la Contraloría, Procuraduría, Superintendencias, etc. Y más allá de eso, se excluyen aquellos actos que pueden surgir de actividades inicialmente nacidas en la órbita del derecho privado o común, pero que luego son admitidas en el derecho administrativo, por excepción y calificadas de administrativas. Es el caso, por ejemplo, de las los actos de personas jurídicas privadas que ejercen funciones administrativas públicas por delegación; pues siendo entidades privadas, sus actos se consideran administrativos por excepción cuando realizan funciones o actividades del Estado catalogadas de administrativas, en función de una delegación, lo que se explicará posteriormente.

Otras definiciones de acto administrativo son las siguientes:

²⁴Es la exteriorización unilateral de competencia por parte de un órgano administrativo en el ejercicio de sus potestades jurídicas administrativas para alcanzar los fines públicos específicamente cometidos al órgano.

²⁴ CALDERA DELGADO, Hugo; *“Manual de Derecho Administrativo”*; 1ª edición; Santiago de Chile; 1979; pag. 105.

²⁵La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

²⁶Es toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico.

²⁷El acto administrativo se puede definir en sentido restringido como la declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos. Los efectos jurídicos de referencia se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones a favor o a cargo de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico.

Luis Luna Gaibor, en la obra *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*, alude a un concepto de Serra Rojas que se dice que ²⁸es un acto que corresponde al derecho público; es una decisión ejecutoria, pronunciada por autoridad de naturaleza administrativa, de carácter unilateral que tiene por objeto crear, reconocer, modificar, transmitir o extinguir una situación jurídica subjetiva, y cuyo fin es la satisfacción de intereses generales”. Este autor concluye, en que “el acto administrativo es una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria emanada de la administración pública en ejercicio de la potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica determinada.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA; Op. Cit. pag. 520.

²⁶ MARIENHOFF S., Miguel; *“Tratado de Derecho Administrativo”*; Buenos Aires; 1988; pag. 260

²⁷ ESCOLA, Héctor Jorge; *“Compendio de Derecho Administrativo”*; editorial Depalma; Buenos Aires; 1984; pag. 54

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Op. Cit. pag. 99 y 100.

La ley alemana define al acto administrativo como el ²⁹acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigido a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros).

Los actos administrativos nacen del ejercicio de la administración pública que no es otra cosa que, el conjunto de órganos administrativos que sirven al Estado para la elaboración de funciones y actividades destinadas a la producción de obras, bienes y servicios públicos a la sociedad.

La administración pública como aparato estatal, para el logro de los fines que el Estado persigue y los que se refieren a la propia administración, realiza la llamada actividad administrativa que comprende las operaciones materiales y los actos administrativos. Las primeras constituyen medidas de precaución o de ejecución, ambas necesarias en la actividad administrativa para la realización de esta misma. Los segundos consisten en la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

Una de las características del acto administrativo es que se refiere a un asunto particular, pero esto ³⁰ no se refiere necesariamente al aspecto cuantitativo y al alcance determinado o individual de una disposición o decisión administrativa. Al hablar de “asunto particular” se quiere expresar lo singular y determinado del asunto y de las consecuencias jurídicas que se buscan, pero no se alude necesariamente al número de destinatarios. Los actos administrativos propiamente dichos –en sentido estricto- se caracterizan porque se dirigen precisa y derechamente a la producción o el establecimiento de una consecuencia jurídica, porque se encaminan a la creación, modificación o extinción de una determinada relación jurídica (o a la negación de la declaración), de un derecho o de una

²⁹ BOCANEGRA SIERRA, Raúl; *“Lecciones sobre el Acto Administrativo”*; Editorial Civitas, segunda edición; España, 2004; pag. 31

³⁰ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos; artículo: *“La Acción de Inconstitucionalidad de Actos Administrativos”*, publicado *“fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Procesos constitucionales en el Ecuador”*; Tribunal Constitucional, serie 9; Quito, 2005, pags. .55 y 56.

circunstancia jurídicamente relevante, respecto a una persona, cosa o situación. Ahora bien, la consecuencia jurídica debe surgir directa e inmediatamente del acto mismo. Los efectos jurídicos del acto administrativo puede referirse a los particulares o a los entes y funcionarios administrativos, es decir, pueden tener su ámbito de aplicación respecto al complejo orgánico de la misma Administración Pública, hacia el interior de la misma, o respecto a terceros, esto es, hacia el exterior.

Otra característica del acto administrativo es su unilateralidad, es decir, no interviene la voluntad del administrado, esta característica es la que emplea nuestra legislación, la doctrina, al igual que la jurisprudencia, pero a pesar de esto, es menester comentar que³¹ la doctrina empieza a hablar de la figura del acto administrativo consensual, como una alternativa a la decisión unilateral, que supone la participación activa del administrado en los procedimientos administrativos, y por ende, en la formación misma del acto administrativo. Se trata de técnicas que incorporan las decisiones finales de la Administración el contenido de convenios o pactos previamente celebrados con los administrados, de modo que estaríamos en presencia de una forma concertada de administrar y de ejercer las potestades públicas. La figura, definitivamente, rompe los esquemas de la tradicional concepción de los actos administrativos, pero cabe tener presente que el fundamento de la técnica está en el derecho fundamental de participación del ciudadano en los asuntos públicos, como forma democrática de legitimación de las decisiones de la autoridad y mecanismo para acercar a ésta a las necesidades del bien común que expresan los ciudadanos.

En cuanto a la clasificación del acto administrativo, tomaré aquella de Raúl Bocanegra Sierra, en la que divide a los actos administrativos tomando en cuenta los siguientes criterios: ³²

³¹ BENALCÁZAR GUERRÓN, Op. Cit., pag. 59

³² BOCANEGRA SIERRA, Raúl; *“Lecciones sobre el Acto Administrativo”*; Editorial Thomson Civitas; segunda ed; España, 2004; pags. 45 y ss.

a) **DISTINCIONES POR SU CONTENIDO:**

1.- Por los efectos en la esfera jurídica del ciudadano:

1.1.- Actos administrativos favorables, o que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario.- son los que crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica, como por ejemplo, el otorgamiento de una concesión minera.

1.2.- Actos administrativos desfavorables, o que restringen el patrimonio jurídico de los particulares.- los que tienen un efecto perjudicial para el destinatario, como por ejemplo, una multa de tráfico.

1.3.- Actos administrativos con doble efecto.- los que pueden ser:

1.3.1.- Actos administrativos con efectos frente a terceros.- como por ejemplo, una licencia para la realización de una actividad industrial que afecta no solo al titular de dicha actividad, sino también a los vecinos en donde se instala la industria.

1.3.2.- Actos administrativos con efectos mixtos.- aquellos que producen efectos beneficiosos y perjudiciales respecto a la misma persona, como por ejemplo, una resolución que concede solo en parte la solicitud de un ciudadano.

2.- Por los efectos objetivos:

2.1.- Actos administrativos constitutivos.- son aquellos por los que se crea, modifica o extingue una determinada situación jurídica, como por ejemplo, una concesión de aguas.

2.2.- Actos administrativos declarativos.- son aquellos con los cuales se declara de forma vinculante la existencia de un derecho, o de una determinada

condición con relevancia jurídica, en una persona, cosa o situación, en aplicación del ordenamiento jurídico vigente, o bien se deniega la pretensión de una declaración de este tipo, como por ejemplo, una resolución de declaratoria de proyecto de prioridad nacional.

3.- Por la naturaleza de la declaración en que el acto administrativo consiste:

Esta es una clasificación que no resulta posible desde los presupuestos dogmáticos, ya que los actos administrativos no dependen de estado intelectual alguno. Los efectos del acto administrativo derivan directamente del ordenamiento jurídico y no de la voluntad de la persona que actúa el órgano de que se trate

4.- Por el objeto de la declaración:

4.1.- Actos administrativos reales.- aquellos que tienen por objeto una determinada cosa o actividad y para su otorgamiento se toman exclusivamente en consideración las circunstancias propias de las mismas, como por ejemplo, el otorgamiento de una licencia de obra, que se concede previa comprobación de las condiciones objetivas de un determinado solar, sin tener en cuenta, en absoluto, las circunstancias de la persona que la solicita.

4.2.- Actos administrativos personales.- aquellos que se refieren a la situación jurídica de una persona, tomando en consideración sus condiciones particulares, como por ejemplo, el acto en el que se reconoce el estado civil.

4.3.- Actos administrativos mixtos.- aquellos actos que describen conjuntamente los perfiles propios de los actos reales y personales, es decir, relativos a las características de una cosa y una persona, por ejemplo, las licencias de taxi.

5.- Por el efecto temporal:

5.1.- Actos administrativos que se extinguen en una sola ejecución, cumplimiento en la configuración de un único derecho

5.2.- Actos administrativos con efectos prolongados.- aquellos que crean o modifican una relación jurídica duradera que depende de la propia eficacia del acto, como por ejemplo, el nombramiento de un funcionario.

b) **DISTINCIONES POR LA NATURALEZA DE LA POTESTAD EJERCITADA:**

1.- Actos administrativos reglados.- aquellos que se dictan con el contenido legalmente previsto cuando se da el supuesto de hecho que la norma establece, en una pura operación de constatación de cumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

2.- Actos administrativos discrecionales.- aquellos en los que la Administración decide, por razones de interés público, en el marco de los principios generales del Derecho Administrativo y teniendo en cuenta el fin de la norma habilitante, tanto si, ante una determinada decisión de hacerlo, cuál sea el contenido del acto discrecional, optando entre las diversas opciones posibles, todas ellas igualmente válidas, que puedan presentarse.

c) **DISTINCIONES POR RAZÓN DE LOS SUJETOS:**

1.- Por el número de órganos o entes que intervienen en la producción del acto:

1.1.- Actos administrativos simples.- aquellos que proceden de un solo ente y órgano administrativo.

1.2.- Actos administrativos complejos.- aquellos que suponen la concurrencia de varios órganos en la producción del acto.

2.- Por el carácter de los órganos:

2.1.- Actos administrativos colegiales.- aquellos emitidos por un órgano colegiado, como por ejemplo, la resolución del Consejo Directivo de una Universidad.

2.2.- Actos administrativos monocráticos.- aquellos emitidos por órganos que no tienen el carácter de colegiados.

3.- Por los destinatarios:

3.1.- Actos administrativos singulares.- aquellos que tienen uno o varios destinatarios, pero determinados.

3.2.- Actos administrativos generales.- aquellos que tienen como destinatario una pluralidad indeterminada, pero determinable de sujetos.

4.- Por la necesidad de aceptación del particular:

Existen actos administrativos que requieren la aceptación del particular, conociéndolos como actos-condición. En este tipo de actos, la aceptación no afecta a la validez del acto, sino a su eficacia, por lo que, si falta el consentimiento del particular, el acto será válido pero ineficaz, como por ejemplo, el nombramiento de un funcionario.

d) **DISTINCIONES POR LA POSICIÓN DEL ACTO EN EL PROCESAMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU RECURRIBILIDAD:**

1.- Actos definitivos y actos de trámite: son actos administrativos definitivos las resoluciones que ponen fin a un procedimiento administrativo, mientras que son actos administrativos de trámite, el resto de los actos que se van concatenando en el mismo y que tienen un función subordinada a la resolución final de la misma, aún

cuando debe advertirse que los actos de trámite no son, con carácter general, verdaderos actos administrativos. Los actos definitivos se pueden impugnar siempre, mientras que los actos de trámite, en principio, no admiten una impugnación autónoma.

2.- Actos que ponen fin a la vía administrativa o que causan estado.- la distinción entre los actos que ponen fin a la vía administrativa o que causen estado y actos que no lo hacen, es relevante en cuanto a la posibilidad o no de interponer directamente recurso contencioso-administrativo contra los mismos, que es deducible únicamente respecto de aquellos actos que causen estado o que agoten la vía administrativa.

3.- Actos firmes y actos recurribles.- actos firmes son aquellos que, con independencia de que hayan causado o no estado, no son susceptibles de ninguna clase de recurso ni administrativo ni jurisdiccional, bien por haber transcurrido los plazos legalmente establecidos para interponer los correspondientes recursos, bien porque su contenido haya sido confirmado por una resolución judicial, a su vez, firme. Actos recurribles son aquellos que si son susceptibles de recurso.

4.- Actos originarios y actos confirmatorios.- los actos confirmatorios de otro acto anterior firme y consentido no pueden ser objetos de recurso; para que podamos hablar de acto confirmatorio de otro anterior, es necesario que se cumplan con tres requisitos, identidad de sujetos, de pretensiones y de fundamento. El segundo acto o decisión administrativa no debe representar la más mínima novedad del anterior, del que debe constituir una simple reiteración.

e) ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO

El autor Bocanegra hace referencia a la imposibilidad de categorizar a los actos políticos o de gobierno como actos exentos de control jurisdiccional por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso - administrativa. Desde el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y del pleno sometimiento de la

Administración a la Ley y al Derecho, no es posible constitucionalmente afirmar la existencia de actos administrativos libres de control judicial.

Es menester referirnos a los elementos del acto administrativo, diciendo que ³³los elementos de los actos administrativos constituyen auténticas condiciones de validez de los mismos, cuyo examen sirve para precisar los requisitos que los actos administrativos deben cumplir si se quiere estar ante actos administrativos válidos, de tal modo que si, efectivamente, es posible verificar el cumplimiento de las condiciones legalmente exigidas para su producción, los actos administrativos habrán de considerarse conforme a Derecho, debiendo entenderse, lógicamente, inválidos si, por el contrario, no se cumplen aquellos requisitos.

Tomaré como referencia a Bocanegra Sierra, para enunciar los elementos de los actos administrativos: ³⁴

1.- ELEMENTOS ESENCIALES.- son aquellos de existencia necesaria en todos los actos administrativos y cuya regularidad es condición de validez de los mismos.

1.1.- Elementos subjetivos.- constituidos por la presencia de la Administración, el órgano autor del acto, su competencia y la legalidad de la investidura del titular del órgano. Cada Administración, dotada de personalidad jurídica, se integra por un conjunto de órganos jerárquicamente ordenados, en el que cada uno podrá ejercitar sólo aquella parte de la capacidad, de las potestades que el Ordenamiento atribuye a la Administración en la que se integra; esto es, cada órgano podrá desempeñar únicamente las funciones propias de su competencia. Siendo la competencia la medida de la potestad que corresponde a cada órgano, su determinación concreta la realiza la norma jurídica que la atribuye, que, a su vez, la distribuye conforme a distintos criterios.

³³ BOCANEGRA SIERRA, Op. Cit. Pag. 69

³⁴ BOCANEGRA SIERRA, Op. Cit. pag.70 y ss.

La competencia puede ser asignada por razón de la materia, por razón de la jerarquía o por razón del lugar, aunque, también, en algunos casos, por razón del tiempo. Siendo posible, pues, a los órganos administrativos actuar válidamente, sólo en el ámbito de sus competencias, o sea, si cumplen los requisitos exigidos por sus normas atributivas, cualquier incumplimiento de éstas, es decir, toda actuación del órgano administrativo que se produzca fuera de ese estricto marco competencial, dará lugar a la invalidez del acto.

1.2.- Elementos objetivos.- son los que describen las condiciones de validez que afectan al contenido de los actos. El principio de legalidad, al que está estrictamente sometida la Administración, impone que el contenido de los actos administrativos sea conforme con el Ordenamiento jurídico y son:

1.2.1.- Los presupuestos de hecho.- el ejercicio de la potestad administrativa de la que resulta un acto administrativo presupone la existencia de unos supuestos o elementos de hecho que la norma atributiva de competencia ha establecido. Al no ser los actos administrativos sino el resultado de la aplicación de una norma, requieren inexcusablemente, para su validez, que los presupuestos de hecho a los que la norma anuda consecuencias jurídicas se cumplan en cada caso concreto. Los presupuestos de hecho pueden consistir en situaciones completamente objetivas, como por ejemplo, el número de alumnos por aula al momento de otorgar una subvención a un centro docente; o, puede implicar una operación valorativa más compleja, como por ejemplo, la mejor técnica en el Derecho Ambiental, que aunque no sean determinables a priori, deben ser determinados por el órgano que aplica la norma en el caso concreto, sobre la base de la experiencia o de un juicio valorativo.

1.2.2.- El fin.- es decir, la necesidad de que toda actuación administrativa esté orientada a la consecución de un fin público o de interés público, finalidad pública que habrá que buscar en la norma que atribuye la potestad que se actúa, habrá de ser necesariamente cumplida por el acto administrativo dictado en ejercicio de aquélla al constituir el objeto de la potestad que se atribuye a la Administración y que se ejercita en el caso concreto por el acto administrativo.

1.2.3.- La causa.- consiste en la adecuación o acomodación del contenido de los mismos al fin que persigue la norma atributiva de la competencia que con ellos se ejercita, por ejemplo, la causa del acto que resuelva una expropiación forzosa, será la efectiva vinculación del bien expropiado al fin de utilidad pública o interés social que justificó la expropiación. La causa incluye en su concepto, en el ámbito del Derecho Administrativo, los motivos del acto, aun siendo perfectamente distinguibles de la causa. Ello explica porque la Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del Ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público. Retomando que la voluntad no es una voluntad psicológica, sino normativa, los vicios de la voluntad de la persona física titular del órgano que hace actuar a la Administración, carecen, en principio, de especial trascendencia respecto a la validez de los actos administrativos, no provocando, siempre y necesariamente su legalidad; no obstante, en aquellos actos en los que puede haber una elección entre varias opciones igualmente válidas, la existencia de vicios en la formación de la voluntad del titular del órgano autor del acto administrativo podría ser determinante a la hora de decidir sobre su validez. Sin embargo, cabe una excepción a la regla de la ilegalidad de los actos administrativos discrecionales en los que concurre un vicio en la formación de la voluntad administrativa: la constituida por aquellos supuestos de reducción a cero de la discrecionalidad, en los cuales dada las circunstancias de hecho existentes, no resulta posible otra solución, ajustada a Derecho, diferente de la adoptada, es decir, en donde cualquier otra solución adoptada supondría una violación de una norma o principio general del Derecho; en estos casos no tendría sentido plantearse la anulación del acto administrativo en causa como consecuencia de la existencia de vicios en la declaración de voluntad, si el órgano administrativo optó por la solución correcta.

1.2.4.- Existen otras exigencias del contenido del acto administrativo, el mismo que para su validez, debe estar sometido a los siguientes requisitos:

- Deben estar sometidos a los derechos y libertades fundamentales y a los principios generales del Derecho, cuyo respeto no constituye sólo un límite objetivo a la actividad discrecional de la Administración, sino también un elemento esencial en el control de la misma.

- Deben estar sometidos al principio de proporcionalidad, es decir, que los actos administrativos deben ser equilibrados, ajustados, proporcionados a los resultados que se tratan de obtener, además de idóneos y necesarios; idóneo es cuando se acomoda al fin que persigue, y necesario cuando no hay otros medios más adecuados para alcanzar el fin y menos gravosos para el destinatario o la comunidad.

- Deben estar sometidos al principio de determinación o precisión, es decir, deben contar con un contenido preciso y consecuente, de forma que el destinatario pueda conocer sin lugar dudas, lo que el órgano ha declarado.

- Deben ser posibles, no solo jurídicamente posibles sino también en el plano de los hechos, como exige el propio Ordenamiento jurídico.

1.3.- Elementos formales.- la doctrina suele incluir 2 aspectos:

1.3.1.- El procedimiento administrativo.- es el conjunto concatenado de actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término, y garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego. El procedimiento tiende a asegurar que, antes de dictar un acto, la Administración cumpla una serie de trámites, impuestos por la propia Constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponda estrictamente con derechos de los particulares.

1.3.2.- La forma de manifestación.- el principio general es la forma escrita de producción del acto, justificada por la conveniencia de la constancia del contenido del acto, que facilite su ejecución, y por la necesidad, con carácter general,

de que los actos administrativos sean notificados o, en su caso, publicados para adquirir eficacia. Se debe resaltar la motivación de los actos administrativos, en cuanto, con ella, no se trata sólo de cubrir una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial para hacer posible el control judicial de los actos, de tal modo que pueden llegar a anularse si carecieran de motivación o ésta fuera insuficiente. Se deben conocer a través de la motivación las razones de la adecuación del acto a la finalidad pública que lo justifica y, en caso de ejercicio de una potestad discrecional, las circunstancias que aconsejaron la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles.

2.- ELEMENTOS ACCIDENTALES.- son aquellos cuya existencia no es necesaria, pero que, una vez establecidos, se constituyen en condición de eficacia de los actos administrativos

2.1.- Condición.- Si un acto se dicta bajo condición, el inicio de sus efectos (condición suspensiva), o su final (condición resolutoria), dependerán de la concurrencia de un acontecimiento futuro e incierto. Si el acontecimiento dependiera de la propia voluntad del interesado, se hablaría de condición impropia.

2.2.- Término.- un acto administrativo está sometido a término cuando el principio, el final o la duración de su eficacia están determinados en el tiempo. El principio y el final pueden delimitarse, bien por una fecha dada, o por un período de tiempo concreto. La existencia de actos sometidos a término posibilita la figura de los actos administrativos en cadena, que son aquellos actos en los que, tras la expiración del término de eficacia de una resolución, se adopta otra también condicionada a un plazo, permitiendo así, al órgano administrativo autor del acto, el control, en cada renovación, de la subsistencia de los presupuestos que justificaron la emisión del mismo.

2.3.- La reserva de renovación.- se trata de un tipo especial de condición resolutoria, en cuya virtud se establece, previo cumplimiento o no de una condición o de un plazo, la posibilidad de revocar el acto sometido a reserva. Para que esta

posibilidad pueda llevarse a cabo, es necesario que la revocación esté justificada en razones objetivas, que han de buscarse en la finalidad establecida por la Ley que sirvió de fundamento al acto administrativo que se revoca.

2.4.- Modo.- es una exigencia vinculada a un acto administrativo favorable, por la que se impone al interesado una determinada obligación de hacer, no hacer o soportar. Para que la Administración pueda imponer la obligación que el modo representa, es necesario que disponga de la correspondiente cobertura o habilitación legal.

Una vez analizados los elementos de los actos administrativos, continuaremos con nuestro estudio diciendo que los actos administrativos están creados por la administración pública para surtir efectos jurídicos, cuando éstos son posibles, el acto se vuelve perfecto, por lo tanto eficaz y ejecutable, pero cuando los efectos no se producen válidamente nos encontramos frente a un acto ilegítimo. Los efectos jurídicos, dan lugar a los siguientes caracteres del acto administrativo, los mismos que son:

1.- Presunción de legitimidad: (*iuris tantum*, tan sólo de hecho). Salvo prueba en contrario, se presume la legitimidad del acto administrativo, vale decir que ha sido dictado de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Todo acto administrativo es válido hasta que la autoridad competente no declare lo contrario, esta alegación en contra de la legitimidad corre a cargo del administrado.

Cuando un acto cumple con los procesos de formación y expedición dentro de la normativa jurídica, el mismo se torna válido y se presume legítimo, ya que el Estado se sustenta en una organización jurídica respetada por la administración pública, pues el Estado se basa en la confianza en sus administradores y en el que cumplan de manera ética con los principios de legalidad y constitucionalidad.

2.- Ejecutoriedad: Es una manifestación de la auto-tutela de la Administración, es la posibilidad de que ella misma provea a la realización de sus propias decisiones, cuando el orden jurídico le ha concedido expresa o implícitamente tal atribución. La ejecutoriedad puede ser:

2.1.- Propia: significa que la Administración dicta el acto y provee por sí sola a su cumplimiento; sólo es procedente cuando la ley la faculta a ello expresa o implícitamente.

2.2.- Impropia: se presenta en el supuesto en que la decisión, emanada de la Administración, obtiene su cumplimiento por medio de una resolución judicial a instancia de la Administración. Es decir que la decisión emana de la Administración pero es ejecutada en mérito a una sentencia judicial.

El acto administrativo se distingue de los actos internos de la Administración Pública, ya que éstos no tienen efectos sobre el administrado; y de los actos civiles de la Administración Pública, que son los que ejerce la Administración Pública en la esfera del derecho privado, dejando de lado el derecho público.

3.- Ejecutividad.- obligatoriedad, derecho a la exigibilidad y deber de cumplimiento que el acto tiene a partir de su publicación. Toda actuación de la administración pública debe ser obedecida ya que ésta actúa para que sus disposiciones se cumplan. Este cumplimiento es exigible en cuanto el administrado o administrados conozcan del acto.

4.- Estabilidad.- prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, salvo que se extinga o altere en beneficio del interesado.

5.- Impugnabilidad.- Todo acto administrativo es impugnable administrativamente por vía de recursos, reclamaciones o demanda.

El artículo 68 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dispone: “*Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto*”. Y el 69: “*Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables*”.

³⁵Un acto administrativo es perfecto cuando resulta dictado por el órgano competente y mediante el procedimiento legalmente establecido; un acto administrativo es válido únicamente cuando todos los requisitos exigidos para su existencia, tanto formales como materiales, son conformes a Derecho, con lo que la validez supone un grado mayor de adecuación al Ordenamiento Jurídico; por último, un acto administrativo es eficaz cuando es susceptible de producir los efectos jurídicos que persigue. Estos tres conceptos describen aspectos distintos de los actos administrativos que no se deben confundir, la perfección del acto no supone su validez; si los actos administrativos perfectos no necesariamente son válidos, tampoco los válidos son siempre perfectos. La independencia entre validez y eficacia es de trascendente importancia, un acto administrativo válido puede no ser eficaz, al mismo tiempo que algunos actos inválidos pueden ser eficaces.

El Tratadista Agustín Gordillo, muy claramente explica que ³⁶los actos administrativos válidos y los actos administrativos anulables, que son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares; y, que los actos administrativos nulos, que son los que tiene vicios graves o muy graves, es actos irregulares. En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente.

³⁵ BOCANEGRA SIERRA, Op. Cit, pag. 103, 104.

³⁶ GORDILLO, Agustín; “*Tratado de Derecho Administrativo*”; 6ª edición, Editora Del Rey y F.D.A., 2003; cap V; pag. 2

En este momento, es preciso referirnos a la invalidez de los actos administrativos, acudiendo a la teoría de las nulidades explicada por Bocanegra Sierra: ³⁷ existen 2 tipos de invalidez: la nulidad absoluta y la anulabilidad o nulidad relativa.

La nulidad absoluta es el grado máximo de invalidez y supone que el acto es intrínsecamente ineficaz, por lo que, carece de efectos, lo que trae como consecuencia: que la ineficacia se produce ipso iure, es decir, de manera inmediata, se origina por sí misma, sin necesidad de intervención judicial; y se trata, de una ineficacia erga omnes, es decir, frente a todos y respecto de todo, es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta en contra y a favor de cualquiera. La nulidad absoluta no es subsanable por confirmación o prescripción.

Cuando nos referimos a nulidad absoluta de los actos administrativos, el doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón señala ³⁸ las consecuencias que esta nulidad acarrea, de la siguiente manera:

a) Ineficacia ipso iure, es decir, que se origina por sí misma, sin necesidad de sentencia judicial, de modo que los funcionarios y administrados legítimamente podrían desconocer a los actos nulos y resistirse a su cumplimiento, al menos en teoría, porque en la práctica las circunstancias pueden exigir la declaratoria de nulidad absoluta para vencer una posible ejecución o para borrar cualquier apariencia de legitimidad. Sin embargo, del desconocimiento y resistencia de los funcionarios o administrados no podría derivarse ninguna sanción.

b) No convalidación, el acto administrativo absolutamente nulo no puede ser objeto de convalidación, pues la gravedad del vicio obliga necesariamente a la extinción de aquel, sin que pueda admitirse ni la conformidad del administrado como mecanismo de sanación, no obstante lo cual, los actos independientes se mantienen válidos y, así mismo, las partes del mismo acto que no adolezcan de vicio.

³⁷ BOCANEGRA SIERRA, Op. Cit, pag. 163 y ss.

³⁸ BENALCÁZAR GUERRÓN; Op. Cit. pags. 60 a 62.

c) La nulidad absoluta o de pleno derecho produce efectos erga omnes, en cuya virtud cabe oponerla o tenerla en cuenta en contra o favor de cualquiera, habida cuenta de la indignidad o inadecuación del acto nulo para la protección jurídica.

d) El acto absolutamente nulo no está cubierto por la presunción de validez (o presunción de legitimidad).

e) La declaratoria de nulidad o la constatación del vicio, produce siempre efectos ex tunc, pues se retrotrae al momento en que se dictó el acto viciado. Esto se explica porque el acto nunca tuvo aptitud para producir efecto alguno.

³⁹La anulabilidad o nulidad relativa tiene efectos mucho más limitados, su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre albedrío del afectado y la seguridad jurídica, él o los afectados por un acto anulable pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio de nulidad y el consentimiento queda purgado. El inejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio. Por otra parte, el vicio es convalidable por el autor del acto aun antes de que transcurra ese plazo o se preste ese consentimiento, sin más que subsanar la infracción legal cometida.

En este punto, es importante también añadir el concepto de inexistencia de los actos administrativos, aunque no constituya un grado de invalidez de los mismos; ⁴⁰el acto inexistente no es que sea inválido, sino que carece de los requisitos necesarios para ser considerado como un acto propiamente dicho. El acto inexistente carece de toda apariencia de legitimidad, no tiene porqué beneficiarse de la presunción de legalidad que se predica en general de los actos administrativos; puede ser desconocido por los particulares a quienes va dirigido; no cabe asignar a éstos las carga de su impugnación; puede ser eliminado por la Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne. En cuanto a la eficacia del acto administrativo, como ya se dijo anteriormente, acto administrativo es aquel que reúne los requisitos necesarios para que su existencia jurídica sea plena, sin embargo, para

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. Cit, pag. 618 y ss.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Op. Cit. Pag. 622

que el acto administrativo tenga validez deben efectuarse una serie de actos posteriores. ⁴¹La Administración, en cuanto ostenta poder público, tiene el privilegio de innovar por sí misma en las relaciones jurídicas en que participa y el de hacer efectivos sus actos, coactivamente, sin necesidad de intervención judicial. A este privilegio se lo llama en la doctrina “autotutela” o “ejecutoriedad”. Con el término “ejecutividad”, por otra parte, se suele denominar al carácter de exigibilidad del cual está investido el acto administrativo, es decir, se alude a su eficacia intrínseca en torno a la producción de sus efectos. En el tema de la eficacia de los actos administrativos, juega también una presunción de validez (o “presunción de legitimidad”) con la que el ordenamiento jurídico les cubre, presunción de carácter *iuris tantum* que favorece a la Administración para que el acto administrativo pueda desplegar sus efectos y que traslada al administrado la carga de probar la invalidez que pudiese existir. De esta presunción sólo pueden estar cubiertos los actos regulares y los anulables, porque los absolutamente nulos carecen de la misma. En efecto, y como afirma Dromi, un acto administrativo nulo de pleno derecho, que adolece de un grosero vicio y que debe ser revocado aun de oficio por disposición de la ley, no puede al mismo tiempo presumirse válido por la propia ley; así como tampoco puede predicarse de él una ejecutividad, pues el vicio de que adolece le hace ineficaz *ab initio*.

Nuestra legislación contempla las formas de terminación del acto administrativo, siendo las siguientes:

1.- Revocatoria.- cuando la autoridad por razones de ilegitimidad, inconstitucionalidad o falta de oportunidad en la emisión del acto, extingue sus efectos. Esta ilegitimidad puede producirse al momento de su expedición o luego de ésta, en el último caso, el acto puede ser revocado cuando sea para beneficio e interés colectivo, pero como ya se manifestó anteriormente, en ningún caso podrá ser revocado cuando haya creado derechos de orden general o particular.

⁴¹ BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos; “Tesis para Maestría: El Acto Administrativo en materia Tributaria”;2004; pag. 81.

2.- **Modificación.**- cuando las irregularidades que vician al acto son muy leves. Se realiza por vía de aclaración, cuando un acto es impreciso u oscuro; también, cuando se producen errores de hecho, errores en números o de escritura.

3.- **Nulidad.**- cuando los vicios son graves se produce la nulidad, la misma que deja al acto inexistente y sin ninguna validez. Esta nulidad debe ser declarada por autoridad competente, y en cuanto ésta sea declarada, los efectos del acto se suspenden.

En cuanto a la vigencia del acto administrativo, el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en su artículo 66 establece: *“Los actos administrativos para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho”*.

Los actos administrativos se extinguen y se reforman, según lo dispuesto en el artículo 89 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que a continuación detallo: *“Los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos al Estatuto antes mencionado, se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado. En general, se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición. También se podrán extinguir aquellos que surgen como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos que incidan en las instituciones u órganos administrativos sujetos al estatuto”*.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 90, los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por:

1.- **RAZONES DE LEGITIMIDAD.**- el artículo 93 del Estatuto, prevé que cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas al Estatuto

del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, deberá ser extinguido cuando se verifique que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al estatuto antes mencionado también deberán ser extinguidos cuando el acto contenga vicios no convalidables o subsanables.

El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.

Por lo tanto, nos referiremos a los vicios que no pueden ser convalidados, es decir, que acarrear la nulidad absoluta, los mismos que se encuentran expresamente enunciados en el artículo 94 del mismo Estatuto, siendo los siguientes:

- a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;
- b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito;
- c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecúen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento;
- d) Aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto; y,
- f) Aquellos actos que no se encuentren debidamente motivados.

Si hablamos de nulidad absoluta, debemos remitirnos necesariamente al artículo 129 del mismo Estatuto, que especifica los actos que traen como consecuencia la nulidad de pleno derecho, siendo los siguientes:

a) Los que lesiones, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;

Me detendré un poco en este literal y me remitiré a que la ⁴²lesión de un derecho fundamental es en primer término desconocimiento, quebranto procesal o material de un derecho fundamental por acción expresa, tácita, presunta, omisión o vía de hecho. El concepto de lesión de un derecho fundamental integra la lesión de los derechos y las facultades adicionales del mismo. Esta lesión comporta una pugna frontal contra el contenido dogmático de la Constitución, que vicia de modo gravísimo e insubsanable al acto administrativo, y que se traduce en una nulidad de carácter absoluto, radical o de pleno derecho.

Si hablamos de lesión de un derecho fundamental, nos referimos a un atentado directo e inmediato al núcleo del mismo, por ejemplo la lesión del derecho al debido proceso cuando la autoridad, por beneficiar a una de las partes con el acto administrativo, haya omitido la citación a la otra parte para su defensa.

La nulidad de los actos administrativos tiene como principal fundamento jurídico la pugna con la Constitución, ya que el contenido de la misma y las garantías que en ella se contemplan se ven alteradas por un acto administrativo violatorio de los derechos fundamentales. Esta imposibilidad de subsanación del acto y la obligación de su revocatoria se sustentan en la sujeción de la Administración al Derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución Política de la República, es decir, la supremacía de la Constitución y al principio de legalidad y juridicidad que contempla el artículo 119.

Recalco el criterio del Doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón, en su artículo *“La lesión de los derechos fundamentales en cuanto causa de nulidad de los actos administrativos”*, el mismo que alude a que en este artículo se incurre en un error ya que se refiere solamente a los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de

⁴² BENALCAZAR GUERRON; Op. Cit., pag. 13.

la Constitución, cuando en la norma constitucional existen otros derechos y libertades que no se encuentran encasilladas en dicho artículo, sino regadas a lo largo de sus disposiciones; por lo que, hubiera sido preciso utilizar la frase “derechos y libertades reconocidas en la Constitución”, o simplemente “derechos fundamentales”. Dicho error podríamos decir que se encuentra superado en el numeral 2 del mismo artículo, que dispone que: *“En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*.

- b) Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
- c) Los que tengan un contenido imposible;
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición: y,
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

Este artículo además prevé que serán nulas de pleno derecho, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución Política de la República:

h) Las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras individuales.

Este literal hace concuerda con lo explicado por la explicación que he citado del Dr. Benalcázar Guerrón en el literal a de este artículo.

Pero como ya se explicó anteriormente, no solamente se habla de nulidad, sino también de anulabilidad, es decir, cuando los vicios son subsanables, por lo que, se debe hacer referencia al artículo 95 del Estatuto, el mismo que nos indica que los vicios que si pueden ser convalidados o subsanados son todos los actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que no sean las citadas anteriormente, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

Es menester también apearnos al artículo 130 del Estatuto, el mismo que se refiere a la anulabilidad, y nos da 3 puntos importantes al respecto y que son los siguientes:

- 1.- Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder;
- 2.- El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefesión de los interesados;

3.- La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

En este punto, es importante señalar que, de conformidad a lo establecido en el artículo 131 el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la nulidad y anulabilidad no es transmisible, lo que quiere decir que la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos actos en el procedimiento que sean independientes del primero; y, además, la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo de la parte viciada sea tan importante que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

2.- RAZONES DE OPORTUNIDAD.- El artículo 91 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, hace referencia a que la extinción del acto administrativo por razones de oportunidad, tiene lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo. El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos. La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella.

El artículo 92 del mismo Estatuto, se refiere a que la autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado. Para el efecto, se instaurará, de oficio o a petición de parte, un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria. Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la Administración con respecto al pago de la mencionada indemnización. Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelta por la respectiva autoridad. Esta indemnización no tendrá lugar cuando lo que se ve

afectado por el mencionado acto es un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario o derechos reflejos o intereses legítimos.

Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.

2.- EL ACTO ADMINISTRATIVO REALIZADO POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.-

Partiré aludiendo que funcionario público es todo aquel que se vincula con la administración de un estado, prestando sus servicios.

La actuación del Estado para la realización de los fines del Estado no podría ser posible sin una actividad intelectual o física de personas, como son sus funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y tomando en cuenta la relación jurídica que éstos tengan con el Estado.

Funcionario público es aquel al que le han designado de manera continua la competencia de expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad es para la realización de un fin público. El funcionario representa al Estado como ente público, y en esa representación puede ser funcionario de gestión (cuando negocia y contrata en nombre del Estado) o de autoridad (cuando decreta, ordena, manda). Puede ser ambos, depende de la actividad que realice.

El funcionario público es aquel que dispone de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya sea legales o de hecho, y que por ésta, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza que disponen; podemos referirnos a estos funcionarios revestidos del poder público, como autoridades frente a los individuos que no forman parte de la administración.

Es una persona natural que ejerce constitucional, legal y reglamentariamente una función, y que se encuentra investido de un poder de decisión y de mando. La Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, establece en su artículo 2: “...*el servidor público es toda persona natural legalmente nombrada para prestar servicios remunerados en instituciones de Derecho Público o de instituciones de Derecho Privado, con finalidad social o pública...*”.

Entendemos por servicio público, a las actividades que ejerce directa o indirectamente la Administración Pública para satisfacer necesidades colectivas, sujeto a un régimen jurídico especial y al control de la autoridad competente, ya sea que estas prestaciones estén a cargo del Estado directamente o de concesionarios, de administradores o delegados.

Los servicios prestados por el Estado pueden ejecutarse de acuerdo a las siguientes modalidades:

- a) Servicios prestados directamente por la Administración Pública;
- b) Servicios prestados por empresas públicas;
- c) Servicios prestados por administración delegada; y,
- d) Servicios prestados mediante concesión.

Conociendo ya el concepto de servicio público y funcionario público, puedo decir que los actos emanados de las personas que tienen tales características, constituyen actos administrativos, ya que de los diferentes conceptos de acto administrativo estudiados anteriormente, se desprende que el funcionario público

competente y en goce de su potestad administrativa, realiza una declaración unilateral, la que produce efectos jurídicos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales.

En este tema, cabe aclarar que no solamente se dictan actos administrativos para cumplir con la prestación de servicios públicos, los funcionarios emanan actos administrativos en sinnúmero de ocasiones y no solamente para satisfacer necesidades colectivas, sino también dictan actos para casos específicos y que tienen efectos jurídicos para determinada personas o grupo de personas. Esto porque no se debe pensar que actos administrativos solamente son aquellos que dictan los funcionarios públicos, ni tampoco que están destinados solamente a la satisfacción de servicios públicos de orden colectivo.

3.- EL ACTO ADMINISTRATIVO REALIZADO POR PERSONAS PRIVADAS CONCESIONARIAS DE SERVICIOS QUE CORRESPONDEN A LA POTESTAD PÚBLICA.-

Es tema de nuestro estudio, los actos administrativos emitidos no solo por los funcionarios públicos, sino también los actos administrativos emitidos por personas privadas concesionarias de servicios públicos, ya que existe la posibilidad de que el acto que se impugna no sea exclusivamente proveniente de la administración pública, sino que el acto sea originario de un particular, cuando éste se encuentra prestando servicios públicos, o cuando éste se encuentre ejerciendo acciones administrativas por efecto de una delegación o concesión otorgado por autoridad pública.

Es muy importante señalar lo previsto en el artículo 55 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el mismo que contempla la delegación de atribuciones, al prever: *“Las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, excepto las que se encuentren prohibidas por ley o por decreto. La delegación será publicada en el Registro*

Oficial. Los delegatarios de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública Central e Institucional en los diferentes órganos y dependencias no requieren tener la calidad de funcionarios públicos”

⁴³La Administración Pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular. Bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario y, para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la técnica de la concesión, por virtud de la cual la gestión del servicio se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido. Este fenómeno de delegación se produce también fuera del campo de la concesión de servicios públicos con los mismos efectos; el delegado actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia Administración Pública delegante. Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traben entre los particulares y el delegado, serán también, administrativas, aunque este último sea formalmente un sujeto privado.

Se puede interponer recurso de amparo contra actos que vulneren cualquier derecho fundamental realizado por concesionarios, delegatarios o personas que presten servicios públicos, pero dicha vulneración deber provenir de su labor como concesionario o delegatario o respecto de la prestación del servicio público; es decir, solo se le puede exigir el cumplimiento de lo que está obligado por el ordenamiento jurídico.

La concesión es un acto administrativo unilateral, a través del cual se amplía la esfera jurídica de los administrados, ya que mediante ésta la administración entrega una facultad al administrado, creándole derechos reales administrativos ex novo, respecto de la administración de bienes demaniales, la ejecución de obra

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; “*Curso de Derecho Administrativo*”; tomo I; Editorial Thomson Civitas; duodécima edición; España; 2004; pag. 47

pública o la prestación de servicios públicos, manteniendo la intervención administrativa subyacente sobre esa relación que es ajena al derecho privado.

Es muy explicable, ya que en nuestro sistema la autoridad pública se despoja de ciertas prerrogativas y obligaciones y se las entrega a particulares quienes actúan en representación de las mismas.

Por lo dicho, el punto de partida es la “delegación de las responsabilidades del Estado al sector privado”. Pues la delegación, en sentido restringido, solo se produce al interior de una persona jurídica de derecho público, como lo es la delegación administrativa o la delegación legislativa. La Constitución Política de la República y la Ley de Modernización del Estado, dan un significado diferente a la “delegación”, en el sentido de traspaso de responsabilidades estatales por el que el concesionario sustituye al concedente en la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, como si fuera el concedente mismo. Es decir, confieren a esta figura una connotación programática u operativa que permite al sector privado ejecutar obras o prestar servicios que constitucionalmente son de competencia del Estado, sin que éste, desde luego, pierda el control y regulación de los mismos.

La “delegación”, en consecuencia, tendrá eficacia y se presumirá perfeccionada a la fecha de celebración del contrato mediante el cual se produce el traspaso de la prestación del servicio o la ejecución de una obra que, debiendo ser realizada por el sector público, se lo traslada al sector privado. La conclusión necesaria y final es que la participación del sector privado como delegado del Estado se produce a través de un contrato, conforme lo dispone el artículo 46 de la Ley de Modernización del Estado, reformado por el artículo 20 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana. Este traspaso o traslado de la operatividad del Estado, de ninguna manera puede ni debe confundirse con un traspaso o traslado de las facultades que son de reserva exclusiva del Estado.

La normativa constitucional, legal y reglamentaria a la que se encuentra sometida la delegación de la provisión de los servicios públicos, ejecución de obras,

etc., es la siguiente:

Constitución Política de la República, en su artículo 249 establece que: *“será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”*.

Ley de Modernización del Estado, en su artículo 6 establece que: *“El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas; y si se tratare de la exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales”*.

El artículo 41 del mismo cuerpo legal establece que: *“El Estado puede delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual “o administrativa” de acuerdo con la ley. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado.*

La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.

Los procesos de desmonopolización, privatización, y delegación previstos en la Ley de Modernización, artículo 42, se realizarán mediante los procedimientos de delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, con sujeción a las modalidades señaladas en el artículo 43 como:

- *Aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones;*
- *Arrendamiento mercantil (“o negocios fiduciarios”). Declarado Inconstitucional por Resolución Tribunal Constitucional No. 193 de 12 de Diciembre del 2000;*
- *Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo;*
- *Venta;*
- *Transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas; y,*
- *Cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que este amparada por la Ley ecuatoriana”.*

El artículo 46 de la Ley de Modernización, modificado por el artículo 20 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, respecto de la delegación al sector privado de las actividades asignadas constitucionalmente al Estado, con claridad, establece lo siguiente: *“Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato o leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su*

celebración. Todo contrato de delegación incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje para la solución de controversias”.

El Reglamento Sustitutivo del Reglamento a la Ley de Modernización, en su artículo 129 establece: *“Los servicios públicos serán prestados o asumidos por el sector privado mediante delegación expresa que hagan a su favor las autoridades competentes.*

Dicha delegación podrá ocurrir mediante las modalidades de concesión de obra pública, si ésta es necesaria para la prestación del servicio público, o de servicio público o de concesión de uso; en este último caso podrá admitirse el arrendamiento mercantil, la licencia, el permiso, autorizaciones y convenios de asociación u otra figura jurídica que determine el CONAM siempre que ella esté reconocida por el derecho administrativo o la ley ecuatoriana y que implique necesariamente que las autoridades delegantes ejerzan control sobre la manera, condiciones, términos y modalidades en que dichos servicios o actividades se llevan a cabo, o que exista definido el ente regulador y sus competencias”.

Para un mejor entendimiento, aludiré al ejemplo de la CORPAC, que si bien es una entidad de derecho privado, se instrumentó a base de la facultad conferida a los municipios por el reformado artículo 1 de la Ley de Aviación Civil (art. 71 Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana), y su aplicación mediante Decreto Ejecutivo N° 885 de 23 de octubre del 2000; en consideración además, que los municipios son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio y con capacidad para realizar actos jurídicos, a diferencia de las entidades de la administración pública central.

El artículo 1 de la Ley de Aviación Civil establece: *“Corresponde al Estado la planificación, regulación y control aeroportuario y de la aeronavegación civil en el territorio ecuatoriano. Le corresponde la construcción, operación y mantenimiento de los aeródromos, aeropuertos y helipuertos civiles, y de sus servicios e instalaciones, incluyendo aquellos característicos de la rutas aéreas, en*

forma directa o por delegación, según sean las conveniencias del Estado, con arreglo a las disposiciones de esta ley, del Código Aeronáutico, reglamentos y regulaciones técnicas, que deberán estar conforme con las normas vigentes de la Organización de Aviación Civil Internacional OACI, de la cual el Ecuador es signatario.

De acuerdo con la Constitución Política de la República y la Ley de Modernización del Estado se podrá delegar a la iniciativa privada, a través de cualquier modalidad establecida por la ley, los aeródromos y aeropuertos existentes en el país a empresas nacionales o extranjeras que, mediante una licitación, presenten las condiciones más favorables al desarrollo, mantenimiento y mejoras de los actuales, sin excluir la posibilidad de la construcción y operación de nuevos aeródromos o aeropuertos.

Previa autorización del Presidente de la República emitida mediante decreto ejecutivo, los municipios podrán construir, administrar y mantener aeropuertos. Para tal efecto, podrán ejercer estas facultades directamente o delegarlas a empresas mixtas o privadas mediante concesión, asociación, capitalización o cualquier otra forma contractual de acuerdo a la ley”.

Con el ejemplo antes expuesto y con la normativa legal citada, y conociendo como opera la delegación del Estado hacia las personas jurídicas de derecho privado, podemos recalcar entonces, que los actos realizados por estos funcionarios concesionarios de servicios públicos por el delegante, constituyen también actos administrativos.

Si nos referimos a la acción de Amparo Constitucional, la Constitución, en su artículo 95, parte final del inciso primero establece que también podrá interponerse la acción de amparo si el acto u omisión hubieren sido causados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

El artículo 20 de la Constitución Política de la República, nos dispone que las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

La legislación Colombiana también prevé que pueden expedir actos administrativos las personas privadas cuando ejerciten una actividad administrativa por adscripción, vinculación o por delegación constitucional (artículo 211, constitucional) o legal. En este caso las personas jurídicas de carácter privado como las Cámaras de Comercio, las Cajas de compensación familiar, la Federación de Cafeteros, entre muchas otras, pueden producir actos administrativos cuando realicen actividades o cumplan funciones de carácter administrativo o público, tales como el registro, control y vigilancia de los comerciantes; la recreación, la salud o económico-laborales de los funcionarios estatales o, de comercialización, publicidad o control de uno de los primeros productos de exportación colombiana: el café; respectivamente.

En el caso del amparo constitucional, el Tribunal Constitucional expresa⁴⁴ que podrá interponerse también en contra de las personas que presten servicios públicos o que actúen por delegación o concesión de autoridad pública.

Un ejemplo de aquello, es la demanda de amparo al acto contenido en un certificado de inspección realizada por una empresa verificadora, en la resolución

⁴⁴ Tribunal Constitucional, Resolución 122-99-RA-III.S. Número 122, Caso 026

respectiva se desprende “del análisis de la demanda que contiene la acción de amparo constitucional se desprende inequívocamente que es materia de la presente acción exclusivamente el acto contenido en el Certificado de Inspección No. 1-4/249/2004/044560/001/2 emitido en los Estados Unidos el 2 de julio del 2004 por la empresa INTERTEK INTERNATIONAL LIMITED, cuyo original reposa a fs. 25 del proceso; acto emanado de una persona jurídica que presta servicios públicos en materia aduanera (verificación), por delegación (concesión) de una autoridad pública, en este caso la Corporación Aduanera Ecuatoriana; acto respecto del cual cabe interponer la acción de amparo por expreso mandato del Art. 95 de la Constitución Política.”.

Me remitiré a lo analizado por el doctrinario Guaita, con respecto a que si ciertos actos emitidos por particulares son considerados actos administrativos, quien señala que ⁴⁵es indudable que los particulares producen actos jurídicos -es decir, hechos jurídicos humanos, voluntarios, libres- que se rigen por normas administrativas y que en el seno del Derecho administrativo despliegan su eficacia. Así, para BALLBÉ, que tiene un concepto objetivo de acto administrativo (ejercicio de funciones administrativas) no es preciso que éste provenga directamente de la Administración, pues esta puede haber delegado funciones por ejemplo en un concesionario, y los actos de éste, en cuanto realicen funciones administrativas son asimismo actos administrativos. Son también actos administrativos todos los que llevan a cabo los particulares en sus relaciones jurídico-públicas con la Administración, como, por ejemplo, una instancia o petición cualquiera y, en general, todo acto en conexión con el procedimiento administrativo, y normas administrativas son las que disciplinan por completo su régimen jurídico.

El autor cita como ejemplos de estos actos, los certificados expedidos por médicos no funcionarios; las calificaciones otorgadas en exámenes de los escolares por los Centros de enseñanza no estatales reconocidos por el Estado como homologados o como habilitados.

⁴⁵ GUAITA, Aurelio; “El Concepto de Acto Administrativo”; revista 007; octubre-diciembre; 1975; pag. 529

En el caso de los colegios profesionales y los actos emanados por éstos, la doctrina española, basada en su legislación, los considera como Corporaciones oficiales de Derecho público de carácter científico y profesional, con plena personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines y se encuentran sometidos a la tutela y vigilancia de los Ministerios correspondientes, reconociendo a que las mismas podían ser titulares, aunque sólo fuera por delegación, de auténticas potestades administrativas, integrándose a estos efectos, al menos, en la Administración pública.

La posición de la doctrina en relación a la naturaleza de los colegios profesionales, queda claramente sustentada con lo dicho en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 76/ 83, de 5 de agosto, relativa a la LOAPA, que sienta el siguiente el criterio que ⁴⁶el proyecto reconoce el aspecto privado de estas entidades al señalar que tendrán como función propia la prestación de servicios a sus miembros y la representación y defensa de sus intereses económicos y corporativos, pero al mismo tiempo, les confiere una dimensión pública al calificarlas como Corporaciones de Derecho público, imponer su constitución obligatoria, atribuirles el carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas, someterlas a la tutela administrativa de estas últimas y reconocerles la posibilidad de que ostenten competencias administrativas por atribución legal o por delegación de las Administraciones públicas. En consecuencia, puede afirmarse que, aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones públicas y, en este sentido, la constitución de sus órganos, así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149, 1, 18 de la Constitución.

⁴⁶ MARTINEZ LÓPEZ, José Luis; “*Naturaleza de las Corporaciones Públicas Profesionales*”; Revista 039; octubre – diciembre; 1983; pag. 603.

CAPITULO IV

LAS PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS

⁴⁷Persona es un individuo expuesto al universo y abierto al mundo con un plan privado existencial.

La palabra española persona proviene del latín que tomó del etrusco “*phersu*” que se encuentra emparentada con el término griego “*prosopon*”, y se origina del antiguo teatro griego. La expresión designaba a las máscaras que utilizaban los actores, pasando a ser el término persona sinónimo de actor y luego a representar el concepto de individuo humano que juega un rol en la vida.

El término persona puede ser considerado dentro de distintos ámbitos, y es así como lo propone el Dr. Pedro Córdova Álvarez, en su obra “El nuevo concepto de persona y su repercusión en el derecho”, en la cual expone a la persona:

1) EN LA ÉTICA.- la misma que la concibe como “*un ser con dignidad*” que su accionar va de la mano con los valores humanos y que busca lograr su propio fin, siendo éste el único responsable de la manera de lograrlo.

⁴⁸Persona es una totalidad viviente, individual, única, que aspira a fines y que, por estar abierta al mundo que la rodea y referida a sí misma, es capaz de tener experiencia.

La moral está muy vinculada con lo Jurídico, ya que por esencia es normativa, contiene mandatos que regulan el comportamiento humano, pero las normas jurídicas se diferencian de las morales por la finalidad que persiguen respecto de la persona, siendo la finalidad de las primeras la corrección del individuo,

⁴⁷ GARCÍA BACCA, Juan David; “*Cosas y Personas*”; Fondo de Cultura Económica; México, 1977; pag.74

⁴⁸ CÓRDOVA ALVAREZ, Pedro; “*El Nuevo Concepto de Persona su Repercusión en el Derecho*”; Publicaciones del Departamento de Difusión Cultural de la Universidad de Cuenca; Cuenca-Ecuador; 1984; pag. 28.

alcanzado por medio del “*camino recto*”; y, de las segundas la perfección espiritual del individuo.

2) EN LA PSICOLOGÍA.- En el aspecto psicológico, la persona está integrada por dos elementos: por un lado, la base misma de la persona, es decir, todos los aspectos de su constitución biológica y los factores psicológicos adquiridos; y, por otro lado, los demás factores que lo rodean, es decir, el mundo material y social que rodea al individuo, el medio en el que se desenvuelve y desarrolla sus actividades.

⁴⁹La persona, psicológicamente hablando, representa pues la síntesis de todo cuanto es y rodea a la actuación y a la potencialidad del hombre; pero no sólo como un producto de la suma o de la mezcla de esos elementos básicos, sino como algo más complejo y abstracto, pues por encima del combinado resultante de la unión de tales ingredientes, se halla un poder de concentración de facultades y deberes que se manifiestan en una forma única y que provocan por lo tanto, la presencia de una **unidad**, sólo idéntica a si misma y por ello irreducible; unidad que se mantiene a través del tiempo, a pesar de que puedan presentarse variaciones momentáneas producidas por situaciones especiales.

3) EN LA SOCIOLOGÍA.- Una de las características del ser humano es la sociabilidad, el hombre nace para desarrollarse en comunidad, forma parte de un grupo, y dentro de ese gran sociedad, unas veces pasará a integrar grupos por voluntad propia, es decir, cuando decide seguir tal o cual profesión, cuando se inclina por un pensamiento político, etc; y, otras veces formará parte de grupos sin tener opción a elegir, como es el mismo caso de la familia.

4) EN LA FILOSOFÍA.- A lo largo del tiempo, en esta rama se ha dado diversas concepciones de persona, los primeros en ocuparse de la persona son los estoicos, dándole el significado de actor. En la Edad Media, persona era el ser racional, el individuo conciente y en casos debidamente especificados se referían a Dios y a los ángeles.

⁴⁹ CÓRDOVA ALVAREZ, Pedro; Op cit; pag. 30.

En la Edad Moderna, se relaciona a la persona con la conciencia, la relación con uno mismo. Emanuel Kant expresa que ⁵⁰la PERSONA se caracteriza por la permanencia de la conciencia y como único sujeto que hace posible la existencia de un mundo moral, fundado en su condición de ser libre.

La filosofía actual también enmarca la importancia de la conciencia dentro del mundo en el que el hombre se desarrolla, la época contemporánea sigue esta línea, cuando Luis Recaséns dice que ⁵¹la definición de hombre como persona se ha orientado predominantemente en ese sentido ético; es decir subrayando que el concepto de persona se constituye al reconocer en el hombre su esencial dimensión de sujeto de un mundo moral.

5) EN EL DERECHO.- Si nos enmarcamos en el ámbito del derecho, hasta el siglo V, no podemos hablar de la existencia de una condición jurídica de la persona, ya que el hombre no se desarrolló como ser individual, sino que actuaba siempre por y para el grupo.

En cuanto a la evolución del término persona, los Romanos, en el Derecho Clásico utilizaron mucho el vocablo persona dentro del Derecho, antes de lo cual utilizaban el término “*caput*” para designar a la cabeza de familia. Cuando gobernaba Servio Tulio, este término caracterizaba al individuo que reunía los requisitos para ser inscrito en el censo, con sus deberes y atribuciones, con lo que formaba parte del Estado. Posteriormente, el término “*sui juris*” se empleó para designar a quien no estaba sometido a potestad doméstica, es decir, a la cabeza de familia, con capacidad jurídica plena para obrar; esta capacidad era uno de los requisitos para ser persona.

El término persona iba cada vez tomando más importancia, como lo vemos en la época del cristianismo, en donde el hombre fue dignificado. ⁵²El hombre es el “rey de la creación”, hecho a imagen y semejanza de Dios” era la gran verdad predicada

⁵⁰ CÓRDOVA ALVAREZ, Pedro; Op. cit; pag. 34.

⁵¹ CÓRDOVA ALVAREZ, Pedro; Op. cit; pag. 36.

⁵² CÓRDOVA ALVAREZ, Pedro; Op. cit; pag. 42.

que habría de causar, tanto por su enunciado como por los alcances y derivaciones del mismo, las más hondas, significativas y valiosas transformaciones en todos los órdenes, pero fundamentalmente en la propia conciencia individual.

A la caída del Imperio Romano, fue la Iglesia la que realizó el proceso de civilización de los pueblos. En el feudalismo se atropellaba exhaustivamente a la persona y fue la Iglesia la que infundió el derecho a que se respeten los derechos humanos elementales, por parte de los señores feudales y hasta del propio Rey, lo cual fue la base para la consolidación de este derecho y la creación de Instituciones y reglas para garantizar los atributos de la persona.

Bien regulado encontramos el Derecho Canónico, en que la calidad de persona estaba dotada de condiciones y requisitos, teniendo dos fundamentales: la existencia y el bautizo, siendo esta última la que dotaba al hombre de la calidad de persona, de modo que si no lo recibía, no dejaba de ser hombre, pero no llegaba a ostentar la calidad de persona.

Es importante referirnos al siglo XVII, en el que nos encontramos frente a la laicización del Derecho, es decir, la finalización de la sujeción de éste a la Iglesia, el concepto de persona se amplía a todos los hombres por igual, sin tener en cuenta castas privilegiadas, religión, etc., dotándole a la persona de atributos inalienables a la misma. Pero este pensamiento era ignorado y tuvo que pasar más de un siglo para que tome fuerza, lo que logró la Revolución Norteamericana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, y que posteriormente dieron origen a otros acontecimientos para consolidar los derechos de la persona.

Con estos antecedentes podemos aludir a que las legislaciones consagran los atributos de la persona, sin dar un tratamiento igual cada una de ellas.

Así pues me referiré al concepto de persona, entendiéndola como cualquier individuo de la especie humana, pero el derecho no solo otorga esta calidad a los individuos de la especie humana, sino también a ciertos entes de diferente naturaleza.

Si hablamos jurídicamente, persona es todo ser capaz tener derechos y obligaciones. También son los individuos de distinta naturaleza que los de la especie humana, que sin tener esta característica, tienen al igual que los otros, capacidad.

Así pues nos encontramos frente a las personas jurídicas, los romanos utilizaban el término “*personae vice fungitur*” para referirse a las personas jurídicas; también, el término “universitas” era utilizado para referirse a un conjunto de personas o a un conjunto de cosas, término que los recogía como una entidad ideal, distinta del conjunto de individuos que la integraban.

Es así, que en el Derecho Romano, se dividía a las personas jurídicas: el “*Fiscus*”, denominación utilizada para nombrar al Estado; las “*Corpora*” que eran todas las instituciones y corporaciones políticas, sacras, judiciales, etc.; las “*Collegia*”, que eran las organizaciones de carácter civil o privado; y, las “*Fundationis*”.

Esta concepción de persona jurídica de los Romanos, podemos tomar como base o antecedente para lo que constituye la persona jurídica en la legislación actual.

En cuanto a su evolución, en la Edad Media, encontramos en el Derecho Germano tipos de asociaciones y corporaciones, entendiéndolas como una reunión de individuos, pero sin separar la capacidad del ente formado y de sus integrantes.

Esta concepción fue aclarada un poco por los Romanistas y los Canonistas, los primeros no tuvieron un criterio muy claro al respecto, utilizaban las denominaciones “*Congregatio*” y “*Communitas*” para denominar a las asociaciones y corporaciones y la denominación “*Piae Causae*” para las fundaciones. Los Canonistas por su parte, hicieron de la Iglesia un verdadero ente jurídico con supremacía frente al Estado y la designaron con diferentes denominaciones como: “*Persona Representata*”, “*Persona Ficta*”, “*Persona Universalis*”, “*Persona Mística*”.

Gran valor adquiere la doctrina francesa al denominar como “*Persona moral*” a las personas jurídicas, expresión clara y diferenciadora del sujeto individual y el colectivo y que sirve como base para el Derecho actual. Por otro lado, gran aporte tenemos del Derecho Español, en las denominadas Siete Partidas, cuando se le otorga a ciertas Instituciones de Derecho Público, como el Estado, Cabildos e Iglesia Católica, la calidad de personas jurídicas; sin embargo, no existe normativa alguna en relación a las asociaciones privadas.

En la Edad Moderna se realizaron grandes esfuerzos por incorporar dentro de las organizaciones de derecho privado a las personas jurídicas, puesto que existían obstáculos de carácter político y económico, por lo que se daban atropellos a la propiedad de individuos y de entidades corporativas, pues las instituciones privadas como por ejemplo las Universidades, asociaciones, fundaciones, bancos, etc., no eran sujetos de derecho pues no ostentaban la calidad de persona, es decir, esta calidad de persona solamente estaba supeditada a los entes de derecho público.

En la Edad Contemporánea, a partir del siglo XIX, se da un giro en la concepción del Estado, puesto que este empieza a absorber actividades particulares y a los entes que realizaban estas actividades, como los Institutos de enseñanza, que al pasar a formar parte del Estado, automáticamente adquieren la calidad de personas jurídicas. De igual manera, a las sociedades mercantiles y las políticas se les dota de personalidad jurídica.

Con estos antecedentes, las diferentes legislaciones han ido adoptando el concepto de persona jurídica, variando cada una de ellas, como es normal, en las condiciones y requisitos exigidos para conformarla.

En cuanto a la naturaleza de las personas jurídicas, existen varias teorías, que tratan de explicarla, las cuales podemos clasificarlas en tres grupos:

1. LAS QUE CONSIDERAN A LA PERSONA JURÍDICA COMO UN ENTE ARTIFICIAL.- Dentro de las que encontramos la TEORÍA DE LA

FICCION, que es una de la más antiguas, sostenida por personajes como Savigny, Aubry et Rau, Durocquy, etc. Esta teoría sostiene que sólo el hombre, por ser capaz, tiene derechos; sin embargo, el derecho positivo puede dotar de capacidad a entes distintos a los hombres. Estos entes ficticios tienen su existencia para fines jurídicos y desarrollan su actividad en el campo patrimonial. Los defensores de esta teoría resuelven el hecho de que las personas jurídicas, como entes artificiales, no son capaces de querer y obrar, con la función que realiza el representante del ente. Aluden también a que este tipo de personas se encuentran fuera del campo de la imputabilidad, ya que los actos ilícitos solo son cometidos por los miembros que la forman.

2. LAS QUE NIEGAN LA PERSONALIDAD.- Dentro de las que tenemos la TEORÍA DEL PATRIMONIO PARA UN FIN.- cuyos sostenedores son Brinz y Becker, consideran que el fundamento del patrimonio es la relación jurídica entre bienes y personas, por lo tanto, el patrimonio puede pertenecer también a las cosas, no solo a las personas. Sostienen que las personas jurídicas son un patrimonio sin sujeto que pertenecen al fin para el cual están destinados. De esto se deriva el hecho de que los derechos y obligaciones de este tipo de personas pertenecen a un patrimonio, más no a un sujeto, cuyos actos son realizados en representación del fin para el cual el patrimonio está destinado.

3. LAS QUE SOSTIENEN SU REALIDAD.- Dentro de las que encontramos a la TEORÍA DE FRANCISCO FERRARA, para quien la palabra persona tiene tres significados: el biológico, que es hombre; el filosófico, que es ser racional capaz de proponerse fines y alcanzarlos; y, el jurídico, que es sujeto de derechos y obligaciones. Es así que define a las personas jurídicas como las ⁵³asociaciones e instituciones formadas para la constitución de un fin y reconocidos por la ordenación jurídica como sujetos de derechos. El defensor de esta teoría considera que las personas jurídicas son reales y no ficticias, considerando reales también ciertos conceptos de las ciencias abstractas, como por ejemplo una obligación es real y no la

⁵³ OLIVOS HERNANDEZ, Luis Fernando; “*Las personas jurídicas y sus atributos*”; Tesis de Grado para optar el título de Doctor en Derecho; Bogotá, 1969; pag. 38.

podemos captar por los sentidos. Ferrara manifiesta que para ser persona jurídica se debe contar con los siguientes elementos: una asociación de hombres, el fin para cuya creación está formada y, el reconocimiento por el derecho objetivo.

El tratadista Luis Parraguez Ruiz, expone una muy acertada concepción de las personas naturales y jurídicas, la misma que dice que ⁵⁴Son personas naturales los individuos de la especie humana, en los cuales la personalidad constituye una condición inseparable. Las personas jurídicas, en cambio, son entes de carácter abstracto, inmaterial, sin existencia corpórea. Se trata de ciertas organizaciones creadas por el hombre y ratificadas por la ley, cuya razón de ser deriva de la necesidad de cumplirse ciertos objetivos en la vida social. Su personalidad es un consecuencia no ya de su naturaleza – como sucede con las personas naturales- sino de consideraciones prácticas que exigen que dispongan de aptitudes jurídicas.

Respecto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es menester remitirnos a nuestro Código Civil, el mismo que en su artículo 40, establece: “*las personas son naturales o jurídicas*”.

El artículo 41 del mismo cuerpo legal se refiere a las personas naturales de la siguiente manera: “*son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición*”.

La persona natural principia su existencia con el nacimiento, explícitamente desde que es separado completamente de su madre, así pues, aquel que muere en el vientre materno, no habrá existido; así mismo, la persona natural termina con su muerte, es decir, con el cese de los fenómenos vitales del individuo.

Una disposición muy importante en relación a esto, es la contenida en el artículo 49 de nuestra Constitución Política, la misma que dispone: “*Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los*

⁵⁴ PARRAGUEZ RUIZ, Luis; “*Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: personas y familia*”; Universidad Técnica Particular de Loja; Sexta Edición; Loja-Ecuador, 1999, pag. 50.

específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten”.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley.

El Código Civil señala lo dicho en los artículos 60 y 64 respectivamente. Al igual, en su artículo 61 y 63, dicha ley también protege al que esta por nacer, tanto en su vida como en los derechos que le puedan asistir, es decir, los derechos se encuentran suspensos hasta que se produzca el nacimiento. De igual forma, el artículo 64 del citado cuerpo legal señala que la persona termina con la muerte.

Por otra parte, al tenor del artículo 583 del Código Civil, se entiende como persona jurídica a un ente ficticio, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos clases: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública, pudiendo ser una sola de las dos clases. Para ser persona jurídica debe obligatoriamente ser aprobada por ley o por el Presidente de la República. No podrán disolverse por sí solas, sino por medio de la aprobación de la autoridad que legitimó su establecimiento.

En este punto cabe la pregunta ¿las personas jurídicas pueden tener o tienen derechos constitucionales?, mi criterio muy personal es que las personas jurídicas si tienen ciertos derechos constitucionales, y digo ciertos, ya que existen derechos garantizados en la norma constitucional, que solamente pueden ser ostentados por la persona natural, como por ejemplo, el derecho a la integridad personal, el derecho a desarrollar libremente su personalidad, el derecho a la libertad, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, el derecho a guardar reserva sobre sus

convicciones políticas y religiosas, entre otros; pero, como expresé anteriormente, las personas jurídicas si tienen derechos constitucionales como por ejemplo el derecho a la propiedad, el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso. A pesar de que el ente jurídico actúa a través de una persona natural que es su representante legal, y que está conformada por personas naturales, no menos cierto que el ente formado es un ente distinto a los miembros que la constituyen, con un nombre propio, y contra de que se puede por ejemplo proponer un juicio.

Las corporaciones y fundaciones de derecho público no se rigen por las disposiciones del Código Civil, sino por leyes y reglamentos especiales.

La persona, jurídicamente hablando, es todo ser capaz de tener y contraer derechos y obligaciones. Cuando un grupo de individuos se unen con el fin de lograr un objetivo común, están dispuestos a cumplir obligaciones y ejercer derechos, se habla entonces de persona jurídica.

Como requisito para la creación de una persona jurídica es necesario que surja como una entidad independiente y distinta de los miembros individuales que la forman y que a esta entidad le sean reconocidas por el Estado sus derechos y obligaciones. Existen dos tipos de personas jurídicas:

1. Personas Jurídicas de Derecho Público: aquellas que representan a la autoridad en sus funciones administrativas (el Estado, las Municipalidades, etc.).
2. Personas Jurídicas de Derecho Privado: aquellas que dependen de la iniciativa particular, siendo de dos tipos:
 - 2.1. Las que persiguen fines de lucro llamadas Sociedades civiles y comerciales.
 - 2.2. Las que no persiguen ganancias, a saber las Corporaciones y las Fundaciones.

Las Corporaciones son personas jurídicas que no persiguen fines de lucro y que están formadas por un cierto número de personas asociadas para conseguir la realización de un fin o interés común.

Las Fundaciones si bien tienen un fin lícito de interés general, éste se realiza por medio de bienes determinados afectos permanentemente a su consecución. Ambas requieren la autorización del poder público.

⁵⁵En nuestro sistema jurídico, las personas jurídicas pueden ser de dos clases: Las que pertenecen o corresponden al sector público; y, las que corresponden al sector privado. Las primeras son creadas por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, o para la prestación de servicios públicos o para el desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, así como también nacen por acto legislativo seccional y con el propósito de prestar servicios públicos. Las segundas surgen de la voluntad de las personas naturales que se asocian con diversidad de propósitos y que reciben del Estado, a través de algún funcionario público, el reconocimiento correspondiente.

En cuanto a los atributos de la personalidad, puedo decir que la calidad de una persona supone ciertas características inherentes a la misma, de entre las cuales nos referiremos a las más importantes, las mismas que son:

1. CAPACIDAD DE GOCE.- entendemos como la aptitud para tener y adquirir derechos, así como contraer obligaciones por sí solo, sin autorización de otra. Junto a esta capacidad de detentar derechos, la misma que es una propiedad de todas las personas, nos encontramos frente a la capacidad de ejercicio, es decir, la capacidad para ejercer esos derechos, capacidad que no pueden detentarla todas las personas sino solamente aquellas que tienen la condición de discernir; es ahí, cuando nos encontramos frente a las personas incapaces, que constituyen la excepción a la generalidad, puesto que se encuentran impedidos de realizar actos jurídicos, teniendo

⁵⁵ Jurisprudencia de Casación; Gaceta Judicial Serie 16, No 13; Tercera Sala de lo Laboral y Social.

que ser otras personas las que a su nombre contraigan obligaciones y ejerzan sus derechos.

En el caso de la capacidad de goce de las personas jurídicas, éstas tienen las debidas limitaciones, ya que nos encontramos con derechos que únicamente los pueden ejercer las personas jurídicas, como son por ejemplo los derechos de familia. Si hablamos de la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas, diremos que las personas jurídicas no tienen capacidad para actuar por si solas, sino por medio de una persona natural, el representante legal.

Cabe aclarar que la capacidad de goce, por ser inherente a la persona, constituye un atributo de la personalidad, mas no, la capacidad de ejercicio. Esto quiere decir que, el individuo, por el hecho de carecer de capacidad de ejercicio, es decir, de estar impedido de ejercer ciertos actos jurídicos, de ninguna manera deja de poseer el atributo de la capacidad.

2. DOMICILIO.- en la materia que nos concierne, el domicilio es el asiento legal de una persona. Nuestro Código Civil considera al domicilio como la residencia acompañada, real o presuntamente, del ánimo de permanecer en ella, pudiendo ser de dos clases: político o civil, siendo el primero el relativo al territorio del estado en general; y, el segundo el relativo a una parte determinada del territorio del estado.

En el caso del domicilio de las personas jurídicas, ésta se refiere al lugar donde ésta tiene la administración de su sociedad y ejerce el comercio.

3. NACIONALIDAD.- La doctrina reconoce a la nacionalidad como atributo de la personalidad, siendo ésta el vínculo que liga a una persona con un estado determinado. Existen factores que determinan la nacionalidad de las personas naturales y ella dependerá del propio Estado, si se rige por el Ius Solis, es decir, los que reconocen como nacionales a los que nacen en el territorio del Estado; o, por el

Ius Sanguinis, que reconocen a los nacidos de padres nacionales, conocido también como derecho de sangre.

En el caso de las personas jurídicas, nos encontramos frente a un conflicto, ya que hay quienes sostienen que no es posible que éstas tengan nacionalidad, puesto que implica un vínculo afectivo de la persona con el Estado; y, hay quienes reconocen la nacionalidad en las personas jurídicas. Pero el problema radica principalmente en la determinación de la nacionalidad de los entes ficticios, existiendo la posibilidad de que la misma sea la de sus miembros o la mayoría de ellos, la del estado en cuyo territorio en el que se encuentra, o la del estado o establecimiento que aprueba al ente. Mi criterio muy personal al respecto es que a las personas jurídicas también deben reconocerles la nacionalidad, y que ésta debe ser la del país en la cual hayan sido constituidas, en nuestra legislación no lo reconoce expresamente, pero si tácitamente, como por ejemplo, la societaria divide a las compañías en nacionales y extranjeras, lo que quiere decir que al darles la característica de nacionales, se les está dotando de nacionalidad ecuatoriana.

4. NOMBRE.- Entendemos por nombre a la palabra con la que designamos a las personas o cosas, pudiendo distinguir el nombre civil, el seudónimo y el nombre comercial. El primero se refiere a aquel que individualiza a la persona en razón a la familia a la cual pertenece y que la distingue de los demás individuos; el segundo se refiere a un nombre supuesto que es utilizado para ocultar el verdadero; y, el tercero se refiere a la denominación bajo la cual la persona ejerce el comercio.

5. ESTADO CIVIL.- El artículo 349 de nuestro Código Civil, define al estado civil como la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles. Hay quienes consideran que este concepto es muy amplio, definiéndolo de mejor manera como ⁵⁶ la posición permanente que un individuo ocupa en la sociedad, en orden a sus relaciones de familia, en cuanto le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles.

⁵⁶ PARRAGUEZ RUIZ, Op cit, pag. 149.

El “estado civil” de una persona emerge no tanto de sus “relaciones familiares” en general, sino de que tenga o no una relación marital legalmente autorizada (soltero, casado, divorciado, viudo, unión libre, etc.).

En cuanto a las personas jurídicas, es absurdo hablar de estado civil.

6. PATRIMONIO.- Lo entendemos como el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, dicho de otro modo, todos los bienes y obligaciones de una persona; su activo y su pasivo. Todas las personas cuentan con un patrimonio, en distintas cuantías, pues siempre existe esa aptitud para poseer bienes y contraer obligaciones.

Tanto las personas naturales como las personas jurídicas tienen patrimonio.

CAPITULO V

DEMANDA O ACCIÓN DE INCOSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO REALIZADO POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS O DE ACTOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS POR PERSONAS PRIVADAS, CONCESIONARIAS SE SERVICIOS PÚBLICOS.-

1.- GENERALIDADES.-

Para referirnos al concepto de demanda de inconstitucionalidad, debemos primero conocer el concepto de demanda, el mismo que lo encontramos en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil: *“Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud que ha de ser materia principal del fallo.”*

En materia constitucional entendemos a la Inconstitucionalidad como el vicio o defecto que tiene una norma, ya sea por acción u omisión, que viola directamente la Constitución.

Como ya se estudió en el Capítulo III, el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en su artículo 65, define al acto administrativo de la siguiente manera: *“Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”*.

La irregularidad del acto administrativo puede ser de dos clases: la primera cuando infringe una norma infraconstitucional, es decir, una ley, reglamento, ordenanza, acuerdo, etc; y, la segunda cuando el acto vulnera una norma constitucional. En el primer caso, procede la impugnación del acto mediante el recurso contencioso administrativo, pero en el segundo caso, procede la demanda de inconstitucionalidad.

Todas las normas legales tienen base en un precepto constitucional y toda infracción afecta directa o indirectamente a la Constitución, es decir, toda ilegalidad,

implica una inconstitucionalidad, en cuanto esta ilegalidad afecte directa o indirectamente a la Constitución. Por lo tanto, este principio de inmediatez sería el precedente para optar por la vía contencioso administrativa o por la vía constitucional, pues si un acto viola de modo inmediato la norma constitucional, procedería la demanda de inconstitucionalidad.

Con lo anteriormente expuesto, podemos aludir a que la ⁵⁷demanda de inconstitucionalidad es aquella que tiene por objeto alcanzar que el órgano estatal competente declare la invalidez de las normas que no se ajustan, en el fondo o en la forma, a la Constitución, y expulse en consecuencia del ordenamiento jurídico vigente a las normas que contienen irregularidades. La demanda de inconstitucionalidad constituye, así, el medio procesal que asegura la eficacia del principio de supremacía constitucional.

Hay polémica en el aspecto de si debemos hablar de recuso de inconstitucionalidad, acción de inconstitucionalidad o demanda de inconstitucionalidad, y para aclarar el asunto, considero menester mencionar al tratadista Hugo Ordóñez Espinosa, quien en su obra ⁵⁸“La demanda de inconstitucionalidad en el Ecuador”, explica que la denominación demanda de inconstitucionalidad no aparece en ningún texto de estudio del derecho positivo ecuatoriano anterior a la Constitución Política vigente y nos remontamos entonces al Estatuto Transitorio del Control Constitucional, promulgado mediante Registro Oficial No. 176 del 26 de abril de 1992, en el cual se dedicó la sección II del Título II, a las Demandas contra normas inconstitucionales. Esta denominación aparece en el cuarto artículo innumerado de la Sección II del Título I, De la Jerarquía y Control del Orden Jurídico, de la Tercera Parte de las Reformas a la Constitución Política de la República, promulgadas en el Registro Oficial 863 del 16 de enero de 1996, artículo que en la Constitución vigente corresponde al 177, cuando empieza “...*La demanda de Inconstitucionalidad podrá ser presentada por...*”, este es un reconocimiento expreso de la existencia de la demanda de inconstitucionalidad en

⁵⁷ ORDÓÑEZ ESPINOZA, Hugo; “*La Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador*”; Editorial Pudeleco S.A.; 1 edición; Quito; 1997; pag. 91, 92.

⁵⁸ ORDOÑEZ ESPINOSA; Op. Cit. pag. 89 y ss.

nuestro ordenamiento jurídico, además encontramos este término en otras normas legales como son el Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, la Ley de Control Constitucional.

La demanda de inconstitucionalidad es aquella que tiene por objeto alcanzar que el órgano estatal competente declare la invalidez de los actos que no se ajustan, en el fondo o en la forma, a la Constitución y que los expulse del ordenamiento jurídico vigente. Es por lo tanto la demanda de inconstitucionalidad, el medio procesal que asegura la eficacia del principio de supremacía constitucional.

Es un proceso constitucional que tiene como finalidad que los actos administrativos emitidos por los funcionarios públicos no contravengan a la Constitución. Se presenta al Tribunal Constitucional quien resuelve en instancia única y declara en su sentencia si la norma que ha sido impugnada, efectivamente, contradice o no la Constitución.

Nuestra Constitución Política faculta al Tribunal Constitucional vigilar la constitucionalidad tanto de los actos normativos como de los actos administrativos provenientes de toda autoridad pública. En el segundo caso, que es nuestro tema de estudio, los efectos del acto administrativo afectan de manera particular a determinados sujetos, en un asunto concreto y particular, radicando la competencia para resolver en una de las Salas del Tribunal, diferenciándose del primer caso en que la competencia de la demanda de inconstitucionalidad de los actos normativos corresponde al Tribunal en Pleno.

2.- PROCEDENCIA.-

En uno de los capítulos anteriores me referí ya al concepto de acto administrativo, por lo que ahora me referiré a su irregularidad, la misma que puede ser de dos clases:

1. En la que el acto infringe una norma infraconstitucional, como un reglamento, ordenanza, etc. En este caso, de conformidad al artículo 3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, se planteará un recurso contencioso administrativo.
2. En la que el acto vulnera una norma constitucional. En este caso, se planteará una demanda de inconstitucionalidad, la misma que es objeto de nuestro estudio.

Todas las normas legales tienen su base, de una u otra forma, en la Constitución, por lo que toda irregularidad o infracción que cometan dichas normas, van a infringir en mayor o menor grado a la Constitución. Por lo tanto, la procedencia del recurso contencioso administrativo o de la demanda de inconstitucionalidad, sería la de la inmediatez del precepto constitucional infringido, porque en el caso de que el acto administrativo viole de manera inmediata la norma constitucional, procede la demanda de inconstitucionalidad; en el caso de que no sea de manera inmediata, procede el recurso contencioso administrativo.

3. QUIENES PUEDEN PLANTEAR LA ACCIÓN O DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

De conformidad al artículo 277 de la Constitución Política de la República, las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por:

- 1.- El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros;
- 2.- La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno;
- 3.- Los consejos provinciales o los concejos municipales;
- 4.- Mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia;

De conformidad con el artículo 23 de la Ley de Control Constitucional, tienen legitimidad para demandar la inconstitucionalidad de un acto administrativo de autoridad pública:

- 1.- El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros;
- 2.- El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno;
- 3.- Los consejos provinciales o los concejos municipales.
- 4.- Mil ciudadanos cuya identidad se acreditará con las copias de sus respectivas cédulas de ciudadanía.
- 5.- Cualquier persona en la forma prevista en la Constitución Política de la República y esta Ley previo informe Del Defensor del Pueblo sobre la procedencia de la demanda, el que deberá ser emitido en el término de quince días.

Podemos darnos cuenta, que la legitimación para plantear la demanda de inconstitucionalidad de los actos administrativos no recae en personas como por ejemplo el Presidente de la República, quien si está legitimado para demandar la inconstitucionalidad de lo enunciado en el numeral 1 del artículo 276 de la Constitución Política de la República, tampoco pueden plantearla los Ministros, lo que concuerdo con el criterio que ⁵⁹ esto no es acertado ya que los actos administrativos no solo provienen de la Función Ejecutiva. Si así fuese, se justificaría su exclusión porque de encontrar inconstitucionalidad en algún acto administrativo, simplemente se lo podría revocar. Pero los actos administrativos también provienen de las otras funciones públicas, de personas jurídicas autónomas y de diversas entidades administrativas que no integran la Función Judicial.

⁵⁹ BENALCÁZAR GUERRÓN; Op. Cit. pag. 69.

4. ORGANISMO COMPETENTE PARA CONOCER, TRAMITAR Y RESOLVER LA ACCIÓN O DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

En cuanto a la demanda de inconstitucionalidad, el artículo 276 de nuestra Constitución alude a que es competencia del Tribunal Constitucional, en lo que nos compete:

b) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.

Es pertinente referirnos al artículo 62 de la Ley de Control Constitucional, el mismo da competencia al Tribunal Constitucional para conocer las demandas de inconstitucionalidad de los actos administrativos a través de una de sus Salas.

5.- CONTENIDO DE LA ACCIÓN DE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

La demanda de inconstitucionalidad de los actos administrativos deberá ser clara y completa; y, al tenor de los artículos 13 y 14 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional, contendrá:

a) Los nombres y apellidos del demandante, cuando éste sea persona natural y del representante legal cuando fuere persona jurídica; se acompañará el informe favorable del Defensor del Pueblo, sobre la procedencia.

Cuando la demanda fuere presentada por el Presidente de la República, del Congreso o de la Corte Suprema de Justicia, éstos adjuntarán su nombramiento, así como el acta certificada de la sesión en la que se tomó dicha resolución, en el caso de los dos últimos funcionarios.

Si la demanda fuere presentada por mil ciudadanos o más, el procurador común acreditará sus generales de ley y se agregará la nómina de los mil o más ciudadanos en goce de derechos políticos, haciendo constar en el encabezado de cada una de las hojas, el hecho de que dichos ciudadanos demandan la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

- b) La determinación de la autoridad u órgano que expidió el acto administrativo, así como del lugar donde debe correrse traslado con la demanda;
- c) La determinación clara y precisa del acto administrativo impugnado y el original o copia certificada del documento en que se lo haya emitido, en cuanto fuere posible;
- d) La fundamentación de hecho y de derecho que determine la violación alegada del o de los preceptos constitucionales;
- e) Las pruebas en que funda su pretensión jurídica, de ser el caso;
- f) La petición clara, concreta y determinada de que se declare inconstitucional el acto impugnado; y,
- g) La firma o huella digital del o de los demandantes. Además la firma del abogado que patrocina y el señalamiento del casillero constitucional.

La demanda se presentará en original y cuatro copias.

Para un mejor entendimiento, podemos recurrir a un ⁶⁰ejemplo de demanda de inconstitucionalidad de un acto administrativo (ver anexo 1).

⁶⁰ Caso No. 0008-03-TC

6. PROCEDIMIENTO.-

El procedimiento de la inconstitucional de los actos administrativos se encuentra previsto en el artículo 25 de la Ley de Control Constitucional, el mismo que se remite a los artículos 19, 20 y 21 de la misma norma legal, y que a continuación detallo:

- 1) Presentación de la demanda, la misma que deberá expresar con claridad y precisión los fundamentos de hecho y de derecho de la pretensión del accionante.
- 2) Calificación de la demanda por parte del Tribunal, el que la calificará en el término de tres días, si fuere clara y completa; de lo contrario, mandará aclararla o completarla en igual término.
- 3) Citación al órgano que hubiese sancionado o expedido la norma jurídica impugnada; para que la conteste en el término de quince días. Tanto a la demanda como a la contestación deberán agregarse las pruebas de los actos o hechos que las fundamenten; salvo cuando se discutan asuntos de puro derecho en los que no se requiera la presentación de pruebas.
- 4) Cuando una de las partes lo solicite expresamente el Tribunal Constitucional podrá convocar a una audiencia pública para que las partes expongan oralmente, por una sola vez, durante treinta minutos cada una.
- 5) Resolución dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento del término para contestar la demanda o de aquella fijada para la audiencia pública.

Si queremos estudiar más a fondo el trámite de la demanda de inconstitucionalidad de los actos administrativos, nos referiremos al Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, que a partir de su artículo 17 lo explica lo explica minuciosamente:

- 1) Presentada la Demanda, la Secretaría General procederá a ordenar y foliar la demanda y sus anexos. Los expedientes así organizados serán puestos hasta el día hábil siguiente, a consideración de la Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal, la cual calificará la demanda dentro de los tres días hábiles siguientes.
- 2) El Secretario General, al momento de presentar los documentos a dicha Comisión, certificará si los accionantes con anterioridad, han presentado una demanda sobre el mismo caso y revisará las firmas y copias de las cédulas, con el sistema de muestreo. La Comisión únicamente calificará las demandas que le remita la Secretaría General, pero el análisis de la competencia, le corresponderá a la respectiva Sala o al Pleno, según el caso.
- 3) La Comisión, de encontrar clara y completa la demanda, la calificará y ordenará que se proceda al sorteo; caso contrario, mediante providencia, mandará a aclararla o completarla, en el término de tres días.

En caso de encontrar que la demanda no reúne los requisitos determinados en el artículo 14 o que no es procedente en cuanto a su pretensión jurídica, resolverá su inadmisión; decisión de la cual podrá recurrirse ante el pleno del Tribunal, en el término de 3 días. En este caso podrá presentarse una nueva demanda cumpliendo todos los requisitos exigidos.

4) Admitida a trámite la demanda por la Comisión, el Presidente del Tribunal ordenará que se proceda al sorteo con la presencia de los Presidentes de Sala o, de un vocal de la respectiva sala cuando no estuviere presente su Presidente.

5) Sorteadas las causas, el Secretario General remitirá los expedientes al respectivo Presidente de Sala, para el trámite correspondiente.

Los Secretarios de Sala recibirán las causas, emitiendo la fe de presentación en la que conste el día y hora de recepción del proceso.

6) Recibidos los expedientes, los Secretarios de Sala, los registrarán y asignarán las causas.

7) Las Salas, mediante providencia avocarán conocimiento de las causas que les hubieren llegado por sorteo y correrán traslado con el contenido de la demanda a la autoridad que hubiese sancionado y/o expedido el acto administrativo impugnado, para que informe dentro del término legal previsto.

8) El proyecto de resolución deberá contener las siguientes partes: los antecedentes, en donde se expresará resumidamente la pretensión, y la o las contestaciones o informes; los considerandos, con los fundamentos o motivación del fallo; la parte resolutive propiamente dicha; y, el nombre y firma del magistrado ponente.

El voto salvado que emita un vocal, se expresará por separado y precisará los puntos de discrepancia respecto de la resolución de mayoría.

9) En caso de existir voto salvado la Secretaría de la Sala, con oficio enviará el expediente a la Secretaría General, la que, inmediatamente de recibido el proceso, notificará a las partes con la recepción del mismo, señalando que el caso pasará a conocimiento y resolución del Pleno del Tribunal.

10) La Secretaría General enviará copia del informe aprobado por la Sala y el voto salvado de ser el caso, a todos los Magistrados con la respectiva convocatoria, por lo menos con 72 horas de anticipación a la fecha de conocimiento del caso en el Pleno.

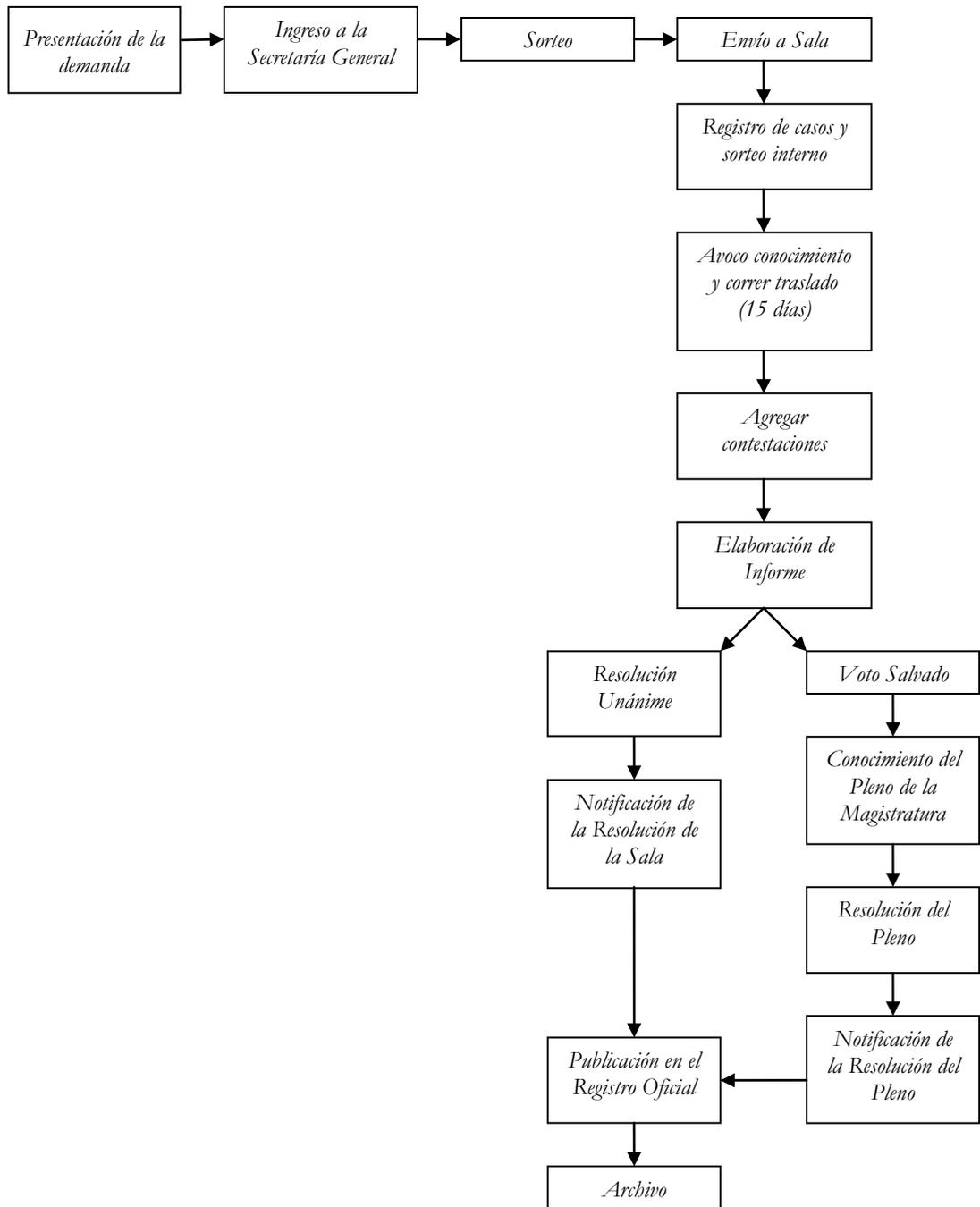
Si la Comisión no emitiera el informe referido, el Presidente del Tribunal dispondrá la inclusión del caso, en el orden del día de la sesión del Tribunal en que corresponda emitir la resolución pertinente. Para el efecto, el Presidente podrá solicitar a cualquiera de los Vocales que emita un criterio por escrito y en casos urgentes o especiales, el Tribunal puede recibir informes verbales.

La Sala se pronunciará en el término de quince días, contados desde la fecha en que la autoridad que expidió el acto impugnado emitió el informe o la

contestación respectiva, o desde que se venció el término para informar; o desde la fecha fijada para la audiencia pública.

11) La resolución aprobada por el Pleno, con el voto conforme de por lo menos cinco vocales, la firmará el Presidente del Tribunal; y, el Secretario General dará fe de su contenido, así como de la fecha de aprobación y de la forma de votación, con expresión de los nombres de los vocales que han votado, y de quienes no estuvieron presentes. En caso de existir un voto salvado o voto concurrente, el proceso de remite al Pleno del Tribunal para que la confirme o rectifique.

12) El Secretario General del Tribunal agregará al proceso copia fotostática debidamente certificada de la publicación de la resolución en el Registro Oficial, previo al envío del caso al archivo general.



7. RESOLUCIÓN.-

La resolución de la demanda de inconstitucionalidad se dictará dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento del término para contestar la demanda o de aquella fijada para audiencia pública.

8. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

No se podrá interponer recurso alguno de la declaratoria de inconstitucionalidad y no tiene efecto retroactivo, deja sin efecto la norma o acto desde que entra en vigencia, es decir, desde que causa ejecutoria y es promulgada en el Registro Oficial. El artículo 278 de la Constitución Política de la República, dispone: *“La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno. Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley. ”*.

La resolución del Tribunal que declare la inconstitucionalidad del acto administrativo, conlleva la revocatoria y la extinción del mismo, es decir, el acto administrativo no puede ser invocado o aplicado en el futuro. Dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas firmes creadas, al amparo de dicho acto administrativo, antes de su revocatoria.

El artículo 176 de la Constitución Política establece: *“La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y podrá ser promulgada en el Registro Oficial, desde cuya fecha entrará en vigencia, dejando sin efecto la disposición y el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni de*

ella habrá recurso alguno.”. Que causa ejecutoria quiere decir que es firme, que tiene autoridad de cosa juzgada; y, en lo que respecta a que no tendrá efecto retroactivo, uno de los principios de la ley, es el principio de irretroactividad, es decir que la ley no dispone sino para lo venidero, pero hay que tomar en cuenta lo que expresa el tratadista Hugo Ordóñez Espinosa en su obra *La Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador* manifiesta que ⁶¹la declaración de inconstitucionalidad deja sin efecto la disposición y el acto declarado inconstitucional, es decir los deroga con la misma fuerza y validez con que podría derogarlos, invalidarlos, privarles de efectos, una ley derogatoria. Por lo tanto, el efecto retroactivo de la demanda de inconstitucionalidad no es exacta, que es equivocado negar de tal forma el efecto retroactivo, puesto que hay que regirse a las 23 reglas de la irretroactividad de la ley, establecida en el artículo 7 de del Código Civil.

Es menester referirnos a la inconstitucionalidad como causa de nulidad de los actos administrativos, y para esto nos remitiremos una vez más, al artículo 272, inciso primero de nuestra Constitución Política, la misma que dispone: *“La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones”*. Frente a esta disposición, que señala que no tendrán valor los actos que contradigan o alteren sus prescripciones, nos encontramos con una causal de nulidad absoluta de los actos administrativos, la misma que trae ciertas consecuencias como la ineficacia ipso iure, la no convalidación, los efectos erga omnes, la no presunción de legitimidad y, los efectos ex tunc, consecuencias que fueron explicadas de manera individual y extensa en el capítulo referente a los actos administrativos.

⁶¹ ORDÓÑEZ ESPINOSA, Hugo; *“La Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador”*; Pudeleco Editores; Quito, 1997; pag. 35.

⁶²El vicio específico de inconstitucionalidad podría definirse en términos por demás evidentes: la transgresión de un precepto constitucional o la inconformidad o violación de la Constitución o de sus postulados fundamentales. Sin embargo, la práctica demuestra, pese a la evidencia apuntada, frecuentes confusiones o las consabidas “deducciones” que quieren encontrar violaciones a la Constitución en cualquier infracción, por más reglamentaria que fuese. La Constitución, como es conocido, tiene una estructura altamente dogmática y se ocupa de los principios y normas superiores de organización, carácter que determina su carácter amplio y omnicompreensivo. Pero dichos principios y normas superiores deben ser desarrollados en la legislación secundaria, o bien puede suceder que la misma Constitución expresamente se remite a la ley para dicho desarrollo. Por ejemplo, bien es verdad que la Constitución reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, pero las condiciones para acceder a la justicia, deben ser precisadas por las leyes procesales, pues no es función de la Constitución determinar la oportunidad en la que se debe proponer una demanda, o el contenido de la misma o las normas de legitimación. Otra cosa es que dichas condiciones deben ser asonables sin que se produzca indefensión, como establece la Constitución. Por todo ello, es menester la figura de análisis respecto a la categoría de la norma de que se trate, pues sucede en muchos casos que las pretendidas “inconstitucionalidades” no presentan sino una violación a preceptos de rango legal “o incluso reglamentario”. En síntesis, podría afirmarse que una inconstitucionalidad en toda regla se presenta cuando existe la trasgresión directa e inmediata de un precepto o principio constitucional, no cuando es por reflejo o incidencia directa.

Es menester también diferenciar las consecuencias al declarar la inconstitucionalidad de una norma y la inconstitucionalidad de un acto administrativo, ya que no son las mismas. Recalcamos que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad tanto de las normas como de los actos administrativos son, como lo dispone el artículo 278 de la Constitución, referido anteriormente, dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional, no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

⁶² BENALCÁZAR GUERRON, Op. Cit. pag. 62 y 63.

Estamos de acuerdo en que la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas no tengan efecto retroactivo ⁶³en atención a que esta incorpora una regla de conducta de modo abstracto, general e impersonal, y tal efecto retroactivo en su declaratoria de inconstitucionalidad genera una inaceptable inseguridad jurídica en todo el ámbito de las relaciones jurídicas en que tiene aplicación la norma.

Distinto ocurre en el caso de los actos administrativos, ya que como lo estudiamos anteriormente, estos actos se refieren a un asunto en particular y concreto, con efectos jurídicos para determinada o determinadas personas, es decir, que al no tener efectos retroactivos, no se repararían los daños causados por la emanación de dicho acto. ⁶⁴La declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos no puede tener efectos *ex nunc*, por tratarse de una causa de nulidad absoluta, a menos que la Constitución tolere su propia violación y se permita que las consecuencias del acto se mantengan. Pero si se dice que la tal declaratoria conlleva una revocatoria, "sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales", que el acto no es convalidable, que nunca debió producir efectos, justamente porque una revocatoria, si se quiere ser coherentes, expulsa del mundo jurídico al acto. Por otra parte, considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos no produce efectos *ex tunc*, significa también un atentado contra los principios fundamentales de subordinación al Derecho y de responsabilidad jurídica que guían la Administración Pública, y que son propios y connatural es al Estado de Derecho. Concretamente, habría una incongruencia con el postulado del artículo 119 de la Constitución, pues si la Administración está sometida al Derecho, empezando por la Constitución, de ningún modo puede ir contra su principio fundamental y tolerar la presencia de un acto suyo que resulta inconstitucional. La nulidad absoluta produce efectos *ex tunc*, pues la gravedad del vicio determina la ineptitud, *ab initio*, del acto administrativo para la producción de los efectos que pretende. Sin embargo, también es preciso considerar la situación de terceros de buena fe, a quienes puede afectar la declaratoria de inconstitucionalidad. La doctrina ha mostrado especial preocupación por la

⁶³ BENALCÁZAR GUERRÓN; Op. Cit. pag. 75.

⁶⁴ BENALCÁZAR GUERRÓN; Op. Cit. pag. 76 y 77.

retroactividad de una revocatoria que afecta a las personas que, por alguna circunstancia, estuvieron en la posibilidad de confiar en la regularidad de los actos de la Administración. Si el motivo de confianza es suficientemente razonable y fundamentado, dichas personas no pueden quedar desamparadas, en principio. Tal parece que esta es la intención de la Constitución y de la Ley del Control Constitucional. No obstante, en materia constitucional debe hacerse la debida ponderación para resolver el problema. En primer término, insistimos que la declaratoria de inconstitucionalidad debe tener efectos *ex tunc*. El vicio es de tal magnitud que afecta, nada menos, que a los postulados fundamentales sobre los que se asienta todo el orden jurídico. La solución, en nuestro criterio, es que la Administración asuma las consecuencias de la revocatoria en toda su dimensión, pues no puede aprovecharse de ningún modo de su propia torpeza. En tal sentido, se aplicaría el artículo 20 de la Constitución para indemnizar a los particulares que de buena fe confiaron en el acto inconstitucional. Pero el acto debe extinguirse con efectos *ex tunc*, sin que dichos particulares puedan consagrar en su beneficio la inconstitucionalidad declarada, con la criticable solución, que de ningún modo aprecia los valores en juego, de decir que las situaciones jurídicas quedan firmes o que la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos *ex nunc*.

CAPITULO VI

RECURSO DE AMPARO

1. GENERALIDADES.-

Es sumamente complejo el tema de la violación de las normas constitucionales por los funcionarios públicos ya que es, en la práctica, se supone que éstos se encuentran sujetos a un control, llamado control constitucional, ya mencionado en el capítulo que trata de la supremacía de la Constitución, control que no permite que se transgredan las normas consagradas en la misma. Por tanto, existen garantías constitucionales que a solicitud del perjudicado, analiza la constitucionalidad de los actos, declarándolos nulos y primándolos de sus efectos, de encontrarlos no conformes o transgresores de la Constitución Política de la República.

El Recurso de Amparo es una garantía constitucional, que a través de un proceso, tiene por finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona, con excepción de los que protegen el Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data, ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular (el amparo protege derechos como, por ejemplo, el derecho de asociación, a la libertad de contratación, el derecho al debido proceso). Lo puede presentar el mismo afectado o cualquiera otra persona en su nombre. Si el Juez comprueba, efectivamente, violaciones a derechos, ordena que los actos violatorios se suspendan inmediatamente.

El amparo es el medio jurídico del cual dispone cualquier gobernado para obtener en su beneficio la observancia de la Constitución contra cualquier autoridad pública Estado que pretenda violarla, y por ello, como medio de ajustar la actuación de los órganos del Estado a los preceptos de la Carta Magna que los formó, es necesario el establecimiento de los medios necesarios para su cumplimiento en el mismo texto Constitucional.

La acción de amparo constitucional ⁶⁵ es el más importante mecanismo para hacer efectiva la plena vigencia de los derechos que la Constitución protege, todo se centra en el interés de evitar que la actuación de la Administración Pública, que goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad pueda producir daños a los administrados.

La estructura jurídica del Estado ha reposado sobre el principio de que los actos administrativos se presumen legítimos y válidos, es decir, dictados por funcionario competente, dentro del ámbito de sus facultades previamente otorgados por la Constitución o la ley, con la debida motivación, y con los fines acordes al ordenamiento, cumpliendo con las formalidades previstas para cada caso y dentro de los términos que la legislación establece.

Si el acto no cumple con los requisitos de validez y eficacia, éste puede ser impugnado. En caso de la impugnación, las disposiciones han cambiado, en principio, podía ser impugnado ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, los que no podían suspender la ejecución del acto, por lo que en la mayoría de los casos el amparo no era eficaz, ya que los efectos que el acto produjo ya se habían consumado, teniendo que el recurrente plantear una acción de daños y perjuicios.

Posteriormente el perjudicado podía recurrir a la Función Judicial que la Ley designara para requerir la adopción de medidas urgentes para hacer cesar o evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias del acto ilegítimo, que viole cualquiera de los derechos constitucionales que pudiera causar un daño inminente o irreparable.

Con la Constitución actual, el amparo pasa a ser una acción autónoma directa, por lo que se convierte en la principal vía para hacer respetar las disposiciones constitucionales, según las cuales el fin del Estado es la protección de las garantías y derechos que la Constitución consagra. En consecuencia, con un procedimiento

⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Op. Cit. pag. 241.

sumario se puede destruir la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

En resumen, el Recurso de Amparo Constitucional fue introducido en nuestra Constitución Política el 16 de enero de 1996, fecha en la que se promulgaron las reformas constitucionales debatidas y aprobadas en 1995. El Ecuador ha sido uno de los últimos países de América Latina que acogió este recurso, pero no podemos olvidar que nuestra Constitución de 1967 ya lo había previsto.

Conforme a lo establecido en el Artículo 46 de la Ley de Control Constitucional, el recurso de amparo *“tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos. También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior”*.

Nos podemos remitir al Tribunal Constitucional, órgano con jurisdicción en todo el territorio nacional, competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades fundamentales, de los conflictos de competencia entre determinados órganos del Estado, entre otras.

Existe la controversia respecto de que si el Amparo Constitucional es un recurso o una acción, siendo que el primer término significa regreso al punto de partida y en términos jurídicos es el recorrido que se hace mediante otra instancia, como medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso, es decir es una revisión de un asunto previamente conocido, como es el recurso de apelación,

casación, reposición, revisión. Por lo dicho, concluimos en que el Amparo no es un recurso, como lo denomina la Ley de Control Constitucional, sino una acción, como acertadamente lo denomina nuestra Constitución.

La acción de Amparo Constitucional está consagrada en el artículo 95 de la Constitución Política, que establece: *“Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto u omisión hubieren sido causados que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles...”*.

Esta norma constitucional da al recurso de amparo las características de preferente y sumaria, procederé entonces para un mejor entendimiento, al análisis de estas características:

1.- **PREFERENTE.**- ya que el juez debe postergar la atención de cualquier otro proceso para dar trámite al de amparo, es decir, que su sustanciación será anterior a cualquiera otra causa, aunque ésta se haya presentado previamente. El término preferente implica tres aspectos fundamentales:

- a) Un mandato a juez o tribunal de instancia;

- b) Dicha orden de dar prelación y calificar de urgente a la acción de amparo; y,
- c) Lo que conduce a su tramitación en forma anterior a cualquier otra interpuesta con fecha previa.

2.- **SUMARIO.-** En el proceso de amparo, esta característica comprende dos sentidos:

- a) La celeridad.- agilidad del proceso, es decir que no se impongan reglas indebidas que obstruyan la sustanciación del proceso, que el tiempo utilizado debe ser el menor posible, la actuación del Juez debe ser ágil. Es pertinente referirnos al inciso final del artículo 95 de la Constitución Política de la República, el mismo que dispone: “No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho”.
- b) La limitación del juicio que debe instituir el juzgador.- se refiere al objeto del juicio, es decir, la protección de los derechos de la persona y de las cuestiones vinculadas al contenido de los mismos.

La naturaleza preferente y sumaria del recurso de amparo es una de las diferencias para con la acción contenciosa administrativa ordinaria por varias razones:

- 1.- No es necesaria la existencia de un procedimiento administrativo previo, es decir, en sede administrativa;
- 2.- Se puede suspender cautelarmente el efecto del acto administrativo;
- 3.- Se acortan los plazos;
- 4.- La convocatoria a la autoridad es inmediata, no hay citación;
- 5.- Si no comparece la autoridad, el procedimiento continúa;
- 6.- No se precisan los trámites de admisión, pruebas y alegaciones propios del contencioso administrativo común; y,
- 7.- El procedimiento es urgente.

⁶⁶La característica de preferente es un mandato al legislador para que la norma constitucional logre un desarrollo legislativo con una finalidad inexcusable: la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales en forma urgente, rápida y preferente, de tal modo que cualquier causa pendiente en una judicatura no retarde el desarrollo del proceso de amparo. La norma constitucional impone una serie de condiciones procesales para garantizar la sumariedad del trámite, a saber:

- a) Prohibición al juez de inhibirse.
- b) Habilitación de todos los días.
- c) Convocatoria a la autoridad y a terceros, más no citación.
- d) Audiencia en no más de 24 horas posteriores a la convocatoria.
- e) Posibilidad de suspensión de acto denunciado como lesivo al ejercicio de un derecho, en la misma providencia que ordena la convocatoria.
- f) Audiencia en la cual se sustancian las pruebas y se oye al actor y al autor del acto.
- g) Resolución dentro de las 48 horas siguientes.

Podemos entonces afirmar que existe un sólo proceso de amparo y con un solo procedimiento preferente y sumario que debe seguirse, cualquiera que sea la materia sobre la cual verse la lesión al derecho fundamental, los jueces asumen la competencia de conocer el amparo sin importar la naturaleza del derecho violado, ya que nos encontramos frente a una acción autónoma que genera un único proceso constitucional especial, determinado y específico y que no depende de ningún otro de deba cumplirse con anterioridad.

El doctrinario Dalton Bacigalupo, en su exposición constante en la obra *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*, sostiene una teoría que a mi parecer es muy acertada, la misma que dice que ⁶⁷si bien la actual disposición constitucional es un acierto en materia de amparo, no es menos cierto que es incompleto, pues el artículo 95 de la actual Constitución Política se circunscribe a que puede plantearse el amparo ante un acto u omisión ilegítimos de

⁶⁶ ZABALA EGAS, Jorge; *“Derecho Constitucional”*; tomo II; editorial Edino; Guayaquil; 2002; pag. 180.

⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Op. Cit. Pag. 390

una autoridad que vulnere cualquiera de los derechos consagrados en la Constitución, o que también podrá presentar acción de amparo en contra de particulares cuando su conducta afecte directa y gravemente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. En mi criterio falta completar el ámbito del amparo, permitiendo que también se pueda plantearlo por violaciones de derechos constitucionales provenientes de particulares, aunque necesariamente no se violenten derechos colectivos o derechos comunitarios o derechos difusos.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta en cuanto nos referimos al Amparo, es el hecho que su planteamiento por parte de personas jurídicas, y entonces me referiré al criterio del Tribunal Constitucional, el mismo que se pronuncia en el sentido de que esta acción ha sido concedida para proteger los derechos de la persona humana, es decir de la persona natural. Manifiesta que no está incluido de modo expreso en el amparo a las personas jurídicas. Hace referencia al artículo 95 de la Constitución, el mismo que la parte pertinente expresa: *“por sus propios derechos o el representante legitimado de una colectividad”* puede proponer el amparo. Según el Tribunal, la expresión "colectividad" no debe ser tomada como sinónimo de persona jurídica, pues la misma es una agrupación unida por lazos específicos. Esto no significa que las personas jurídicas queden excluidas para proponer una acción de amparo, pero si se deberá en el caso concreto, examinar cuidadosamente cuáles son los derechos humanos que tal ente jurídico alega que le fueron violados, y esta violación tiene que ser directa y no como resultado indirecto que surge del incumplimiento de la Ley.

Al respecto, mi criterio muy personal es que la Constitución señala que cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. La norma Constitucional, no hace distinción alguna en cuanto a que clase de persona se refiere, si es natural o jurídica, nacional o extranjera. Si bien las resoluciones del Tribunal Constitucional restringen a la legitimación activa del amparo solamente a las personas naturales, y a las personas jurídicas solamente cuando se las faculta expresamente, concuerdo con el criterio de

Rafael Oyarte Martínez, que expone las razones por las cuales las personas jurídicas pueden interponer el Amparo Constitucional, siendo las siguientes: ⁶⁸

1.- La Constitución no solo reconoce derechos humanos sino derechos fundamentales, y la protección amplia de estos derechos también favorece a las personas jurídicas, las mismas que gozan y ejercen ciertos derechos subjetivos constitucionales como, por ejemplo, el derecho de propiedad, la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, el debido proceso, la libertad de contratación y la libertad de empresa. La Constitución ecuatoriana no reserva la acción de amparo únicamente para proteger derechos humanos, sino respecto de "cualquier derecho consagrado en la Constitución...", por lo que no se lo puede restringir por esta consideración.

2.- Es más, la razón de existencia de una persona jurídica es, precisamente, la persona natural que la integra, y al momento de vulnerar un derecho fundamental de una persona jurídica, indirectamente se vulneran los derechos fundamentales de las personas que la conforman.

3.- Por otra parte, la Constitución, al establecer la garantía constitucional del amparo no hace distinciones en cuanto la clase de personas que están legitimadas, por lo que, aplicando el aforismo que señala "donde la ley no distingue no le es lícito al interprete distinguir", no se podría discriminar a las personas que pueden proteger sus derechos a través de esta acción apartando a las personas jurídicas del ámbito de aplicación del amparo.

Dicha distinción, además, sería violatoria de la regla de la interpretación constitucional consagrada en nuestro Código Político que señala que "en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia" lo que significa que los derechos y garantías constitucionales deben ser interpretados de manera amplia y no restringida como en apariencia se establecería en los fallos en comento.

⁶⁸ OYARTE MARTÍNEZ, Rafael; *“Manual de Amparo Constitucional”*; Guía de Litigio Constitucional; tomo III; Corporación Latinoamericana para el Desarrollo; Quito; pags. 22 a 25.

Dicha reflexión se encuentra reforzada por la orden constitucional de que "ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos". Las personas tienen derecho de acción, según la Ley Suprema, tanto a través del reconocido derecho de petición como por la garantía expresa al debido proceso para acceder a los órganos judiciales en defensa de sus derechos, por lo que no se podría restringir el acceso a la acción de amparo a favor de personas jurídicas.

4.- Ciertamente es que, en defensa de los derechos de una persona jurídica, se hace inaceptable la interposición de un amparo por parte de un "representante legitimado de una colectividad", pues esta posibilidad se reserva, exclusivamente, por parte del texto constitucional, a la defensa de los derechos colectivos, es decir, para las acciones de clase. Las personas jurídicas son sujetos de derechos y obligaciones y su voluntad se expresa por parte de sus órganos, conformados por personas naturales, pero se debe tener presente que estas personas jurídicas actúan en el mundo del derecho, se las puede hacer responsables y conforman una persona distinta de la de sus socios individualmente considerados.

⁶⁹ *“La acción de Amparo Constitucional no es medio procesal supletorio que opera a falta o insuficiencia de los medios procesales de la justicia ordinaria; por el contrario es una acción constitucional de singular importancia y trascendencia que tramita en forma preferente y sumaria para adoptar medidas urgentes destinadas a cesar un acto u omisión ilegítimo de una autoridad pública, que viole o pueda violar el derecho consagrado en la Constitución o Instrumentos Internacionales o vigentes, siempre y cuando, de modo inminente amenace con causar daño grave o lo haya causado. Esta acción también procede cuando el acto u omisión es realizado por personas que prestan servicios públicos, o actúan por delegación o concepción de una autoridad pública o el hecho o conducta afecten a un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Si se cumple los requisitos del Art. 95 la acción de amparo constitucional procede, independiente de otra acción o trámite que el accionante haya iniciado o pueda iniciar en el futuro. Fue precisamente este*

⁶⁹ Resolución Tribunal Constitucional, 584-98-RA-II.S. Número 584.

criterio lo que determinó que la nueva norma constitucional no consta la palabra irreparable; y que constaba en el Art. 31 de la anterior codificación de la Carta Política”.

⁷⁰“El recurso de amparo previsto en el Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, de manera sustancial tutela los derechos, garantías y libertades de las personas consagradas en el texto constitucional contra actos ilegítimos de autoridades de la administración pública que de modo inminente amenace con causar un daño, cuando la autoridad de la administración pública, en su declaración de voluntad produzca efectos gravosos en contra del recurrente o administrado. Que el acto de la autoridad administrativa haya rebasado sus facultades o que se arrogó aquellas o que actuó sin competencia y que además consista en la violación de una garantía constitucional”.

Conociendo lo que es el recurso de amparo, podemos entonces identificar claramente los sujetos, los mismos que son:

- a) El afectado, es decir quien ha sido perjudicado por la autoridad, el que ha sido dañado por el hecho violatorio de la Constitución.
- b) La autoridad o particular responsable, es decir la persona que dispone de poder público y que ejerce actos públicos, el mismo que comete el acto violatorio.
- c) El acto u omisión que se reclama, es decir el hecho voluntario y consciente, ya sea negativo o positivo, desarrollado por un órgano estatal que afecte al perjudicado.

Concluyo en que la acción de amparo es aquella en la que el administrado o perjudicado propone ante los jueces constitucionales, la adopción de medidas

⁷⁰ Resolución Tribunal Constitucional 086-99-RA-III.S. Número 86. Caso 811.

urgentes destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de la autoridad de la administración pública.

Podemos entonces explicar los elementos de la acción de amparo, que son los siguientes:

1.- EXISTENCIA DE UN ACTO ILEGÍTIMO DE LA AUTORIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.- Para que la acción de amparo cuente con viabilidad, debe necesariamente existir un acto ilegítimo en principio de la autoridad de la administración pública, lo que debe ser demostrado por el accionante, pudiendo esta ilegitimidad ser de fondo o de forma. El recurrente comprobará que se ha vulnerado el principio de legalidad, expidiéndose el acto mediante violación legal o de procedimiento.

El criterio del Tribunal Constitucional al respecto del acto ilegítimo es que un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad incompetente, cuando no ha seguido el procedimiento establecido por la ley, cuando ha sido dictado en contra del ordenamiento jurídico vigente, o cuando ha sido dictado sin fundamento o suficiente motivación.

⁷¹En materia constitucional, la legitimidad no deviene de la ley, sino de la Constitución. La ilegitimidad no debe ser entendida solamente como lo ilegal, sino que tiene que establecerse en relación con todo el ordenamiento jurídico, en el cual la Constitución se encuentra en la cúspide de la jerarquía normativa. Es interesante seguir a Omeba en este asunto, que dice: ...no es lo mismo ilegítimo que ilegal. El primero, sostienen los tratadistas tiene mayor extensión de significado que el segundo, no solo porque la ilegitimidad dice relación a toda clase de leyes, preceptos o cánones, y no únicamente como la ilegalidad, a las leyes jurídicas y disposiciones del poder público, sino también porque el concepto de disconformidad con la ley, que caracteriza lo ilegítimo, es de suyo más amplio que el de contrariedad que

⁷¹ RIVADENERIA SILVA, Ramiro; “*Artículo: La Acción de Amparo Constitucional*”, contenido en la obra *Procesos Constitucionales en el Ecuador, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador*; Corporación Editora Nacional; serie 9; Quito; pag. 97

entraña todo hecho o acto ilegal. De donde se sigue que todo lo ilegal es ilegítimo, pero no que todo lo ilegítimo es necesariamente ilegal.

En este punto del principio de legalidad, me referiré al silencio administrativo, ya que no solamente lo ilegal o lo ilegítimo se puede evidenciar en los actos positivos de la administración pública, sino también en la falta de pronunciamiento de los mismos.

Cabe resaltar tres aspectos del silencio administrativo:

- 1) En el mundo del derecho común, el silencio frente a una demanda, se considera negativa pura y simple;
- 2) En el derecho administrativo tradicional, se consideraba como denegación tácita de la solicitud, abriendo la posibilidad de emprender acción para obtener una respuesta positiva; y,
- 3) Modernamente, el silencio administrativo es equivalente a una respuesta positiva, aceptación tácita por parte de la Administración, concepto recogido en la Ley de Modernización, que en su artículo 28 dispone: *“DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencidos el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante.* (el resaltado es mío). *Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente*

por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan. En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento”.

⁷² *“El efecto positivo del silencio administrativo, no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo”.*

De manera que, una vez que se reconoce el derecho de presentar peticiones a las autoridades administrativas, éste conmina al deber funcional de aquellas de dar pronta solución, deduciéndose que al no darse respuesta a tales peticiones, se produzcan efectos para la administración y para los administrados.

Existe una doctrina de la Superintendencia de Bancos, se refiere al Diccionario de Derecho Público, cuyo autor es Emilio Fernández Vásquez, en el que expresa que: ⁷³ existe silencio administrativo en sentido corriente y etimológico cuando la Administración no responde a las peticiones, consultas, reclamos, quejas, recursos, etc., que le plantean los particulares y, cuando la Administración Pública observe una actitud pasiva respecto de una conducta que requiere una manifestación o pronunciamiento concreto.

⁷² Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, No. 10, pag 2716

⁷³ SUPERINTENDENCIA DE BANCOS, Doctrina No. SB-2000-001

Se concluye entonces, que el silencio administrativo constituye una garantía para el interesado, ante la pasividad de la Administración. Sin embargo, es preciso señalar que la petición debe versar sobre algo legalmente posible; no puede el administrado presionar a la autoridad con peticiones que jurídicamente son imposibles de ser atendidas.

En cuanto a los efectos del silencio administrativo, alude a que éste es un derecho autónomo y no tiene nada que ver con los hechos o circunstancias administrativas ocurridas con anterioridad a su origen, pues no le afecta la contestación negativa cuando la misma ha sido emitida fuera del término previsto.

El silencio administrativo, en nuestra legislación, tiene efecto positivo, con la pretensión de dar una aplicación práctica al derecho de petición, por lo que, tal efecto positivo no constituye una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino que constituye una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo.

En el recurso de amparo se debe demostrar la ilegitimidad del acto, ya sea porque la autoridad no es la competente para emitirlo, no ha seguido el procedimiento regular para su emanación, si el contenido del acto es contrario al ordenamiento jurídico, o porque no se encuentra debidamente motivado o suficientemente fundamentado.

Se debe recalcar que los actos de autoridad pública no pueden ser de carácter normativos y de efectos generales y obligatorios, lo que fue declarado por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, que expresa lo siguiente: ⁷⁴“...siendo el acto jurídico, la manifestación de la voluntad para producir efectos jurídicos, el acto administrativo impugnado es jurídico, de tal forma que si, para la existencia de un acto administrativo susceptible de impugnación mediante la vía de excepción como lo es la acción de amparo constitucional, se precisa la existencia de un acto

⁷⁴ Resolución 311-99-RA del 11 de agosto de 1999, reiterada por Resolución 389-99 RA de 27 de septiembre de 1999 y aclarada por Resolución 041-99 RA-III S, Caso 371

administrativo que contenga la declaración de voluntad de la administración Pública que, siendo unilateral, es decir que no requiere del consentimiento ni aceptación del administrado como ocurre en los convenios o en los contratos, que además se trate de una declaración concreta respecto de una situación subjetiva del administrado, es decir, debe referirse a una situación de carácter particular y nunca puede referirse a una situación de carácter general y abstracto que, obviamente, no produce consecuencias jurídicas individuales...”.

2.- VIOLATORIO DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL.- El acto deber necesariamente violar un derecho consagrado en la Constitución. En la Constitución no se especifica qué tipo de personas pueden optar por la acción de amparo, por lo tanto, concluyo que tanto las personas naturales como las jurídicas pueden presentar dicha acción si se han visto vulnerados sus derechos.

3.- DAÑO GRAVE E INMINENTE.- La Constitución ha previsto que para la procedencia del amparo no es suficiente que exista la violación de un derecho constitucional, sino que las consecuencias del acto o omisión sean graves y que el daño se manifieste de manera inminente.

En cuanto al daño grave, el Tribunal Constitucional ha señalado que ⁷⁵ el daño grave se determina cuando el efecto que ha de producir el acto ilegítimo es grande, cuantioso o casi permanente, es decir, cuando la declaración de voluntad del accionado produce o va a producir una lesión real en el derecho o los derechos del accionante o administrado y sus efectos son perjudiciales en gran medida.

En cuanto se refiere a la inminencia del daño, el Tribunal Constitucional ha señalado que ⁷⁶ si la violación del derecho ha ocurrido y ha provocado perjuicio o daño, ese daño debe persistir al momento de presentarse la acción constitucional, si el daño es actual se debe probar que el perjuicio se esta causando al peticionario y, por último, si el daño no se ha producido, debe probarse que existen hechos

⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Caso No. 0711-2003-RA

⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Caso No. 0463-2003-RA

indicativos que el perjuicio sucederá, todo lo cual hace relación con el objeto del amparo: remediar el daño causado, cesar el daño que se está causando y evitar el daño que se amenaza causar, todos ellos, por la violación de un derecho subjetivo constitucional.

Los derechos garantizados en la Constitución, ya estudiados en un capítulo anterior, tiene que ver con el juicio de amparo porque éste y sus principios fundamentales, tiene mucha relación con el control de la constitucionalidad, ya que ve a la Constitución como una norma básica o fundamental por medio de un órgano judicial, con eficacia únicamente respecto al individuo que solicita la protección contra la aplicación de la ley o actos contrarios a la Constitución

Si bien es cierto que el amparo constitucional es por antonomasia la vía para la defensa de los derechos fundamentales o atacar un acto ilegítimo de autoridad pública, debemos recordar que el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva contiene también la nulidad radical de los actos administrativos, su no convalidación y la posibilidad de revocatoria de los actos absolutamente nulos, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

El artículo 169 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva prevé la Suspensión, y dispone que: *“Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver suspenderá la ejecución del acto, cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”*.

El artículo 189 del mismo Estatuto prevé las reglas para la suspensión de la ejecución, siendo las siguientes:

“1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el

perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Si el recurso se fundamenta en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 130 de este estatuto, la ejecución del acto se suspenderá inmediatamente con la presentación del recurso.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos quince días desde que la solicitud de suspensión haya sido presentada ante el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no hubiese dictado resolución expresa al respecto.

4. La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera acción contencioso administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual, una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial.

5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia beneficiará incluso a quienes no hubieren recurrido del acto”.

Concluiré diciendo que el desarrollo del Recurso de Amparo depende del apropiado y legítimo empleo por parte de los particulares y de las autoridades que deberán resolverlo, para que así, el amparo pueda convertirse en una herramienta jurídica idónea y cotidiana para la defensa de los derechos constitucionales.

2. PROCEDENCIA.-

La acción de amparo constitucional es procedente cuando se han cumplido los preceptos constitucionales y legales que le dan contenido claramente determinado en el Art. 95 de la Constitución Política y el Art. 46 de la Ley del Control Constitucional.

Procede cuando existe cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.

También procede cuando existe la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior.

El Tribunal Constitucional, expresa lo siguiente: ⁷⁷“ *Para la procedencia de la acción de amparo constitucional, por mandato expreso, a menester que de manera unívoca y simultánea presenten tres elementos que dan origen al derecho constitucional de accionar ante los jueces y tribunales con tal acción; estos tres elementos, a saber, son: que exista un acto u omisión administrativo ilegal; que tal hacer o no hacer de la administración pública sea violatorio a los derechos, garantías y/o libertades individuales de la persona accionante, consagrados en la Carta Fundamental; y, que tal situación cause o pueda causar de manera inminente un daño grave*”.

⁷⁸“*La ley de amparo constitucional es procedente a más de los presupuestos antes indicados cuando se han agotado o no existen acciones administrativas o*

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Resolución 122-99-RA-III.S. Número 122, Caso 026.

⁷⁸ Tribunal Constitucional, Resolución 796-98-RA.II.S. Número 796.

judiciales que restituyan el derecho conculcado. Es decir, que esta acción es de carácter residual, y, la intervención del Tribunal Constitucional, de manera alguna no es para juzgar unilateralmente la ilegitimidad o la inminencia de la gravedad que ocasiona o puede ocasionar el acto impugnado, sino que su actuación tiende a conocer y determinar “de manera preferente y sumaria que la acción, o la omisión de la administración pública concretada en un acto administrativo es ilegítimo, y conjuntamente violatorio de los derechos constitucionales que provoquen o vayan a provocar el daño que se pretende evitar mediante la cesación de los efectos del acto administrativo, o solucionarlo con la adopción de las medidas que disponga el Tribunal Constitucional como última instancia.”

La acción de amparo concluye en los siguientes casos:

1. Por inadmisión;
2. Por desistimiento, expreso si la acción u omisión materia del amparo han sido subsanados, previo el reconocimiento de firma y rúbrica del o los accionantes;
3. Por haberse dictado resolución en firme que haya decidido el fondo del asunto impugnado; y,
4. Por muerte del accionante, salvo que, los herederos manifiesten su voluntad de continuar con la acción y sea procedente continuarla.

No procede la acción de amparo, y por tanto será inadmitida, en los siguientes casos:

1. Cuando se refiere a actos revocados;
2. Respecto de decisiones judiciales adoptadas en un proceso;
3. Respecto de peticiones que exclusivamente impugnen la legalidad del acto y que no conlleven la violación de derechos subjetivos constitucionales;
4. Respecto de derechos cuya protección se contemple en otras garantías o acciones constitucionales;
5. Respecto de los actos de autoridad pública normativos de carácter general o "erga omnes";

6. Respecto de actos de naturaleza contractual o bilateral;
7. Respecto de actos del régimen seccional autónomo en que el Tribunal Constitucional deba conocer y resolver por apelación, previstos en las leyes relativas al régimen seccional autónomo;
8. Respecto del trámite de quejas previsto en la Ley de Elecciones; y,
9. Respecto del trámite de quejas legislativas previsto en el Código de Ética de la Legislatura.

El amparo no será admitido en los siguientes casos:

- 1.- Por falta de legitimación activa del proponente; y,
- 2.- Por incompetencia del Juez cuya resolución se ha apelado.

Estas causas de inadmisión una vez subsanadas, no impiden que se presente nuevamente la acción.

3. QUIENES PUEDEN PLANTEAR RECURSO DE AMPARO.-

Podrán interponer el recurso de amparo:

- El ofendido, por si mismo, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique posteriormente su decisión en término de 3 días;
- El perjudicado, por si mismo, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado y ratifique posteriormente su decisión en el término de 3 días;
- El Defensor del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados en la Constitución y la ley;

- Cualquier persona, natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente.

La persona que interponga recurso de amparo estará amparado por la presunción de buena fe, y en caso de que el Tribunal Constitucional califique su actuación de maliciosa o temeraria, se le impondrá multa sin perjuicio de acciones civiles o penales a que haya lugar.

No se puede presentar más de un recurso de amparo sobre la misma materia y con el mismo objeto, lo que se declarará bajo juramento, caso contrario se procederá a archivar todos los recursos y se impondrá la multa respectiva.

4. JUECES Y TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER, TRAMITAR Y RESOLVER EL RECURSO DE AMPARO.-

De conformidad con el artículo 47 de la Ley de Control Constitucional, son competentes para conocer y resolver el recurso de amparo:

- Cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos;
- En caso de días feriados o fuera del horario de atención de juzgados y tribunales, o en circunstancias excepcionales que deberán ser invocadas por el solicitante, el juez o tribunal de lo penal, en los cuales radicará entonces la competencia privativa de la causa.

En ningún caso habrá inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo, salvo cuando entre éstos y el peticionante existan incompatibilidades de parentesco u otras señaladas en la ley.

El artículo 276 de nuestra Constitución alude a que es competencia del Tribunal Constitucional, en lo que nos compete:

c) Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo.

5. CONTENIDO DEL RECURSO DE AMPARO.-

No existe norma alguna en la que se establezca lo que debe contener la demanda de amparo, pero si analizamos un ⁷⁹ejemplo de una demanda de amparo (ver anexo 2), podemos concluir en ciertos requisitos que debe contener la demanda de amparo, pero debo aclarar que al no tener requisitos expresamente establecidos para la demanda de amparo, por ser esta una acción preferente y sumaria, y además por no establecerse dentro del procedimiento del amparo que el juez puede mandar a completar la demanda, concluimos en que lo que el peticionario omitiere en la demanda, el juez lo suplirá de oficio.

6. PROCEDIMIENTO.-

A continuación expondré el trámite del recurso de amparo, tomando como referencia a lo expuesto por Rafael Oyarte Martínez, el mismo que lo explica de la siguiente manera: ⁸⁰

1) Salvo en los casos de la competencia extraordinaria de los jueces de lo penal o de existir un solo juez que puedan asumir la competencia ordinaria en lugar donde se presente el amparo, esta acción constitucional, por regla general, debe presentarse para el sorteo de ley. Ahora, un punto interesante que contiene el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo es la disposición de que el sorteo se

⁷⁹ Estudio Jurídico Pérez, Bustamante y Ponce.

⁸⁰ OYARTE MARTINEZ, Rafael; *“Manual de Amparo Constitucional”*; Guía de Litigio Constitucional, tomo III; Corporación de Estudios y Publicaciones.

realice inmediatamente después de presentada la petición

2) Luego de recibir la petición, el juez debe convocar inmediatamente a audiencia pública, la que debe celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes. Dicha convocatoria, según la Ley del Control Constitucional, debe hacerse por una sola vez mediante comunicación escrita.

3) El juez, en su primera providencia, que es mediante la cual convoca a la audiencia, tiene la potestad de ordenar la suspensión provisional del acto. Con ello el acto no surtirá efectos mientras se tramita el amparo, con lo cual se salvaguardará el derecho del peticionario. En el evento que el juez, finalmente, deniegue el amparo la suspensión provisional se revocará.

4) Esta audiencia debe verificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes de que el juez realiza la convocatoria. Si a la audiencia no comparece la autoridad o persona cuyo acto se impugna la audiencia se lleva a cabo. El único motivo que permite al juez constitucional la convocatoria a una nueva audiencia, tanto en caso de ausencia del peticionario como de la autoridad accionada, es el comprobar que la no comparecencia provino de fuerza mayor. Ahora, estas causas de fuerza mayor deben aparecer objetivamente del proceso y ser justificadas oportunamente. Del mismo modo, la justificación de la inasistencia debe probarse en el instante en que se realiza la solicitud de nuevo señalamiento.

5) Declarado el desistimiento la causa se archiva sin que sea posible presentada nuevamente, ya que éste no es un caso de inadmisión, so pena de aplicarse las sanciones previstas en la misma Ley del Control Constitucional por duplicar amparos con identidad objetiva y subjetiva.

6) El juez debe dictar su resolución en cuarenta y ocho horas.

7) El Tribunal Constitucional conoce todos los casos de amparo por apelación, pues el texto constitucional señala que tal resolución puede ser apelada para su

confirmación o revocatoria para ante el Tribunal Constitucional.

En caso de apelación, nos remitiremos al Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional, el mismo que explica minuciosamente, en el caso de que exista la apelación del amparo:

- 1) Dentro de los 3 días posteriores a la notificación de la resolución, ingreso del expediente a la Secretaría General, la cual llevará un registro, en el que se le asignará el número que le corresponda, de acuerdo con la fecha de presentación, nombre del accionante y del accionado; motivo de la acción y la fecha de ingreso. El Secretario General pondrá en conocimiento del Presidente del Tribunal el expediente para que disponga el sorteo respectivo, el mismo que deberá realizarse tomando en consideración las materias de que se trate.
- 2) El Secretario General, al momento de presentar los documentos al Presidente del Tribunal, certificará si cada expediente contiene dos o más acciones, si los accionantes con anterioridad, han presentado una demanda sobre el mismo caso y sus precedentes, si los hubiere.
- 3) Por disposición del Presidente del Tribunal Constitucional se procederá al sorteo con la presencia de los Presidentes de Sala o de un vocal de la respectiva Sala cuando no estuviere presente su Presidente.

Sorteada la causa esta será enviada por la Secretaria General a la Sala correspondiente mediante un memorando en el que constará la fecha de sorteo y el listado de casos que le corresponda resolver a la Sala.

Los secretarios de sala recibirán las causas, mediante la respectiva fe de presentación con la indicación del día y hora de recepción del proceso.

- 4) Las Salas, mediante providencia avocarán conocimiento y competencia de las causas que les hubieren llegado por sorteo y notificarán a las partes, previniéndoles

de su obligación de señalar casillero constitucional; al avocar conocimiento puede dictar medidas cautelares, al igual que el juez, es decir, puede suspender provisionalmente el acto. Claro que la suspensión provisional la podrá dictar en caso que el juez de origen no haya concedido el amparo, pues en caso de haberlo hecho se encontrará vigente la suspensión definitiva del acto, hasta que el Tribunal Constitucional decida. Ahora bien, incluso en el caso que el amparo haya sido concedido por el juez de origen, el Tribunal Constitucional podrá dictar medidas cautelares adicionales a las que dictó el juez.

5) Las salas están facultadas para convocar a las partes para escuchar sus argumentos, es decir, es de absoluta discrecionalidad de las salas el determinar si en una causa hay o no audiencia, precisamente por el volumen de casos que se conocen en el organismo cada año. Del mismo modo, si existen hechos que deban justificarse, el Tribunal Constitucional puede disponer la práctica de pruebas, de oficio o previo requerimiento, las que, comúnmente, consisten en informes que las salas solicitan para la mejor resolución de los amparos.

El proyecto de resolución deberá contener las siguientes partes:

- Los antecedentes, en donde se expresará resumidamente la pretensión jurídica del accionante.
- La contestación(es) o informes del accionado.
- La resolución del inferior.
- Los considerandos con los fundamentos o motivación de la resolución.
- La parte resolutive propiamente dicha.
- El nombre y firma del magistrado ponente.

Los votos salvados que emitan los vocales en la Sala se expresarán por separado y contendrán los puntos de discrepancia respecto del proyecto de resolución. Los informes de mayoría y minoría deberán obligatoriamente someterse a decisión del Pleno para que confirme o rectifique.

5) Si la resolución fuere unánime la Secretaría de la Sala notificará con su contenido a las partes dentro del primer día hábil siguiente de expedida.

En caso de solicitud de aclaración de una resolución en materia de amparo, se remitirá la petición al vocal ponente, quien elaborará el proyecto de auto para decisión de la Sala. El Secretario de la Sala una vez expedido el auto referido notificará con su contenido a las partes, dentro del primer día hábil siguiente y a su vez remitirá el proceso al inferior para la ejecución del fallo.

6) Si no hubiere resolución unánime, la Secretaría de la sala, mediante oficio enviará el expediente a la Secretaría General, la que, inmediatamente de recibido el proceso, notificará a las partes con la recepción del mismo, señalando que el caso pasa a resolución del Pleno. El Presidente del Tribunal dispondrá que se incluya el caso en el orden del día de la siguiente sesión del Pleno del Tribunal.

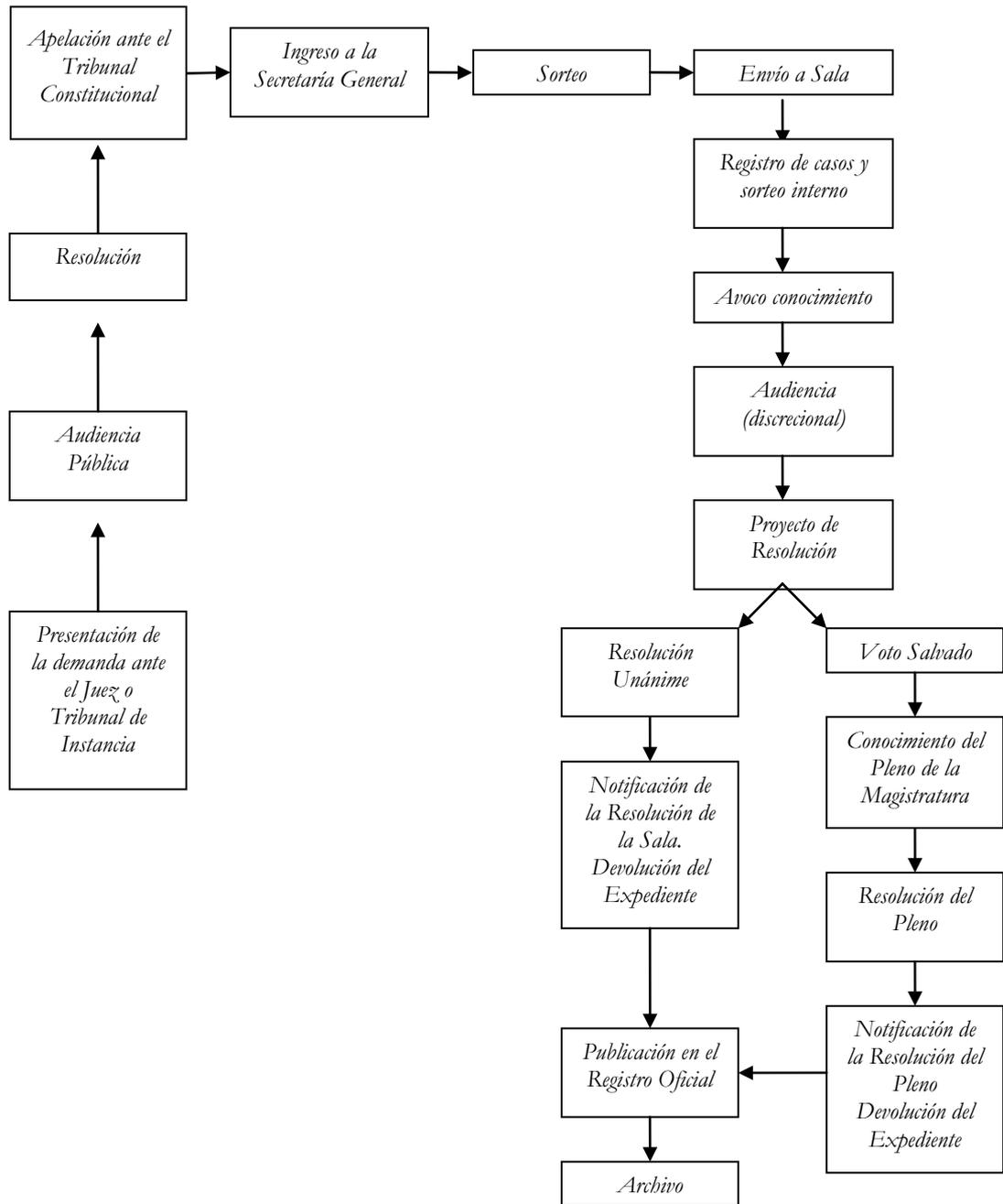
La Secretaría General, por lo menos con dos días hábiles de anticipación a la fecha de conocimiento del caso en el pleno, enviará copia de la resolución y el voto salvado de la Sala a los vocales, con la respectiva convocatoria para la resolución del caso.

El Pleno del Tribunal dictará la resolución que corresponda con el voto conforme de por lo menos cinco magistrados. Hasta cuando no exista ese número de votos el caso permanecerá pendiente de resolución y se someterá a votación las veces que fuere necesario.

La Secretaría General notificará lo resuelto dentro de 72 horas, conjuntamente con el o los votos salvados, que se hubieren emitido y mandará que se publiquen en el Registro Oficial.

En caso de solicitud de aclaración de una resolución en materia de amparo, el Secretario General elaborará el proyecto de auto para conocimiento del Pleno dentro de dos días hábiles. El Secretario General una vez expedido el auto referido

notificará con su contenido a las partes, dentro de las 24 horas siguientes y a su vez remitirá el proceso al inferior.



7. RESOLUCIÓN

La Resolución del Recurso de Amparo debe ser emitida en cuarenta y ocho horas.

La Resolución del Recurso de Amparo por apelación será emitida por parte del Tribunal Constitucional a través de la correspondiente sala, en un plazo no mayor a diez días.

8. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE AMPARO.-

Los efectos de la concesión de amparo es un tema complejo, tanto la Constitución Política de la República, como la Ley de Control Constitucional, disponen que además de la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados, se adopten de medidas urgentes necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado.

Existen casos en los cuales solamente con la suspensión definitiva del acto, es suficiente para resolverlo, quedando satisfecho el peticionario, pero hay otros en los cuales es necesario tomar las medidas a las que se refiere la Constitución y la Ley.

El funcionario o autoridad a quien vaya dirigida la resolución emitida en un Recurso de Amparo, deberá darla cumplimiento inmediato, caso contrario, deberá indemnizar los perjuicios que su incumplimiento acarree al recurrente.

Cabe aclarar que la Constitución Política, en su artículo 95 se refiere a la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho, la que dispone el juez en la misma providencia en que convoca a las partes a audiencia pública; esto se lo realiza como medida cautelar, hasta dictar la resolución de amparo, la que tiene como consecuencia la suspensión definitiva del acto u omisión, suspensión que tiene los siguientes efectos:

- 1.- Si se interpuso contra un acto que se encuentra produciendo sus efectos o ya los ha producido, el amparo restituye al afectado el derecho vulnerado, incluso con efecto retroactivo, esto es, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la emanación del acto;
- 2.- Si el amparo se interpuso para evitar la vulneración de un derecho, con la suspensión no se ejecutará el acto y, por lo tanto, no se verificarán sus efectos dañosos, quedando el accionado en imposibilidad de ejecutar el acto ilegítimo;
- 3.- Si se activa la garantía contra una omisión, mediante la providencia de suspensión se ordenará que la autoridad enmiende la mora pronunciándose sobre lo solicitado, es decir, que actúe como el ordenamiento jurídico le señala. Si bien el juez constitucional no puede reemplazar a la autoridad en el ejercicio de su competencia, en la resolución deberá indicar en qué sentido ha caído en incumplimiento de sus potestades, para que así la autoridad pueda corregir su omisión.

Me referiré al criterio de la Procuraduría General del Estado, en cuanto al efecto de la resolución de amparo, y específicamente al incumplimiento de la Dirección General de Aviación Civil de una resolución expedida en una acción de amparo constitucional, ratificada por el Tribunal Constitucional, referida al otorgamiento de un permiso de operación a la Empresa TRANSACSA, criterio que está en el sentido de que las autoridades públicas a quienes la resolución de una acción de amparo constitucional vaya dirigida, de ninguna manera tienen potestad discrecional para cumplir o no la resolución, puesto que por lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, las resoluciones que se dictan en la tramitación de un recurso de amparo “serán de cumplimiento inmediato por parte del funcionario o autoridad pública a quien la resolución vaya dirigida”. El incumplimiento de la resolución constituye sin duda, un menoscabo a la garantía en que consiste el amparo constitucional.

Por otro lado, la Procuraduría se pronuncia en que el ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad que exige capacidad, honestidad y eficiencia, en consecuencia, la rebeldía del funcionario público o autoridad a quien va dirigida la resolución, desdice de su calidad y se opone a la garantía en que consiste la seguridad jurídica prescrita en la nuestra Constitución Política, además de las presunciones de responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que emanan de dicha resolución..

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Para terminar este capítulo, y por las controversias suscitadas en relación a la acción de amparo, contradicción en las interpretaciones de las disposiciones, me referiré a la Resolución de la Corte Suprema de Justicia, que dice lo siguiente:

⁸¹*“Art. 1.- La acción de amparo es cautelar y tiene por objeto proteger los derechos subjetivos de las personas afectadas por actos ilegítimos de una autoridad pública, o por actos ilegítimos de las personas que presten servicios públicos o los realicen por concesión o delegación de una autoridad pública, si tales actos violan sus derechos consagrados en la Constitución Política o en un tratado o convenio internacional vigente; o por la conducta de personas particulares cuando violen los derechos comunitarios, colectivos o difusos, tales como los especificados en los artículos 83 al 92 de la misma.*

También procede el amparo cuando por omisión de la autoridad que por norma expresa tenga la obligación de realizar un acto, se pueda causar o se este causando daño a un derecho subjetivo.

Art. 2.- Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano cuando se la interponga respecto de:

⁸¹ Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 1. RO/ 378 de 27 de Julio del 2001.

a) *Los actos normativos expedidos por una autoridad pública, tales como leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones de obligatoriedad general (erga omnes), ya que para suspender sus efectos por violación de la Constitución, en el fondo o en la forma, cabe la acción de inconstitucionalidad que debe proponerse ante el Tribunal Constitucional;*

b) *Los actos de gobierno, es decir de aquellos que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en el ejercicio de una actividad indelegable, y que tengan alcance o efecto general;*

c) *Las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, inclusive las emitidas por órganos de la administración que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales y que deban incorporarse a la Función Judicial en virtud del precepto constitucional de la unidad jurisdiccional;*

d) *La reparación del derecho lesionado, cuando pueda reclamarse a través de las garantías constitucionales de hábeas corpus y de hábeas data, o a través del amparo de libertad previsto en el Código de Procedimiento Penal; y,*

e) *Los casos en que, de manera anterior o simultánea, el accionante haya interpuesto, para hacer valer sus derechos, otra acción de amparo, salvo que la anterior haya sido inadmitida por defecto de forma. En la petición el accionante, bajo juramento, afirmará no haber propuesto ninguna otra acción sobre la misma materia y con el mismo objeto.*

Art. 3.- Como acción cautelar el amparo pretende evitar que se cause un daño grave e inminente, o que cese el que está produciéndose, o que se mande hacer lo que ha dejado de hacerse. Por tanto, la acción de amparo debe deducirse antes de que se ejecute el acto ya expedido, o inmediatamente después de realizado. Cuando con la acción de amparo se pretenda la realización del acto que la autoridad o la persona ha omitido, se presentará la acción en cuanto se tenga la certeza de la inminencia del daño.

La inmediatez o urgencia y la gravedad del daño deberán ser calificadas por el Juez según las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta los fallos reiterados del Tribunal Constitucional.

Art. 4.- Un acto de autoridad es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación.

Un acto de un concesionario o delegatorio de una autoridad pública es ilegítimo cuando excede de las atribuciones concedidas o delegadas y cuando no se ha expedido con las solemnidades sustanciales exigidas por la ley.

La acción de amparo deberá proponerse ante alguno de los jueces o tribunales determinados en el artículo 47 de la Ley de Control Constitucional, del lugar en que se haya consumado o fuere a producir sus efectos el acto impugnado, y según lo que dicha norma establece.

Cuando hubiere varios jueces la competencia se radicará por sorteo que se efectuará inmediatamente después de presentada la acción.

En los días feriados o fuera del horario de atención de juzgados o tribunales, la acción será conocida y resuelta por el Juez Penal de turno, quien previamente calificará las circunstancias excepcionales que motiven la presentación ante él, debidamente invocadas y acreditadas por el accionante.

Art. 6.- Las partes no podrán recusar al Juez ni suscitar incidente alguno. El Juez rechazará de plano cualquier solicitud que tienda a retardar el ágil despacho de la causa.

Art. 7.- Cuando la acción se proponga a nombre de una colectividad el accionante deberá acompañar al escrito inicial la prueba de la legitimidad de su intervención.

Cuando la acción se deduzca por una persona como agente oficioso de otra, se acompañará la prueba sobre la imposibilidad del ofendido o perjudicado de obrar por sí mismo.

Cuando la acción de amparo sea patrocinada por el Defensor del Pueblo, éste señalará en su escrito inicial la identidad de la persona a quien patrocina y acompañará el requerimiento hecho por ésta para que intervenga a su nombre.

Art. 8.- El Juez o Tribunal, en su providencia inicial deberá admitir o no a trámite la acción de amparo propuesta, examinando para ello su procedencia. La inadmisión no se considerará inhibición del Juez.

Cuando se presente la acción por un agente oficioso y ésta sea admisible, en la primera providencia se requerirá que el ofendido o perjudicado ratifique al agente oficioso en el término de tres días. De no presentarse la ratificación se archivará el expediente.

Una vez suspendidos, los motivos de inadmisión, la acción podrá ser presentada nuevamente.

Art. 9.- De admitirse la acción a trámite y siempre que del análisis exhaustivo de sus fundamentos, en especial de la gravedad del daño que esté causándose o del daño posible, se concluyere la necesidad de evitarlo, el Juez en su primera providencia suspenderá el acto impugnado. Tal suspensión será revocada si el Juez en su resolución niega el amparo, pero si lo acepta la ratificará.

Art. 10.- La resolución dictada por el Juez podrá ser apelada por cualquiera de las partes para ante el Tribunal Constitucional; pero el recurso se concederá

solo en el efecto devolutivo. Por tanto, se cumplirá lo que el Juez hubiese decidido hasta cuando el Tribunal Constitucional resuelva otra cosa.

De la decisión del Juez que concede el amparo no habrá consulta.

Art. 11.- La violación de las normas constitucionales y legales aplicables a la acción de amparo por parte de los jueces o magistrados de instancia, constituye falta grave en el cumplimiento de sus deberes, que se juzgará conforme al artículo 13, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que pudieren haber incurrido: para así dar cumplimiento a lo dispuesto por el penúltimo inciso del Art. 95 de la Constitución”.

En concordancia con la resolución de la Corte Suprema, en la que claramente podemos observar su criterio con respecto al Amparo, citaré una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en la que podemos darnos cuenta la falta de conocimiento en que se incurre al momento de plantear una demanda de amparo, confundiéndola con una de inconstitucionalidad, y el criterio del Tribunal al respecto, ya que como he dicho anteriormente, a pesar de que ya existe un mayor conocimiento sobre el tema, aún nos encontramos con demandas erróneamente planteadas. En el ejemplo que expondré a continuación, el Tribunal Constitucional, en causas acumuladas, admite la una por procedente e inadmite la otra por improcedente, con el siguiente criterio:

⁸² “ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- SEGUNDA SALA.- Quito, 12 de marzo del 2001, a las 12H45.-** *La presente causa llega a conocimiento del Tribunal Constitucional en virtud del recurso de amparo constitucional propuesto por el Ab. Javier Estrada Perlaza, Apoderado General de la Compañía INVERMUN S.A., en contra del Presidente Constitucional de la República, en la que manifiesta que el 30 de mayo del 2000, en el R.O. No. 87 se publica el Reglamento Especial de Casinos y Salas de Juegos, promulgado por el señor Presidente de la República del Ecuador, que en su Art. 3 dice: “Las máquinas tragamonedas no podrán funcionar dentro de*

⁸² Caso No. 758-2000-RA (Acumulado con el caso No. 018-2001-RA)

establecimientos distintos a los Casinos. No se autorizará su instalación en locales comerciales en general como servicio complementario de bares, restaurantes, discotecas, sala de baile, bingos, establecimientos de alojamientos y demás actividades turísticas y conexas”. En la Disposición Transitoria Primera establece que en treinta días a partir de la fecha de publicación todas las empresas que tenían este tipo de actividades tenían que cerrar. Que lo expuesto viola el derecho consagrado en el Art. 35, inciso primero, numerales 1,2 y 3 de la Constitución Política de la República, ya que se estaría dejando en la desocupación a 80 empleados y sus familias que laboran en los negocios regentados por las compañías que representa. Por lo expuesto y en razón a que el Art. 3 antes referido constituye un acto ilegítimo que causa a su representada un daño inminente, a más de grave e irreparable interpone recurso de amparo constitucional y solicita se ordene la inmediata suspensión de los efectos del Art. 3 y Disposición Transitoria Primera del Reglamento Especial de Casinos y Salas de Juego.- El 12 de julio de 2000, a las 10H39, se realiza la audiencia pública en el Juzgado Cuarto de lo Civil de Guayaquil, a la que comparece el abogado defensor del Presidente Constitucional de la República y manifiesta que en el presente recurso planteado por la Compañía INTERMUN S.A., alega incapacidad legal o falta de poder del representante del actor. Que la presente demanda pretende suspender un acto normativo de carácter general y de acuerdo a lo que especifica el Art. 276, numeral uno, la única vía para ello, es la demanda de inconstitucionalidad, y para reforzar lo expuesto presenta copias de resoluciones emitidas por el Tribunal Distrital No. 2 de los Contencioso Administrativo de Guayaquil y de la Primera y Segunda Salas del Tribunal Constitucional. Alega la improcedencia de esta demanda por la falta de competencia del juez para conocer el objeto de la pretensión del actor, así como por la incorrección en cuanto a la vía o acción utilizada por el actor para tales propósitos.- El Abogado defensor de la Ministra de Turismo, expresa su rechazo e impugnación a la acción de amparo constitucional planteada por el actor ya que la referida acción carece de fundamento legal y que no se está atentando contra la libertad de trabajo. Que el acto de dictar el reglamento es un acto normativo y es el cumplimiento de las normas legales y constitucionales contempladas en el Art. 171 numerales 5 y 9 de la Constitución Política del Estado que contiene las atribuciones

y deberes del Presidente de la República, y que es en apego a estas normas constitucionales, a la Ley Especial de Desarrollo Turístico y en cumplimiento de lo que disponen los Arts. 80 y 81 de los Estatutos del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, que el Presidente de la República en coordinación con la Ministra de Turismo, que se dicta el aludido Reglamento. Por lo expuesto la acción de amparo constitucional planteada carece de fundamentos legales y al referirse a los tres requisitos que contempla en Art. 95 de la Constitución se puede concluir que el Reglamento Especial de Casinos no contiene ilegitimidad, puesto que ha sido dictado por autoridad pública, no existe violación de norma constitucional alguna, en virtud de que la Constitución no prevé como derecho fundamental el operar juegos de casinos de azar o máquinas tragamonedas; que el Art. 276 de la Constitución Política del Estado en su numeral uno, confiere la facultad al Tribunal Constitucional para conocer y resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad de fondo o de forma que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidas por órganos de las Instituciones del Estado y suspender total o parcialmente sus efectos. Que el accionante supuestamente comparece por una persona jurídica, y le resta legitimidad al actor por cuanto el poder general con el que comparece no es suficiente. Por lo expuesto solicita se rechace esta acción por falta de fundamentos de hecho y de derecho de su demanda.- El 14 de julio del 2000, a las 16H00, el Juez Cuarto de lo Civil de Guayaquil, resuelve declarar sin lugar el recurso de amparo constitucional presentado por la Compañía INVERNUM S.A., decisión que es impugnada mediante recurso de apelación para ante el Tribunal Constitucional.

En el caso No. 018-2001-RA, que se ha sustanciado en la Primera Sala del Tribunal Constitucional el Dr. Jorge Zabala Egas, Apoderado especial de la Compañía INVERMUN S.A., demanda se deje sin efecto la Resolución de 12 de diciembre del 2000, de las 14H00, de la Indendencia General de Policía del Guayas que niega hacer extensiva a favor de INVERMUN S.A. la Resolución del Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil, de 18 de julio del 2000. El Juez Vigésimo de lo Penal de Guayas, resolvió conceder el amparo, decisión impugnada por apelación ante el Tribunal Constitucional.

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 01 de marzo del 2001, dispone la acumulación del caso No. 018-2001-RA al caso No. 758-2000-RA, por existir identidad objetiva.

Radicada la competencia en esta Sala y encontrándose la causa en estado de resolver, se considera:

PRIMERO.- *La Sala es competente para conocer y resolver la acción de amparo constitucional acumulada (Casos No. 758-2000-RA y 018-2001-RA) en virtud de lo dispuesto por los Arts. 95 y 276, numeral 3 de la Constitución Política del Estado; y, 12 y 62 de la Ley de Control Constitucional;*

SEGUNDO.- *No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que puede incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara su validez;*

TERCERO.- *La acción de amparo prevista en el Art. 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional, de manera sustancial tutela los derechos, garantías y libertades de las personas, consagradas en el texto constitucional, contra actos ilegítimos de autoridades públicas que “de modo inminente amenace con causar daño grave”, así como también procede contra los actos de particulares que “afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso”. Podrá interponerse también en contra de las personas que presten servicios públicos o que actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.- Es decir, que para la procedencia de la Acción de Amparo Constitucional, por mandato expreso de la antes señalada disposición constitucional, es menester que de manera unívoca y simultánea se presenten los 3 elementos que dan origen al derecho constitucional de accionar ante los jueces y tribunales con tal acción, estos tres elementos, a saber, son: **a)** Que exista un acto u omisión de autoridad pública ilegal; **b)** Que tal hacer o no hacer de la autoridad pública sea violatorio a los derechos, garantías y/o libertades individuales de la persona accionante, consagradas por la Carta Fundamental; y, **c)** Que tal situación cause o pueda causar de manera inminente un daño grave.*

CUARTO.- En el desenvolvimiento de las actividades diarias de los **hoteles y casinos** de la ciudad de Guayaquil, se ha creado prácticamente un verdadero **monopolio** que impide el funcionamiento de las máquinas tragamonedas de la empresa recurrente, situación ésta que deja sin trabajo a muchas personas que allí laboran, particulares que devienen del acto administrativo expedido por el Intendente General de Policía del Guayas de 12 de diciembre del 2000, y que conculca especialmente el **derecho al trabajo** que goza indudablemente de protección del Estado, atento a lo preceptuado en el **TITULO III**, Capítulo 4, Sección Segunda, artículo 35 de la Carta Fundamental y se atenta al sistema de economía social de mercado, que el Estado Ecuatoriano está obligado a cumplir, sancionando conforme a la ley, las prácticas monopólicas que parecerían las quieren imponer en este caso los **hoteles y casinos**, atentando contra el principio señalado en el artículo 244, numeral 3 de la Constitución y a deberes primordiales del Estado como el de **preservar el crecimiento sustentable de la economía**, y el desarrollo equilibrado y equitativo en **beneficio colectivo**, también el de erradicar la pobreza y **promover el progreso económico**, social y cultural de sus habitantes, deberes establecidos en el Art. 3, numerales 4 y 5 de la Carta Política. Se ha conculcado también el derecho a la libertad de empresa que para poder regularlo, se requiere de la expedición de una ley, atento a lo determinado en el Art. 141, numeral 1, íbidem que señala: **“normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución”**, causando **daño grave** a la empresa accionante, ya que no pueden funcionar normalmente sus máquinas tragamonedas que son selladas, con programas seguros, difícil de ser violados.

QUINTO.- El Juez Vigésimo de lo Penal del Guayas en la Resolución indicada en el considerando tercero, expresa lo siguiente: **“Declarar con lugar la acción de amparo constitucional propuesta por el señor Jorge Zabala Egas, a nombre y representación de INVERMUN S.A. y, consecuentemente suspende en forma definitiva la resolución expedida por el señor Intendente General de Policía del Guayas, emitida en diciembre 12 del 2000, a las 14H00, en la que niega la ratificación de las autorizaciones para que la empresa INVERMUN S.A. pueda continuar ejerciendo su actividad comercial y, por el contrario, ordena reparar la**

lesión constitucional otorgándole en un plazo prudencial las autorizaciones requeridas bajo prevenciones de ley”.

SEXTO.- *Por otro lado, las consideraciones expuestas por el Juez de instancia en el caso No. 018-2001-RA son procedentes en la acción de amparo, pues caso contrario se vulnerarían los principios de igualdad y libertad consagrados en el artículo 23 de la Constitución Política de la República y son perfectamente aplicables e invocables ante cualquier juez o tribunal, el que no puede exigir otros presupuestos o requisitos para otorgar los derechos constitucionales que son obligación del Estado precautelar; y,*

SÉPTIMO.- *Finalmente, no es por vía de acción de amparo que se puede suspender, total o parcialmente, actos normativos, conforme al mandato expreso establecido en el numeral 1 del Art. 276 de la Carta Magna, como en la especie se impugnan en el caso No. 758-2000-RA.- Por las consideraciones expuestas, la SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en ejercicio de sus atribuciones:*

RESUELVE:

1.- *En el caso No. 758-2000-RA inadmitir la acción de amparo en razón de que no es por este recurso que se puede suspender los efectos, total o parcialmente, del Reglamento Especial de Casinos y Salas de Juegos, promulgado en el R.O. No. 87 de 30 de marzo del 2000;*

2.- *En el caso No. 018-2001-RA, confirmar la Resolución expedida por el Juez Vigésimo de lo Penal del Guayas, el 26 de diciembre del 2000, y conceder el amparo constitucional solicitado; en consecuencia se suspende el acto administrativo expedido por el Intendente General de la Policía del Guayas, emitido mediante Resolución de 12 de diciembre del 2000, cesando los efectos de dicho acto en contra de la compañía INVERMUN S.A.; y,*

3.- Devolver los expedientes a los Jueces de instancia para los fines legales consiguientes.- Notifíquese.-

Tal es la falta de correcta aplicación de la normativa constitucional, que existen resoluciones erróneas por parte de los jueces, como es el caso del la sentencia emitida por el Juez Quinto de lo Civil del Guayaquil en el caso No. 466 B/2000 de 18 de julio del 2000, en el que identificamos a las partes:

AFFECTADO: Compañía Ecuatoriana de Electrónica CELECSA S.A., por medio de su Gerente General, economista Adolfo Olloqui Domínguez y, la apoderada Especial del Comité Especial de Defensa de la Fuente de Trabajo, economista Nelly Cadena Dresdner.

AUTORIDAD RESPONSABLE: Señor doctor Gustavo Noboa Bejarano, Presidente Constitucional de la República.

ACTO QUE SE RECLAMA: Decreto ejecutivo No. 402, expedido por el señor Presidente Constitucional de la República, el 22 de mayo del 2000, que contiene el Reglamento Especial de Casinos y Salas de Juegos (Bingo – Mecánico), en especial el inciso final del artículo 1 .

En dicho proceso existen los 3 elementos fundamentales para la procedencia de un recurso de amparo como lo demuestran los fundamentos de hecho y de derecho planteados en la demanda, los mismos que se refieren a:

- Acuerdos Ministeriales del Ministro de Gobierno que autorizan la operación y funcionamiento de máquinas de recreación popular, los mismos que continúan vigentes puesto que no han sido derogados;
- No actividad turística;
- Anterior Reglamento Especial de Casinos y Salas de Juegos expedido mediante Acuerdo Ministerial de la Ministra de Turismo, el que se consideró que había sido dictado violentando expresas disposiciones constitucionales contenidas en los numerales 4 y 16 del Art. 23 de la Constitución Política de

la República del Ecuador, y que fue suspendido en sus efectos y se ordena que la compañía realice sin entorpecimiento de ningún tipo o circunstancias sus actividades económicas protegidas por la Constitución, bajo las prevenciones;

- El nuevo reglamento expedido por el señor Presidente Constitucional de la República es similar al anterior, judicialmente dejado sin efecto;
- Ilegalidad de los monopolios;
- La obligatoriedad del Procurador General del Estado;
- Se atenta contra el derecho constitucional del Trabajo;
- Violación el art. 47 de la Ley de Modernización;
- Violación del numeral 5 del Art. 171 de la Constitución;
- Violación del principio de legalidad contenido en art. 68 y art, 11 literales a) y k) del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva;
- Violación del art. 23, numeral 26 y 4;
- Violación del derecho a la libertad del empresa contenido en el numeral 26 del art. 23 de la Constitución;
- Violación de la garantía al debido proceso consignada en el art. 24 de la Constitución; y,
- Violación del principio de supremacía de la Constitución establecido en el art. 272 de la misma.

Por estos puntos solicita, en consecuencia, la suspensión de las acciones que deriven de la vigencia del Decreto Ejecutivo.

Al respecto, el Juez, considera que existe fundamento y necesidad para suspensión inmediata de la aplicación y vigencia del inciso final del art. 1, el art. 3 y la primera disposición transitoria del derecho ejecutivo, confirmándolo de manera definitiva posteriormente y declara con lugar la demanda de amparo constitucional, declarando que el Reglamento Especial de Casinos y Salas de Juegos, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 42, tiene disposiciones contrarias a los derechos garantizados en la Constitución Política de la República del Ecuador y dispone que

se suspendan definitivamente los efectos, del orden que fueren, de los incisos ya mencionados y establece que la compañía continúe realizando sus actividades.

En este caso podemos claramente darnos cuenta de 2 aspectos fundamentales: primero, el equivocado planteamiento del recurso de amparo constitucional; y segundo, la errónea aplicación de la ley.

El primer punto respecto a que la acción correcta a plantearse era una demanda de inconstitucionalidad, puesto que, a pesar que encontramos los 3 elementos necesarios para la procedencia del recurso de amparo, no es por esta vía que se deja sin efectos normas de carácter general, como es en este caso el Reglamento Especial de Casinos y Salas de Juego emitido mediante decreto ejecutivo, es competencia del Tribunal Constitucional resolver sobre aquellas demandas de inconstitucionalidad de fondo o de forma que se presenten, en este caso, de reglamentos emitidos por órganos de las Instituciones del Estado, para suspender total o parcialmente sus efectos. En el caso de que se tratara de un acto ilegítimo de autoridad pública con efectos particulares, ahí si sería procedente el recurso de amparo constitucional.

El segundo punto, que se deriva del primero, es la falta de la adecuada aplicación de las normas, puesto que el Juez debió haber negado el recurso de amparo planteado por ser la vía errónea y peor aún, no debió haber suspendido los efectos del Decreto Ejecutivo.

ANÁLISIS DE UN CASO DE AMPARO (Ver Anexo 3)

Para concluir con el trabajo realizado, me parece pertinente analizar un juicio de amparo constitucional, por cuanto hemos observado las dificultades que existe al momento de proponerlos.

En este juicio de Amparo podemos identificar claramente los sujetos:

1.- El afectado.- Doctor Leonello José Bertini Arbeláez.

2.- La autoridad responsable.- Dr. Byron F. Benítez, Apoderado de la Compañía Verificadora “INTERTEK INTERNATIONAL LIMITED SUCURSAL ECUADOR; y, Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

3.- El acto que se reclama.- certificado de inspección No. I-4 / 249 / 2004 / 044560 / 001 / 2.

El Dr. Bertini comparece ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal y deduce acción de amparo, la misma que en síntesis trata de lo siguiente:

El 28 de mayo del 2004, el perjudicado ingresó en la compañía INTERTEK INTERNATIONAL LIMITED, la solicitud de inspección en Miami de un vehículo nuevo, con el fin de trasdalarlo vía aérea al Ecuador, con destino a la Aduana de Quito. El 2 de julio del 2004, el perjudicado retiró el certificado de inspección el mismo que contenía dos observaciones sin motivación alguna.

El 2 de julio del 2004, el perjudicado presentó en la oficina de INTERTEK un escrito manifestando la queja por la forma en la que se emitió el certificado de inspección y, solicita la motivación de las objeciones planteadas. Se envió dos comunicaciones más, con fecha 19 y 21 de julio del 2004, explicando el procedimiento de adquisición del vehículo y, exigiéndole la justificación para la emisión de dichas objeciones, sin recibir respuesta alguna. El 26 de julio del 2004, el perjudicado presentó ante el Gerente General de la CAE, el reclamo para la extinción del acto administrativo, con los fundamentos de hecho y de derecho. Dicho funcionario, mediante oficio fecha 25 de octubre del 2004, responde que el certificado de inspección emitido por la empresa verificadora no constituye acto administrativo del Gerente General de la CAE, por lo que no es procedente el reclamo ya que es una controversia entre el importador y la empresa verificadora. El 1 de octubre del 2004, el perjudicado solicitó la emisión del certificado por cuanto se produjo silencio administrativo por no haber sido contestado a tiempo.

El 16 de julio del 2004, el perjudicado, previa la explicaciones de los antecedentes, solicitó a la empresa BIVAV del Ecuador una nueva inspección del

vehículo, la misma que fue aceptada. Un día hábil después, el perjudicado fue informado que no se continuará con el trámite hasta consultar con la CAE. El 13 de septiembre del 2004, el apoderado de BIVAC suscribe una comunicación indicando que no se realizará la inspección mientras subsista jurídicamente el certificado de INTERTEK.

En este punto, el perjudicado requiere de emergencia una decisión justa y el único procedimiento sumario que puede intentarse con este objetivo es la acción de amparo constitucional, con la única finalidad de que se suspenda los efectos del certificado de inspección de INTERTEK, por tratarse de un acto ilegítimo, de tal forma si la acción es aceptada y se concede el recurso, se permitirá que otra empresa verificadora efectúe una nueva verificación del vehículo y si los resultados son satisfactorios se emita un nuevo certificado de inspección sin objeciones; si dichos resultados no son satisfactorios, emitirá el aviso de no conformidad, por lo que la concesión del amparo no permitirá la importación del vehículo sin el certificado, ya que éste es un requisito legal para la misma.

Se presenta la demanda de amparo con los fundamentos de hecho y de derecho debidamente expuestos, en la que observamos claramente los elementos necesarios para que dicha acción sea procedente, los mismos que se exponen a continuación:

1.- Existencia de un acto ilegítimo de la autoridad pública.- la Corporación Aduanera Ecuatoriana una institución autónoma del Estado que tiene competencia para ejercer facultades tributarias de determinación, resolución y sanción en materia aduanera, facultades que se materializan con la prestación de servicios públicos de almacenamiento, verificación, valoración, aforo, liquidación, recaudación, control y vigilancia, lo que ejecuta directamente o por concesión al sector privado. Las empresas concesionarias de la CAE, obrando por delegación y legalmente autorizadas, ejecutan actos administrativos, además que, el certificado de inspección de la empresa verificadora es carácter de instrumento público. Como ya se explicó

anteriormente, los actos administrativos pueden ser emitidos por personas concesionarias o delegatarias de servicios públicos.

Por otro lado, los certificados emitidos por las empresas verificadoras están destinados a permitir o rechazar la importación, mas no a emitirla con observaciones sin fundamento alguno, ya que el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, dispone que se emita un informe de inspección sin objeciones o den por escrito una explicación detallada de las razones por las cuales no se emite el certificado, norma que consta también en la Resolución del Directorio de la CAE. En materia de amparo constitucional, un acto de autoridad es ilegítimo cuando ha sido dictada por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es sin fundamento o suficiente motivación. Un acto de un delegatario o concesionario de una autoridad pública es ilegítimo, cuando excede de las atribuciones concedidas o delegadas y cuando no se ha expedido con las solemnidades sustanciales exigidas por la ley. Por lo tanto, el acto contenido en el certificado de inspección emitido por la empresa verificadora, concesionaria del servicio público, constituye un acto ilegítimo ya que ha sido dictado excediendo las atribuciones delegadas sin sujetarse a las disposiciones legales pertinentes. Además, entre los requisitos formales de carácter sustancial para la validez de los actos administrativos, está la debida motivación para emitir el acto, lo que claramente no se evidencia en el certificado de inspección, el mismo que contiene dos observaciones sin motivación alguna.

2.- Violatorio de un derecho constitucional.- en el presente caso se viola la seguridad jurídica, lo que constituye un valor intrínseco de la persona, que le permite su desenvolvimiento dentro del ordenamiento jurídico. El acto que contiene el certificado de inspección, al no ser expedido en la forma legal prevista en las normas aduaneras, crea una situación de inseguridad jurídica, que no permite que el afectado conozca de manera cierta la situación jurídica concreta para ejercer su derecho a la defensa y promover la tutela efectiva de sus derechos e intereses ante el órgano respectivo. La falta de motivación del acto contenido en el certificado de inspección lesiona el derecho al debido proceso y también genera la afectación del derecho a la

defensa, puesto que al no conocer los motivos en que se fundamenta dicho acto, el perjudicado se encuentra en un estado de indefensión, ya que no puede dirigir las pruebas y alegaciones al mismo.

Otro derecho vulnerado es el derecho de petición, es decir, el derecho de dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o las respuestas pertinentes en el plazo adecuado, de lo contrario se produce el silencio administrativo, entendiéndose como respuesta favorable a la petición, ya que en el presente caso no existe documento alguno de demuestre que la empresa verificadora ha contestado a las peticiones del perjudicado.

3.- Produzca o pueda producir un daño grave e inminente.- la primera observación del certificado de inspección impediría embarcar el vehículo con destino a la Aduana del Ecuador, pues a la llegada de la mercadería, en el momento de nacionalizarla a consumo, previa la Declaración Aduanera del importador, la Gerencia Distrital aplicaría sanciones y quedaría establecida la presunción contra el importador de haber intentado evadir obligaciones tributarias. Según la segunda observación, la mercadería a su llegada, tendría que someterse al aforo físico en destino, para verificar que el vehículo es nuevo, y no infringe la norma en la cual está prohibida la importación de vehículos usados. Además de que, debido al año de fabricación del vehículo, 2004, no podría ser embarcado en el 2005 ya que solamente se permite ya importación de vehículos cuyo año y modelo corresponda al año en que se realice la importación o al año siguiente de la importación.

Es importante recalcar que la acción de amparo constitucional no solo es un mecanismo para reparar el daño causado al perjudicado, sino es cautelar, es decir, para evitar que se produzca el daño; por lo que, esta acción debe deducirse antes de que se ejecute el acto expedido o inmediatamente después de realizado, que en el caso de la presente acción, lo que el perjudicado pretende al proponer el amparo, es evitar que se produzca el daño de no poder importar el vehículo de su propiedad.

Con lo explicado anteriormente, se dicta la sentencia aceptando la acción de amparo constitucional y suspende definitivamente los efectos de acto contenido en el certificado de inspección emitido por la empresa verificadora, es decir, el perjudicado logró, con el amparo constitucional, evitar que se le cause un daño y, que otra empresa verificadora pueda emitir un nuevo certificado de inspección, ya que el emitido anteriormente quedó sin efecto alguno.

La Tercera Sala del Tribunal Constitucional confirma la resolución pronunciada por el Tribunal Distrital de lo Fiscal.

CONCLUSIONES

La Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y ningún acto puede contradecir sus disposiciones ni vulnerar los derechos en ella garantizados.

Los actos administrativos constituyen una parte esencial de la administración pública para el logro de los objetivos que ésta pretende alcanzar; pues debe entenderse al Derecho Administrativo como una rama del Derecho que busca satisfacer las necesidades de la comunidad, por medio de una adecuada y eficiente prestación de cometidos. Tiene como principales características que se refiere a un asunto particular y concreto, están dirigidos directamente a la producción de una consecuencia jurídica respecto a una persona, cosa o situación, la misma que surge inmediatamente del acto; es unilateral, es decir, no interviene la voluntad del administrado.

La principal diferencia entre la demanda de inconstitucionalidad y el amparo constitucional, está en los efectos que sus resoluciones producen; en el primer caso, no tiene efecto retroactivo, es decir, produce efectos ex nunc, deja sin efecto el acto declarado inconstitucional, la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria y la extinción del mismo, es decir, el acto administrativo no puede ser invocado o aplicado en el futuro, ya que no afectará las situaciones jurídicas firmes creadas, al amparo de dicho acto administrativo, antes de su revocatoria. En el segundo caso, la resolución positiva del amparo, trae como consecuencia la suspensión definitiva del acto, y sus efectos se retrotraen al momento que se produjo el acto de manera retroactiva, es decir, produce efectos ex tunc.

La suspensión, hace que pierda eficacia el acto, pero no lo extingue, sigue siendo parte del ordenamiento jurídico y tiene efecto porque cesa, evita y remedia el daño ocasionado; mientras que, con la extinción, el acto se elimina, sale del mundo jurídico o lo que es lo mismo, se lo expulsa del ordenamiento jurídico, no siendo aplicable en lo posterior. Por su parte, la revocatoria consiste en la declaración de

voluntad de la Administración, en virtud de la cual, se anulan o modifican los efectos jurídicos producidos por el acto revocado.

Es muy común plantear la acción incorrecta a seguirse en asuntos constitucionales, pues no existe una correcta diferenciación sobre los efectos de la acción de amparo y peor aún de su procedibilidad. De la misma manera existe problemas al no distinguir cuándo plantear una acción de amparo o cuándo demandar la inconstitucionalidad de un acto administrativo.

El acto objeto de la acción de inconstitucionalidad no requiere la simultánea existencia de un derecho público, de rango constitucional, violado o susceptible de serlo, mientras que en la acción de amparo la existencia del derecho con estas características es esencial, imprescindible e inexcusable; es decir, en la inconstitucionalidad basta que sea contrario a la Constitución por la forma o fondo; mientras que en el amparo imperativamente debe existir la violación efectiva del derecho constitucional.

La procedencia de la acción de inconstitucionalidad y la de amparo tienen presupuestos esencialmente diferentes y tienen finalidades distintas, pues la primera se fundamenta en la contradicción jerárquica y su finalidad es la preservación de la supremacía constitucional; la segunda se fundamenta en la violación de un derecho constitucional y tiene como finalidad la intangibilidad de los derechos constitucionales reconocidos, suspendiendo los efectos del acto lesivo y remediando el daño ocasionado.

El Recurso de Amparo no se encuentra regulado adecuadamente, existen vacíos legales que a mi parecer deben ser llenados para un mejor desenvolvimiento del proceso, como por ejemplo, no se establece expresamente el contenido de la demanda de amparo, como lo hace el Código Civil en el caso de una demanda común o el Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional en el caso de una demanda de inconstitucionalidad; existe un proyecto de Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional en el que se establecía los requisitos de una demanda de amparo, pero se quedó en proyecto.

RECOMENDACIONES

Debería existir una correcta regulación del Recurso de Amparo, como sucede en el caso de la demanda de inconstitucionalidad, superando los vacíos legales existentes, normativa que contemple por ejemplo el contenido de la demanda de amparo.

Por la importancia que la demanda de inconstitucionalidad y del recurso de amparo constitucional tienen en nuestro ordenamiento jurídico, ya que los dos se refieren a nuestra Carta Fundamental, sería pertinente crear una ley especial en la que se regule adecuadamente los dos procedimientos y se especifique claramente la procedencia tanto de la demanda de inconstitucionalidad como de la demanda de amparo constitucional, que si bien están regulados por leyes existentes, facilitaría su aplicación por parte de los proponentes, evitando confusiones en las dos causas y así agilizar los procesos.

Otra opción sería la creación de un Tribunal Especial, para que dentro del Tribunal Constitucional, conozca y resuelva en única instancia, como es en la demanda de inconstitucionalidad, estos recursos, los mismos que no serían objeto de apelación.

De la lectura del artículo “La acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos” del doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón, he podido reflexionar acerca del órgano competente para resolver los casos de inconstitucionalidad de los actos administrativos, y compartiendo el criterio emitido por el autor, concluí en que la naturaleza de esta acción corresponde al ámbito de lo contencioso administrativo ya que esta acción de inconstitucionalidad es muy similar a un proceso contencioso administrativo de anulación. Por otro lado, debería existir coherencia y coordinación en nuestro ordenamiento y, el control tanto de la inconstitucionalidad e ilegalidad deben estar controladas por el mismo órgano, contrario a lo que sucede en la actualidad, ya que los asuntos de constitucionalidad deben ser conocidos por el

Tribunal Constitucional, y los asuntos de legalidad deben ser conocidos por la justicia administrativa. Si la jurisdicción contencioso administrativa tiene capacidad para conocer la legalidad de los actos de la Administración Pública, debería poder conocer la inconstitucionalidad de los actos administrativos, al igual que los demás vicios existentes. Cabe recalcar que el artículo 273 de nuestra Constitución Política obligan a las autoridades administrativas a la aplicación de las normas constitucionales que sean pertinentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Acta Tercera de la Asamblea Constituyente, 5 de enero de 1998.
- Acta Cuarta de la Asamblea Constituyente, 6 de enero de 1998.
- Acta Quinta de la Asamblea Constituyente, 7 de enero de 1998.
- Acta Sexta de la Asamblea Constituyente, 8 de enero de 1998.
- Acta Séptima de la Asamblea Constituyente, 9 de enero de 1998.
- Constitución Española de 1812, Decreto Legislativo s/n, Registro Auténtico 1812, 01 de enero de 1812.
- Constitución Grancolombiana de 1821, Decreto Ley s/n, Registro Auténtico 1821, 01 de enero de 1821.
- Constitución Política de 1830, Decreto Legislativo s/n, Registro Auténtico 1830, 14 de junio de 1830.
- Constitución Política de 1835, Decreto Legislativo s/n, Registro Auténtico 1835, 13 de agosto de 1835.
- Constitución Política de 1843, Decreto Legislativo s/n, Registro Auténtico 1843, 01 de abril de 1843.
- Constitución Política de 1845, Decreto Ley s/n, Folleto 203, 03 de diciembre de 1845.
- Constitución Política de 1851, Decreto Legislativo s/n, Folleto 245, 25 de febrero de 1851.
- Constitución Política de 1852, Decreto Legislativo s/n, Folleto 287, 06 de septiembre de 1852.
- Constitución Política de 1861, Decreto Legislativo s/n, Diario de la Convención Nacional, 02 de mayo de 1861.
- Constitución Política de 1869, Decreto Legislativo s/n, Recopilación, 28 de julio de 1869.
- Constitución Política de 1878, Decreto Legislativo s/n, Folleto 409, 31 de marzo de 1878.
- Constitución Política de 1896, Decreto Legislativo s/n, Recopilación, 14 de enero de 1897.

- Constitución Política de 1906, Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 262, 24 de diciembre de 1906.
- Constitución Política de 1928, Ley s/n, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.
- Constitución Política de 1944, Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 228, 06 de marzo de 1945.
- Constitución Política de 1946, Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.
- Constitución Política de 1967, Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1984, Ley s/n, Registro Oficial 763, 12 de junio de 1984.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1993, Ley 25, Registro Oficial 183, 05 de mayo de 1993.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1996, Ley s/n, Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1997, Ley s/n, Registro Oficial 2, 13 de febrero de 1997.
- Constitución Política de la República del Ecuador, R.O 1, 11 de agosto de 1998.
- Código Civil, R.O 1860, 21 de noviembre de 1860.
- Código de Procedimiento Civil, R.O 104, 20 de noviembre de 1970.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, R.O 338 de 18 de Marzo de 1968.
- Ley de Control Constitucional, R.O 99, 2 de julio de 1977.
- Ley de Aviación Civil, Registro Oficial 509, 11 de marzo de 1974.
- Ley de Modernización del Estado, R.O 349, 31 de diciembre de 1993.
- Reglamento Sustitutivo del Reglamento a la Ley de Modernización, R.O
- Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional.
- Resolución Tribunal Constitucional No. 262. RO/ 492.
- Resolución Tribunal Constitucional No. 796-98-RA.II.S.
- Resolución Tribunal Constitucional No. 584-98-RA-II.S.
- Resolución Tribunal Constitucional 086-99-RA-III.S. Número 86. Caso 811.

- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo No. 2428. RO/ 536 de 18 de Marzo del 2002.
- Doctrina SB-2000-001, Superintendencia de Bancos.
- Tribunal Constitucional, Resolución 122-99-RA-III.S. Número 122, Caso 026.
- Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, R.O 184, 6 de octubre de 2003.
- Resolución Corte Suprema de Justicia No. 1. R.O 378 de 27 de Julio del 2001.
- Estatuto Transitorio del Control Constitucional; R.O 176, 26 de abril de 1993.
- Plan Nacional de Derechos Humanos; Decreto Ejecutivo 1527, R.O. 346, 24 de Junio de 1998.
- Decreto Ejecutivo 3493, Registro Oficial 735 de 31 de Diciembre del 2002.
- Decreto Ejecutivo No. 1527. RO/ 346 de 24 de Junio de 1998.
- Acuerdo Ministerial 202, Registro Oficial 801 de 6 de Agosto de 1984
- Convenio 000, Registro Auténtico 1948 de 10 de Diciembre de 1948.
- Juicio No. 22628-1880-B, Tribunal Distrital de lo Fiscal.
- Resolución No. 1131-2004-RA, Tribunal Constitucional.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; *“Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana”*; edición Tribunal Constitucional; editorial fundación Konrad Adenauer; Quito, 1999.
- ARIZAGA VEGA, Rafael; *“Las Constituyentes”*; primera edición; Editorial Fraga; Quito, 1998.
- BORJA CEVALLOS, Rodrigo; *“Derecho Político y Constitucional”*; tomo 2; Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana; Quito, 1971.
- BORJA y BORJA, Ramiro; *“Teoria General del Derecho Administrativo”*; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1985.
- BORJA y BORJA, Ramiro; *“Teoria General del Derecho y del Estado”*; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1977.
- ORDOÑEZ ESPINOSA, Hugo; *“La demanda de inconstitucionalidad en el Ecuador”*; 1 edición; PUDELECO, Editores S.A; Quito, 1997.
- OYARTE MARTÍNEZ, Rafael; *“Manual de Amparo Constitucional”*; Guía de Litigio Constitucional; Corporación Latinoamericana para el Desarrollo; Quito.

- OYARTE MARTÍNEZ Y OTROS; “*Procesos Constitucionales en el Ecuador*”; Tribunal Constitucional; serie 9; Quito, 2005.
- BENALCAZAR GUERRON, Juan Carlos; “*La lesión de los derechos fundamentales en cuanto causa de nulidad de los actos administrativos*”; Revista Judicial, sección D; Diario La Hora; Quito; 15 de marzo del 2004.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl; “*Lecciones sobre el Acto Administrativo*”; Thomson Civitas, segunda edición; España, 2004.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis; “*Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: personas y familia*”; Universidad Técnica Particular de Loja; Sexta Edición; Loja-Ecuador, 1999, pag. 50.
- MARIENHOFF S., Miguel; “*Tratado de Derecho Administrativo*”; Buenos Aires 1988.
- GARCÍA BACCA, Juan David; “*Cosas y Personas*”; Fondo de Cultura Económica; México, 1977.
- CALDERA DELGADO, Hugo; “*Manual de Derecho Administrativo*”; 1ª edición; Santiago, 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; “*Curso de Derecho Administrativo*”; sexta edición; Madrid, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás; “*Curso de Derecho Administrativo*”; duodécima edición; Madrid, 2004.
- DROMI, Roberto; “*Derecho Administrativo*”; 3ra edición; Ediciones Ciudad Argentina; Buenos Aires-Argentina, 1997.
- JARA CRISTI, Manuel; “*Manual de Derecho Administrativo*”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, 1948.
- DE VELASCO, Recaredo F; “*El Acto Administrativo*”; primera edición; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1929.
- VID VIDEL, Georges; “*Policopias Curso Administrativo de Derecho*”; Universidad de París; 1955.
- KELSEN, H; “*Teoría Pura del Derecho*”; 16 edición; Editorial Universitaria de Buenos Aires; Buenos Aires, 1979.
- CORAL QUINTERO, Ignacio; “*Elementos Constitucionales y de Teoría del Estado*”; Editorial Graficolor; Pasto, 1999.

- ENTRENA CUESTA, R.; “*Curso de Derecho Administrativo*”; Editorial Tecnos; Madrid, 1982.
- LOPEZ GUERRA, Luis; “*La justicia Constitucional en la Actualidad*”; Corporación Editora Nacional; Quito, 2002.
- ZABALA EGAS, Jorge; “*Derecho Constitucional*”; Tomo II; Editorial Edino; Guayaquil, 2002.
- BIELSA, Rafael; “*Derecho Administrativo*”; Tomo V; Editora e Impresora. BuenosAires; Buenos Aires, 1980.
- ESCOLA, Héctor Jorge; “*Compendio de Derecho Administrativo*”; Volumen II; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1990.
- MENDOZA GARCIA, Luis A, CARRILLO, Rigoberto; “*Diccionario Jurídico Instructivo y Práctico*”; Editorial Impresos Nueva Luz; Guayaquil-Ecuador.
- CORDOVA ALVAREZ, Pedro; “*El nuevo concepto de persona y su repercusión en el Derecho*”; Publicaciones del Departamento de Difusión Cultural de la Universidad de Cuenca; Cuenca-Ecuador, 1984.
- OLIVOS HERNANDEZ, Luis Fernando; “*Las personas jurídicas y sus atributos*” Tesis de Grado para optar el título de Doctor en Derecho; Bogotá, 1969.
- Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Boletín Jurídico No. 19/03/1998.
- www.tribunalconstitucional.gov.ec
- www.tc.gob.pe
- www.humanrightsmoreira.com
- www.giuri.unige.it
- www.diccionariojuridico.com
- www.ambito-juridico.com

JURISPRUDENCIA

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

No. 0031-2002-AA 28 de abril del 2003 2 sala TC

ANTECEDENTES:

El señor Gabriel Washington Riera Rodríguez, en su calidad de Secretario General de la Federación Provincial de Jubilados de Pichincha, y más de mil ciudadanos, solicitan se declare la inconstitucionalidad por el fondo, de los actos administrativos constantes en las Resoluciones del 8 de noviembre de 2001 y 13 de mayo de 2002, dictadas por el Subsecretario de Bienestar Social en uso de sus facultades el primero y, el segundo, como delegado del Ministro de Bienestar Social.

Manifiesta que el 7 de septiembre de 2001, la Directiva de la Federación Provincial de Jubilados de Pichincha, conformada y presidida por él, fue reconocida e inscrita en el Ministerio de Bienestar Social, previo el trámite correspondiente, para luego ser posesionada en sus funciones. Sin embargo, el Economista Fernando Moreno, jubilado, presentó una impugnación a la directiva presidida por el accionante aduciendo que se habían violado los Estatutos de la Federación de Jubilados de Pichincha, lo cual no es real pues la elección había sido realizada cumpliendo todos los requisitos estatutarios y legales, con la presencia del Dr. Jaime Baquero, funcionario de Asesoría Jurídica del Ministerio de Bienestar Social, quien posesionó a tal directiva electa, se han ejecutado actos ilícitos e ilegales, consiguiendo revocar la inscripción de la directiva.

Agrega que en la resolución de 13 de mayo de 2003, se dispuso convocar a nuevas elecciones y que las decisiones emitidas se han tomado en base a resoluciones inmotivadas.

Alega el demandante que se han violado los siguientes artículos de la Constitución: Art. 23, números 19 y 26, referentes a la libertad de asociación y la seguridad jurídica; y, 24, números 10, 12, 13, 14 y 17, que contienen principios que conforman el debido proceso.

El 5 de febrero de 2003, se califica la demanda y se la admite a trámite en virtud del sorteo realizado conforme a la ley, esta Sala asume la competencia de la causa el 19 de febrero de 2003, y corre traslado al Ministro y Subsecretario de Bienestar Social a fin de que contesten en el término de 15 días.

El Ministro de Bienestar Social y la Subsecretaría de Desarrollo Humano de dicha institución, contestan la demanda señalando en lo principal que los actos impugnados fueron dictados de acuerdo a lo establecido por la ley, los Estatutos de la Federación de Jubilados, y que fueron emanados de autoridad competente. Confunden estas autoridades la acción de inconstitucionalidad planteada con la acción de amparo constitucional, al señalar que no existe acto ilegítimo y por lo tanto el accionante no reúne los requisitos de los Arts. 95 de la Constitución y 46 de la Ley de Control Constitucional, señalando que los actos impugnados fueron dictados de acuerdo a lo establecido por los Arts. 176 y 179, números 1 y 6 de la Constitución; 17 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; y, 10, literales d) y j) del Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Bienestar Social.

Con estos antecedentes, esta Sala pasa a hacer las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- Esta Sala es competente para conocer la presente causa, conforme lo dispuesto por el Art. 276, número 2; y, 277, número 5 de la Constitución; así como a los Arts. 23 y siguientes de la Ley de Control Constitucional;

SEGUNDA.- No existe omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que el proceso es válido y así se lo declara;

TERCERA.- Los demandantes impugnan dos resoluciones del Subsecretario del Ministerio de Bienestar Social, la una dictada en base a sus facultades propias y la otra por delegación del Ministro del ramo. Las alegaciones que se realizan en la demanda se limitan a establecer que la autoridad que emitió los actos impugnados lo hizo incumpliendo disposiciones legales y los Estatutos de la Federación Provincial

de Jubilados de Pichincha, mencionando varios hechos que tienen que ver con una impugnación que había sido presentada por uno de los miembros de dicha federación. De lo expuesto se observa que se pretende que, a través de una acción de inconstitucionalidad, se revise si los actos impugnados cumplieron o no con los procedimientos legales y estatutarios, sin hacer una fundamentación debida sobre las supuestas violaciones constitucionales que contienen dichos actos, pues solamente se mencionan varios numerales de los Arts. 23 y 24 de la constitución como normas violadas, sin que exista explicación alguna sobre la forma como se cree que dichas disposiciones han sido violadas;

CUARTA.- A folios 11 y 12 de lo expediente, consta una copia de la resolución dictada por el subsecretario General de Bienestar Social en su calidad de delegado del Ministro de Bienestar Social de 13 de mayo de 2002, dentro del recurso presentado contra la revocatoria de la inscripción del Comité Ejecutivo de la Federación Provincial de Jubilados de Pichincha decidida el 8 de noviembre de 2001; mediante dicha resolución; mediante dicha resolución, se ordena proceder a realizar un nuevo proceso electoral, luego de haber sido revisada la impugnación que se presentara en contra del proceso por el cual fuera electo el Dr. Gabriel Riera Rodríguez; en la decisión de 13 de mayo de 2002, se señala que la elección de la directiva impugnada había sido realizada sin tomar en cuenta disposiciones estatutarias que la invalidaron; igualmente, en la resolución de 8 de noviembre antes mencionada, se hace un análisis de la impugnación presentada contra la inscripción de la antes mencionada directiva, y como es obvio también se fundamenta en al revisión de la documentación constante en el expediente tramitado y las normas estatutarias pertinentes;

QUINTA.- De la lectura de las resoluciones impugnadas, esta Sala no advierte la existencia de violación alguna a los artículos constitucionales señalados en la demanda. Cabe mencionar que una demanda de inconstitucionalidad como la presentada por los demandantes, el Tribunal Constitucional deber revisar si el texto del acto o actos impugnados contienen o no violaciones a la Constitución vigente, lo cual resultará del contraste de los mismos con las normas constitucionales que

hubieren alegado las partes; en el caso que nos ocupa, tal contraste no es posible llevarle a cabo, por cuanto las resoluciones impugnadas han sido dictadas dentro de un trámite administrativo en el que se han revisado los documentos pertinentes y se han analizado las normas pertinentes, sin que los demandantes hayan demostrado que para llegar a tales decisiones se hubiera violado la Constitución, lo cual no se encuentra justificado desde ningún punto de vista con la mera enunciación de varios artículos de la misma. No es competencia del Tribunal Constitucional, respecto de que si los actos impugnados han sido dictados en base a las normas legales y estatutarias que los rigen, ni revisar los hechos que provocaron tales actos; éstas son cuestiones de legalidad y deben ser canalizadas a través de la vía jurisdiccional correspondiente:

SEXTA.- Cabe recordar a los accionistas lo dispuesto por el Art. 14 del Reglamento de Trámites de Expedientes del Tribunal Constitucional, contentivo de los requisitos de la demanda de inconstitucionalidad contra actos administrativos, que en sus literales d) y e) señala: “*d) La fundamentación de hecho y de derecho que determine la violación alegada del o de los preceptos constitucionales; e) Las pruebas en que funda su pretensión jurídica, de ser el caso; y,* Con base en las consideraciones realizadas, esta Sala

RESUELVE:

- 1.- Desechar la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Dr. Gabriel Washington Riera Rodríguez y más de mil ciudadanos;
- 2.- Publicar la presente resolución en el Registro Oficial.- Notifíquese.

f)Dr. Luis Rojas Bajaña, Presidente, Segunda Sala.

f)Dr. Mauro Terán Cevallos, Vocal, Segunda Sala.

f)Dr. Osvaldo Cevallos Bueno, Vocal, Segunda Sala.

RAZON.- Siento por tal que el informe que antecede fue aprobado por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, a los veintiocho días del mes de abril del año 2003.- Lo certifico.

f)Dr. Roberto Lovato Gutiérrez, Secretario, Segunda Sala.

Fiel copia del original.- SEGUNDA SALA.- f) Secretario de la Sala.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

DEMANDA DE AMPARO CONSTITUCIONAL

No. 0715-2003-RA 22de enero del 2004 1 sala TC

ANTECEDENTES:

José Julio Aguirre Villavicencio, fundamentado en los artículos 95 de la Constitución Política, y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, comparece ante el Juzgado Séptimo de lo Civil de Pichincha, e interpone acción de amparo constitucional, en contra del Director Regional de Minería de Pichincha.

Manifiesta que, con fecha 11 de enero del 2001, presentó ante la Dirección Regional de Minería de Pichincha, una solicitud a fin de que se le otorgue una concesión minera, de explotación de materiales de construcción del área denominada YURAC, ubicada en la parroquia Pintag, Cantón Quito.

Con fecha 6 de junio de 2001, mediante oficio No. 469-DIREMIP-UTL, la Dirección Regional le solicita que en el término de 10 días se subsanen los defectos de su solicitud, la cual fue debidamente contestada el día 15 de junio de 2001.

Que sin ningún fundamento legal, el 19 de febrero de 2002, mediante auto resolutorio administrativo, el Director Regional de Minería, archivó el expediente del área YURAC.

Que en virtud de la ilegalidad de dicha resolución, la Dirección Regional, mediante resolución de 22 de marzo de 2002, notificada el 28 de los mismos mes y año, revoca el archivo del área minera y dispone, que se remita oficio No. 0627 DIREMIP 2002 de 10 de abril de 2002, al señor Director del INDA, a fin de que se pronuncie sobre

la solicitud de autorización presentada por el accionante, para la adjudicación en terrenos de su propiedad.

Que con fecha 3 de julio de 2003, presentó ante el INDA, una solicitud, para que se le certifique, que el término para contestar el oficio remitido el 10 de abril de 2002, por la Dirección Regional, había fenecido de conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos, y que mediante oficio No. 5666- SG-INDA-2003, se certifica el silencio administrativo, por parte del INDA.

Que una vez protocolizados los documentos que certificaban el silencio administrativo por parte del INDA, y mediante comunicación presentada el 29 de julio de 2003, solicitó al Director Regional de Minería de Pichincha, se le otorgue el título para la explotación de material es de construcción del área YURAC.

Que, sin contestación alguna a la comunicación de 29 de julio de 2003, y en virtud del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, mediante comunicación de 28 de agosto de 2003, solicitó se conceda una certificación del vencimiento del término para la contestación a su pedido.

Que con fecha 1 de septiembre de 2003, desconociendo la institución del Silencio Administrativo, fue notificado por el Director Regional de Minería de Pichincha, mediante oficio No. 993-DIREMIP-2003, indicando que de la revisión de la documentación que consta en el expediente administrativo denominado YURAC, se determina que no existe documento alguno con la autorización del Instituto de Desarrollo Agrario, por lo que al no haber subsanado los requisitos del artículo 14 inciso 3, del Reglamento General Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Minería, se procede al archivo del expediente.

Con los antecedentes expuestos, el accionante solicita se deja sin efecto el oficio Nro. 993-DIREMIP-2003 de 1 de septiembre del 2003, y la resolución de 5 de septiembre del 2003, en lo referente al área YURAC, emitidas por el Director Regional de

Minería de Pichincha, mediante las cuales no se autoriza al accionante la explotación del área minera denominada YURAC.

Con fecha 17 de septiembre del 2003, se lleva a cabo la audiencia pública en la cual el accionante, en lo principal, se afirma y ratifica en los fundamentos de su pretensión. Por su parte, el accionado manifiesta, que no existe acto administrativo ilegítimo, por cuanto el accionante, no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Ley de Minería, para la concesión de títulos mineros. Que no opera el silencio administrativo, si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente, es incompetente para resolver el asunto. Que no se ha violado norma legal o constitucional alguna, por cuanto el Director Regional de Minería, es competente para dictar actos administrativos de conservación y extinción de derechos mineros. Alega falta de legítimo contradictor, por cuanto el demandado no es la autoridad administrativa que debe conceder dicha autorización, por lo que alega la nulidad de la acción. Alega falta de citación al Procurador General del Estado e incompetencia del Juez, por cuanto la controversia entre sujetos de derecho minero y las autoridades mineras, deberán ser resueltas por los Tribunales Distritos de lo Contencioso Administrativo.

Con fecha 30 de septiembre de 2003, el Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha, resuelve conceder la acción propuesta, la misma que es apelada por el accionado para ante este Tribunal.

Con estos antecedentes, la Sala, para resolver realiza las siguientes

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo que dispone el artículo 276, número 3, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos.

TERCERA.- Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico, o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente, o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado, no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto.

Los actos impugnados en esta acción constan del oficio N° 993-DIREMIP-2003, de 1 de septiembre de 2003, en el que el director Regional de Minería de Pichincha, contesta la solicitud de 29 de julio de 2003, de otorgamiento de título para la explotación minera de materiales de construcción en el área minera denominada Yurac, al haberse resuelto favorablemente la petición de adjudicación por parte del INDA, por haber operado favorablemente el silencio administrativo, señalando que la petición se halla archivada por no haber subsanado los requisitos del artículo 14, inciso 3 del Reglamento a la Ley General de Minería; y, la resolución de 5 de septiembre de 2003, emitida por el Director Regional de Minería de Pichincha, en la que niega la certificación del vencimiento del término de 15 días para contestar la solicitud de 29 de julio de 2001 y se ratifica en la contestación constante del oficio de la de septiembre.

CUARTA.- Del análisis del proceso se concluye, que el señor Aguirre Villavicencio, solicitó en enero de 2001 el otorgamiento del título de concesión minera en el área denominada YURAC, sin que haya dado cumplimiento a los requisitos determinados

en el Reglamento a la Ley General de Minería, concretamente, la autorización del Instituto de Desarrollo Agrario, dado que el propio peticionario había señalado que el área solicitada estaba constituida por tierras baldías, por tanto procedía el cumplimiento del requisito previsto en el literal e) del artículo 52 del Reglamento a la Ley de Minería, que establece: “En los casos en que los terrenos en que se sitúe la concesión para la explotación de materiales de construcción fueren tierras baldías, de propiedad del Estado Ecuatoriano, se requerirá de la autorización del Instituto de Desarrollo Agrario INDA.”, que regula la aplicación del requisito previo de autorización, establecido en el artículo 34 de la Ley de Desarrollo Agrario.

En efecto, el peticionario no ha observado tal requisito, y, con posterioridad, pretende señalar, que el mismo se encuentra cumplido, en virtud del silencio administrativo positivo que habría operado, entendiéndose, por ello, que el INDA le habría otorgado tal autorización, conforme se desprendería del oficio N° 566 SG-INDA-2003; emitido por la Secretaria de INDA, que certifica que el término para contestar la petición presentada el 10 de abril de 2002, debió ser el 3 de mayo de 2002, en consecuencia se había vencido el término señalado en el artículo 28 de la Ley de Modernización, (fojas 3) . Al respecto, cabe señalar que, como señala el demandado, el supuesto silencio administrativo operó, no en torno a la solicitud efectuada por el ahora accionante, para que el INDA le adjudique el predio, sino en cuanto a la petición efectuada por el Director Regional de Minería de Pichincha, efectuada mediante oficio N° 0627-DIREMIP-2002-0000451 de 10 de abril de 2002, en el que solicitaba el pronunciamiento sobre la petición de adjudicación, es decir, solicitaba información respecto de la solicitud efectuada por el señor Aguirre Villavicencio al INDA, pues en el trámite para la concesión ante la Dirección Regional de Minería, había presentado copia de la solicitud de adjudicación dirigida al INDA, y es esta información que no se concedió dentro del término establecido en el artículo 28 de la Ley de Modernización, conforme reconoce el mismo actor en el oficio enviado al Director General de Minería de Pichincha, el 29 de julio de 2003 (fojas 9-11) , en el que pretende que el silencio administrativo ha operado a su favor, respecto a una solicitud que él no efectuó, lo que desvirtúa esta figura.

QUINTA.- La negativa de otorgamiento de la concesión minera al ahora accionante, por no haber cumplido requisitos dispuestos en la normativa vigente, no constituye acto ilegítimo, por el contrario, constituye un acto orientado a observar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

SEXTA.- En tanto la concesión minera a favor del accionante, constituía una mera expectativa, no se encuentra que los actos impugnados, que, en esencia niegan la pretensión, ocasión en daño grave.

SEPTIMA.- La presente causa no reúne los requisitos de procedibilidad de la acción de amparo.

Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala, en uso de sus atribuciones constitucional es y legales,

RESUELVE:

1. Revocar la resolución venida en grado; en consecuencia, negar el amparo solicitado;
2. Remitir el expediente al juez de origen, par el cumplimiento de los fines legales.-

NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

Dr. René de la Torre Alcívar PRESIDENTE VOCAL PRIMERA SALA

Dr. Miguel A. Camba Campos VOCAL PRIMERA SALA

Dr. Milton Burbano Bohórquez VOCAL PRIMERA SALA

RAZON.- Siento por tal que la resolución que antecede, fue discutida y aprobada por Los señores Magistrados de Primera Sala del Tribunal Constitucional que suscriben, a los veinte y dos días del mes de enero de dos mil cuatro.-Lo certifico.-

No. 0705-RA-2003 22 de enero del 2004 1 sala TC

ANTECEDENTES:

Arcadio Juan García Rosado, comparece ante el Juzgado Segundo de lo Civil de Los Ríos, y, fundamentado en los artículos 95 de la Constitución Política y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, interpone acción de amparo constitucional, en contra del Alcalde y Procurador Síndico del I. Concejo Cantonal de Babahoyo.

Manifiesta que con fecha 14 de agosto del 2000, el Alcalde del Municipio de Babahoyo, le extendió el nombramiento definitivo como Administrador de Mercados del Cantón, a cargo de la partida presupuestaria No.5.00.00.370.

Que el día miércoles 12 de marzo del 2003, fue notificado por medio de un empleado municipal, con la acción de personal innumerada, en la cual se le agradecían los servicios prestados a la Municipalidad.

Que, sin motivo alguno, pues en los dos años de antigüedad en la institución, no presenta ninguna clase de sanción que pueda perjudicar su hoja de vida, ni ninguna sanción disciplinaria que prescriba la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, fue destituido del cargo, por lo que este hecho, le causa graves e incalculables daños económicos a él y a su familia.

Con los antecedentes expuestos y en virtud de la violación constitucional de los artículos 23, numeral 27; 24 numerales 13 y 17 y 35 de la Constitución Política del Estado, solicitan se deje sin efecto el contenido de la acción de personal sin número de 12 de marzo del 2003, suscrita por el Alcalde y Jefe de Personal del Municipio de

Babahoyo, mediante la cual, se agradece los servicios prestados por el accionante en su cargo de Administrador de Mercados.

Con fecha 14 de mayo del 2003, se lleva a cabo la audiencia pública en la cual el accionante, en lo principal, se afirma y ratifica en los fundamentos de su pretensión. Por su parte, el accionado alega improcedencia del recurso por lo que se demanda la inconstitucionalidad del acto de acción de personal, declaratoria que le compete exclusivamente al Tribunal Constitucional. Alega también incompetencia del señor Juez, para conocer de la inconstitucionalidad demandada, y consecuentemente la nulidad del proceso.

Con fecha 22 de mayo de 2003, el Juez Segundo de lo Civil de los Ríos, resuelve conceder la acción propuesta, la misma que es apelada por los demandados para ante este Tribunal.

Con estos antecedentes, la Sala, para resolver realiza las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- La Sala es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo que dispone el artículo 276, número 3, de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA.- La acción de amparo procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos.

TERCERA.- Un acto es ilegítimo, cuando ha sido dictado por una autoridad que no

tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico, o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente, o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado, no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto.

CUARTA.- A fojas uno del expediente de primera instancia, consta la acción de personal innumerada de 12 de marzo de 2003, materia de esta acción, emitida el Alcalde de Babahoyo con el visto bueno del Jefe de Personal de la Municipalidad, con la explicación siguiente: “ Con fecha 12 de marzo del 2003, he procedido a agradecerle sus servicios prestados en esta Municipalidad”, sin que, por otra parte se haga referencia alguna a las razones por las cuales ha procedido en tal sentido, así como tampoco fundamenta legalmente su decisión.

QUINTA.- La Sala observa que los demandados, lejos de justificar la legitimidad de la acción de personal, se excepcionan manifestando que la pretensión del actor es la declaratoria de inconstitucionalidad del acto, por lo que consideran que para pronunciarse sobre el caso el Juez no tiene competencia. Al respecto, es necesario establecer que del contexto de la demanda, del fundamento jurídico, y de la misma pretensión, se observa claramente que la misma se orienta a obtener tutela de sus derechos, objetivo inequívoco de la acción de amparo, el cual no puede ser desvirtuado por consideraciones formales, tanto más si, en esencia, la violación de derechos consagrados en la Constitución, constituyen hechos inconstitucionales.

SEXTA.- No aparece del proceso que se haya instaurado el respectivo sumario administrativo o audiencia administrativa, según hubiera correspondido, atenta la condición de servidor de carrera del funcionario, conforme establece el Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a marzo de 2003, como garantía del debido proceso para determinar si un servidor público, se halla incurso en causales de destitución, se ha actuado con arbitrariedad, razón por la cual, la Sala

califica de ilegítimo el acto contenido en la acción de personal, mediante la cual se le agradece por sus servicios.

SEPTIMA.- Al haber sido separado de sus funciones el señor Arcadio Juan García Rosado, Administrador de Mercados, sin que precediera sumario o audiencia administrativos, se violó el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 23, numeral 27 de la Constitución, no se reconoció en su favor el derecho a ejercer la defensa, consagrado en el artículo 24, numeral 10; y, por otra parte, la acción de personal no contiene fundamentos de hecho, ni fundamentos legales que justifiquen la separación de su cargo, lesionando de esa manera el derecho a la motivación, que debe contener toda resolución de autoridad, como elemento esencial de los actos administrativos, que expresa el derecho a la información, contenido en el numeral 13 del artículo 24 de la Carta Política.

OCTAVA.- La separación ilegítima del cargo que venía desempeñando el actor, conlleva daño grave, no solo patrimonialmente, al privársele de un medio de trabajo y de ingresos, que permitan su subsistencia y la de su familia, sino también, se perjudica su imagen personal, ya que, no obstante haberse efectuado arbitrariamente, la separación de un funcionario, presupone haber incurrido en infracciones, que en el caso no se han presentado.

NOVENA.- Habiendo sido destituido ilegítimamente el actor y permanecido fuera de sus funciones, corresponde su reincorporación.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución del Juez de instancia; en consecuencia, conceder el amparo solicitado, suspendiendo la acción de personal impugnada;

2.- Remitir el expediente al Juez de origen para el cumplimiento de los fines legales.-

NOTIFIQUESE Y PUBLIQUESE.

Dr. René de la Torre Alcívar, VOCAL PRESIDENTE PRIMERA SALA

Dr. Miguel A. Camba Campos, VOCAL PRIMERA SALA

Dr. Milton Burbano Bohórquez VOCAL PRIMERA SALA

RAZÓN: Siento por tal que la resolución que antecede fue discutida y aprobada por los Magistrados de la Primera Sala del Tribunal Constitucional que suscriben el 22 de enero de dos mil cuatro.-Lo certifico.-

Dr. Jaime Pozo Chamorro SECRETARIO PRIMERA SALA ...

ANEXO 1

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ABOGADO-----, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil casado, domiciliado en la ciudad de Guayaquil, de profesión abogado, de ocupación_____, en mi calidad de usuario del servicio de energía eléctrica, debidamente respaldado en los artículos 276, numeral 1, 277 y 278 de la Constitución Política de la República y 23 y siguientes de la Ley de control Constitucional, ante usted acudo y muy respetuosamente planteo la siguiente DEMANDA DE INCOSTITUCIONALIDAD, de la resolución No. 028 del 2003, dictada por el Consejo Nacional de Electrificación CONELEC el 31 de enero del 2003, a través de la cual se incrementan las tarifas eléctricas, en clara violación de expresas normas constitucionales, como lo demostraré a continuación:

I

FUNDAMENTOS DE HECHO

Con sorpresa la colectividad ecuatoriana ha sido testigo de la ligereza e informalidad con la que el señor Presidente Constitucional de la República_____, a través del Consejo de Electrificación ha incrementado las tarifas del servicio eléctrico sin consideración alguna a sus compromisos electorales, circunstancia que evidencia un grave despropósito en lo anunciado y a la larga se pretende hacer en desmedro de la economía de los ecuatorianos y del sector productivo nacional, en circunstancias en que es indispensable la reactivación económica del Ecuador como el único medio idóneo de solventar la crisis en que se debate nuestro país.

Es evidente que se pretende omitir todo el proceso de análisis y el estudio técnico en base a cual se pueda evaluar y decidir la ilegalidad o no del incremento de las tarifas eléctricas, las mismas que no pueden ser fijadas al arbitrio del señor Presidente de la República y el Consejo Nacional de Electrificación CONELEC, sino que depende de un minucioso análisis de las cifras y valores de generación, transmisión y

distribución; es así que el artículo 6 del Reglamento de Fijación de Tarifas eléctricas establece los criterios para fijarlas, las mismas que deberán considerar los precios referenciales de generación, los costos medios del sistema de transmisión y el valor agregado de distribución; adicionalmente deben analizarse indicadores como los costos variables de la energía activa, el costo de la restricción técnica del sistema, los costos de inversión, los costos de comercialización y administración; elementos que a su vez deben someterse a una metodología de cálculo, al que debe sumarse el Valor Agregado de Distribución (VAD). Así mismo dicho Reglamento establece en el artículo 23 el período dentro del cual se podría proceder a la evaluación de las tarifas eléctricas, esto es el 30 de octubre de cada año. Todo ello como demostración de que la fijación de las tarifas no puede efectuarse por una simple disposición política que omita sustanciales elementos técnicos que permitan establecer un pliego tarifario justo y real.

La industria nacional ha soportado un costo de US\$ 0.8,70 kilovatio / Hora / Mes cifra que ya constituía una carga elevada para la población y para el aparato productivo. Sin considerar los elementos técnicos que he analizado, de manera arbitraria, el Señor Presidente de la República y del Directorio del CONELEC, mediante la resolución No. 028-2003 dictada el 31 de enero del 2003 ha incrementado las tarifas del sector eléctrico fijando en USD\$ 0.10,38 el kilovatio hora mes, convirtiendo así la tarifa por K / H / M en el Ecuador en la más cara de América y una de las más caras del mundo. Esto significa señores Vocales del Tribunal Constitucional, que se ha afectado a todos los usuarios y en especial al aparato productivo; sin considerar los elementos técnicos que he analizado, pues el monto que del incremento no obedece al análisis establecido en el Reglamento de Fijación de Tarifas, sino que mas bien pretende cubrir un déficit económico específico, siguiendo de manera incondicional, claros lineamientos del Fondo Monetario Internacional, en desmedro de todos los ecuatorianos, en especial de los millones de abonados residenciales que asumirán el costo de la carga inflacionaria de otra ilegal y antitécnica medida económica del Gobierno Nacional.

Cabe señalar que, según declaraciones del propio gerente de la distribuidora Azoguez, Ing. Patricio Crespo, publicadas en el Diario El Comercio de 29 de enero

del 2003, página B2, es innecesario el ajuste y que debe regularse la especulación con los precios en el Mercado Eléctrico Mayorista que es la causal real de déficit para las distribuidoras.

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

VIOLACIONES A LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN

Los graves antecedentes expuestos determinan sin lugar a dudas que, de la manera más audaz y flagrante se ha violado los DERECHOS Y DEBERES CONSAGRADOS EN LOS ARTICULOS 3, NUMERALES 4 y 5; 23, NUMERAL 20 y 26; 244 NUMERAL 8 Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD dispuestos por el artículo 119 de la Constitución Política de la República, a través de la comisión de un acto ilegítimo de autoridad pública.

ART. 3, NUMERALES 4 Y 5

En las medidas tomadas por el Presidente de la República a través del CONELEC se han omitido elementales requisitos legales y reglamentarios, se contraponen con los numerales 4 y 5 del artículo 3 de la Carta Política, los que disponen que es deber primordial del Estado : “ 4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo; y, 5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.”. Las medidas no contribuyen al progreso económico del país y menos a erradicar la pobreza de sus habitantes, quienes son los directamente afectados por el desmedido y antitécnico incremento tarifario.

ART. 23, NUMERAL 20 Y 26

La actual Carta Política establece como uno de los derechos civiles de los ecuatorianos, el derecho a una calidad de vida que asegure la salud y la dotación de servicios básicos necesarios para el desarrollo humano óptimo, circunstancia que se contrapone abiertamente a lo pretendido por el señor Presidente de la República quien a través de la Resolución No. 028-2003 dictada por el CONELEC, limitan el

acceso de los ecuatorianos a uno de los principales servicios básicos, así también violenta directamente la seguridad jurídica como derecho constitucional al ser ésta una Resolución timada sin la menor consideración al Reglamento de Fijación de Tarifas Eléctricas y por lo tanto a la Ley, transformándose por ende en inconstitucional.

ART. 244, NUMERAL 8

Con acierto, la Asamblea Constitucional de 1998, estableció en la actual Constitución de la República, en su artículo 244, que dentro del sistema de economía social de mercado, al Estado le corresponde: “ 8. Proteger los derechos de los consumidores...”, circunstancia que como se ha demostrado hasta la saciedad, no ha sido acatada por el ejecutivo en la toma de anteriores medidas económicas y tampoco, a través de la antitécnica e ilegal Resolución No. 028-2003 del CONELEC dictada el 31 de enero del 2003.

ART. 119

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- Los actos de los organismos de la administración pública no pueden ser manejados al arbitrio de quienes en un momento determinado ejercen su dirección, estos deben obedecer al PRINCIPIO UNIVERSAL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS PUBLICOS, en virtud del cual en derecho público (como corresponde al presente caso) solo se puede hacer lo que la ley y el reglamento expresamente faculta; este principio fue incorporado por los asambleístas en el artículo 119 de la Carta Fundamental, cuyo texto reza:

“Art. 119.- Las Instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos **no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley** y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.”.

Como se ha observado en el presente caso, la pretensión del señor Presidente ha sido materializada por la Resolución No. 020-2003 dictada por el CONELEC el 31 de enero del 2003, la que omite casi en su totalidad los requerimientos legales y técnicos que deberían sustentar un incremento **LEGITIMO** del pliego tarifario, lo que

demuestra una clara extralimitación de funciones legales, circunstancia que le pone al margen de sus atribuciones constitucionales y legales.

III

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Con todos los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, y una vez que he demostrado la inconstitucionalidad de la Resolución No. 028-2003 dictada por el Directorio del CONELEC el 31 de enero del 2003, solicito a usted, en mi calidad de usuario y abonado del servicio eléctrico, tal cual lo expuse anteriormente, en virtud de lo prescrito en el Art. 276 numeral 1 y 277 de la Constitución Política, así como el Art. 18 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, se sirva **declarar la inconstitucionalidad** de la Resolución por la violación de las normas constitucionales expuestas y disponga la publicación de dicha declaratoria de inconstitucionalidad en el Registro Oficial, conforme lo dispuesto en el Art. 278 de la Carta Magna.

IV

TRAMITE

A la presente acción de inconstitucionalidad, usted señor Presidente del Tribunal, se servirá dar el trámite contemplado en los artículos 18 y siguientes de la Ley de Control Constitucional.

V

LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ACCION

La legitimación activa de la presente acción corresponde al señor _____, Director Ejecutivo del CONELEC, representante legal del mismo según lo señalado en el Art. 17 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

Al señor doctor _____, Procurador General del Estado se le citará en sus oficinas ubicadas en la calle Robles No. 731 y Av. Amazonas de esta ciudad de Quito D.M.

VI
PROCEDIBILIDAD

En acatamiento de lo dispuesto por el artículo 18, literal e) de la Ley de Control Constitucional, adjuntamos a la presente demanda, adjuntamos a la presente demanda, el informe favorable de procedibilidad por el señor Defensor del Pueblo.

VII
NOTIFICACIONES

Las notificaciones que no corresponderán las recibiré en el casillero constitucional número ____.

Firmo con mis Abogados defensores _____, profesionales a quienes faculto expresamente, a fin de que a mi nombre y representación suscriban, individual o conjuntamente, cuanto escrito sea necesario para la tramitación de la presente Demanda de Inconstitucionalidad.

ANEXO 2

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA:

Nosotros: -----, en mi calidad de apoderado de la Administradora de Fondos -----; -----, en mi calidad de apoderado de la Fundación -----; y, -----, por mis propios derechos, ante usted presentamos el siguiente recurso de amparo constitucional, al tenor de lo dispuesto en el Art. 31 de la Constitución Política de la República y a lo establecido en el Art. 46 de la Ley de Control Constitucional:

I.- ANTECEDENTES:

1.1.- EL Consejo Nacional de Valores dictó el “ACUERDO CNV-97-025” el 2 de diciembre de 1.997, que nos fue notificado el jueves 4 de estos mismos mes y año, “Acuerdo” que está suscrito por -----, Superintendente de Compañías y Presidente del Consejo Nacional de Valores, con el cual se establecen las siguientes sanciones:

- A la Administradora de Fondos-----, la multa de siete mil ciento veinte millones cuatrocientos veinticuatro mil setecientos treinta sucres (S/. 7.120'424.730), que equivale al 30% de la transacción, cuyo monto fue de veintitrés mil setecientos treinta y cuatro millones setecientos cuarenta y nueve mil ciento un sucres (S/. 23.734'749.101), porque, según el “Acuerdo” que mediante este recurso impugnamos, ----- ***“ha faltado a sus deberes y obligaciones previstos en la Ley de Mercado de Valores, haberse excedido en las atribuciones concedidas por la Ley en el ejercicio, administración y disposición de los bienes y títulos valores constitutivos del patrimonio autónomo del FIDEICOMISO MERCANTIL -----, y por haber desnaturalizado ese contrato y haber actuado fuera del marco legal y reglamentario vigente para los contratos de fideicomiso mercantil y sus fondos autónomos; por haber obstado, en forma manifiesta, el cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 60 de la Ley de Mercado de Valores en relación al procedimiento al que debió someterse la transacción relativa***

*a la transferencia del paquete accionario de más del 15% de acciones del Banco ---
-----, opacando de esta manera el mercado y eludiendo el cumplimiento de lo
previsto en la Resolución de la Junta Bancaria de 17 de abril de 1997”.*

- A la Fundación -----y al -----, les obliga a realizar la transferencia de las acciones del Banco ----- a terceros, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 53 numeral 5° de la Ley de Mercado de Valores, “*fuera del grupo liderado por el Banco ----- en el plazo de 60 días, a contarse desde el día siguiente a la fecha de notificación con la presente Resolución*”.
- Ordena también la suspensión de los derechos de accionista de quien conste inscrito como tal en el Libro de Acciones y Accionistas del Banco -----, respecto a los ciento ocho millones quinientas dos mil seiscientos diecinueve (108’502.619) acciones.
- Suspende los derechos de accionista respecto al millón doscientas cincuenta y ocho mil sesenta y seis (1’258.066) acciones transferidas a la Fundación -----.
- Ordena suspender el ejercicio de los derechos de accionista al -----
---- respecto de los ciento siete millones doscientas cuarenta y cuatro mil quinientas cincuenta y tres (107’244.553) acciones del Banco ----- que le fueron transferidas el 20 de agosto de 1997.

1.2.- El día martes 9 de diciembre de 1997, a las 17h00, la Administradora de Fondos -----presentó al Secretario del Consejo Nacional de Valores una petición de ampliación y aclaración del “Acuerdo” arriba aludido, con la sola finalidad de tratar de que se aclaren todas las incongruencias, absurdos y despropósitos en él contenidos, y de que contemple todo lo que debió contener.

El Consejo Nacional de Valores, con celeridad digna de mejor propósito, mediante Oficio N° CNV.97.095 de diciembre 10 de 1997 (esto es, al día siguiente) pone en conocimiento de la Administradora de Fondos -----, que el Consejo

Nacional de Valores en sesión realizada el mismo 10 de diciembre de 1997 acordó desechar la solicitud de aclaración y ampliación del “Acuerdo” N° CNV-97-025.

De inmediato y sin más trámite, el mismo 10 de diciembre de 1997 el Superintendente de Compañías emitió el TITULO DE CREDITO N° 056365, a cargo de la Administradora de Fondos -----, por la suma de S/. 7.120'424.730 en concepto de “MULTA IMPUESTA POR EL CONSEJO NACIONAL DE VALORES, SEGUN ACUERDO N° CNV-97.025 DE DICIEMBRE 2 DE 1997”, con la dolosa intención de hacerlo efectivo en la más inmediata forma posible, para así terminar de consumir la enorme serie de atropellos que con todo este tortuoso y abiertamente inconstitucional procedimiento ha cometido en detrimento nuestro.

II.- MARCO CONSTITUCIONAL QUE NOS PROTEGE:

La Constitución Política de la República garantiza como derecho de la persona, en el Art. 22:

- En el **numeral 6**, la igualdad ante la Ley;
- En el **numeral 12**, la libertad de trabajo, comercio e industria, con sujeción a la Ley;
- En el **numeral 13**, la libertad de contratación con sujeción a la Ley.
- En el **numeral 19**:

Literal c) que nadie será reprimido por acto u omisión que, al momento de cometerse, no estuviere tipificado ni reprimido como infracción penal, ni podrá aplicársele una pena no prevista en la Ley.

Literal d) que ninguna persona puede ser distráida del Juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto, cualquiera que fuere su denominación.

Literal e) que nadie podrá ser penado sin juicio previo ni privado del derecho de defensa en cualquier estado o grado del proceso.

La Constitución, además, en el inciso tercero de su Art. 74, establece que los órganos del Poder Público solo pueden actuar en la órbita y en la esfera de su competencia, al

prescribir que *“Todo órgano de poder público es responsable y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en esta Constitución y en la Ley”*.

El ecuatoriano es un Estado democrático, y por lo tanto, impone a sus autoridades la sujeción de sus acciones al marco de la Constitución y de la Ley, por ello dispone, en el Art. 2 de la Constitución, que es una función primordial del Estado asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre.

La Constitución Política ha creado organismos de control, entre los cuales se encuentran la Superintendencia de Bancos (Art. 145) y la Superintendencia de Compañías (Art. 146).

III.- ANÁLISIS JURÍDICO Y CONSTITUCIONAL DEL “ACUERDO” DEL QUE RECURRIMOS EN EL PRESENTE AMPARO CONSTITUCIONAL:

3.1.- El Consejo Nacional de Valores sostiene que la Administradora de Fondos ---
----- se encuentra incurso en la infracción prevista en el Art. 52 numeral 11 de la Ley de Mercado de Valores.

Este artículo establece las siguientes infracciones:

- 1) Proveer al mercado información que no refleje adecuadamente la situación financiera, patrimonial o económica de la empresa, o difundir noticias falsas o tendenciosas;
- 2) Realizar actividades tendientes a fijar o hacer variar los precios de los valores;
- 3) No difundir en la forma, con la periodicidad u oportunidad que determine el Consejo Nacional de Valores, la información cuya divulgación se exige en los términos de la presente Ley y de sus normas complementarias;

- 4) Operar en base a información privilegiada no difundida, según lo requiere en los términos de la presente Ley y sus normas complementarias;
- 5) Adquirir, para sí o para terceros, acciones de compañías que estén inscritas en bolsa sin someterse al procedimiento de aviso de adquisición, cuando éste sea requerido;
- 6) Permitir que los fondos de inversión no se rijan por las disposiciones de esta Ley y sus normas complementarias;
- 7) Acordar, decidir, permitir o no oponerse a que empresas en estado de quiebra, lleven a cabo emisiones de valores, sin previamente informar al Consejo Nacional de Valores y a la Superintendencia de Compañías, en ejercicio de funciones de auditor interno o externo, calificadora de riesgo o administrador;
- 8) Realizar actividades establecidas, permitidas o reguladas por esta Ley sin estar inscrito en el registro del mercado de valores;
- 9) Favorecer o perjudicar a determinados grupos o personas siendo miembro del Consejo nacional de Valores, o encontrándose en el ejercicio de facultades de supervisión, control, fiscalización y revisión;
- 10) Efectuar calificaciones de riesgo que no se ajusten a la situación real del valor; y,
- 11) Faltar a los deberes y obligaciones o incurrir en las prohibiciones tipificadas en esta Ley o en sus normas complementarias.

Como hemos visto ya en el acápite I, de antecedentes, del presente recurso, el Consejo Nacional de Valores ha sancionado a la Administradora de Fondos -----, porque según el numeral 11 del artículo antes transcrito, “*hemos faltado a*

los deberes y obligaciones o hemos incurrido en las prohibiciones tipificadas en la Ley o en sus normas complementarias”.

Lo menos que se podía esperar es que se precise cuáles son esas faltas que en el “Acuerdo” del que recurrimos a través del presente amparo constitucional, se dice hemos cometido.

Cierto es que la Ley de Mercado de Valores faculta a la Superintendencia de Compañías a conocer y sancionar las infracciones a la Ley de Mercado de Valores y su Reglamento. Sin embargo, en el “Acuerdo” (Resolución) del que interponemos el presente recurso de amparo constitucional, de manera absolutamente general, y por consiguiente sin precisión alguna, se menciona que -----se hace acreedor a la sanción de multa por:

- *Haber faltado a sus deberes y obligaciones previstos en la Ley de Mercado de Valores.*

- *Por haberse excedido en las atribuciones concedidas por la Ley en el ejercicio, administración y disposición de los bienes y títulos valores constitutivos del patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil -----
-----.*

- *Por haber desnaturalizado ese contrato y haber actuado fuera del marco legal y reglamentario vigente para los contratos de fideicomiso mercantil y sus fondos autónomos.*

- *Por haber obstado, en forma manifiesta, el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 60 de la Ley de Mercado de Valores en relación al procedimiento a que debió someterse la transacción relativa a la transferencia del paquete accionario del 15% de acciones del Banco --
-----”.*

Si el listado de “imputaciones” que se le atribuyen haber cometido al Fondo -----
-----comparamos con las infracciones tipificadas en el Art. 52 de la Ley de
Mercado de Valores, usted, señor Juez, observará que NINGUNA DE TALES
IMPUTACIONES SE HALLA TIPIFICADA COMO INFRACCIÓN EN EL CITADO ART. 52 DE LA
LEY DE MERCADO DE VALORES, ni en ninguna de sus otras disposiciones, lo que
evidencia que se está penalizando a una persona jurídica por actos, acciones u
omisiones que no se encuentran tipificados en la ley como infracción sujeta a pena.

La única referencia que hace el “Acuerdo” es al numeral 11 del Art. 52 de la Ley de
Mercado de Valores que, técnica, real y prácticamente no tipifica nada. Sancionar a
una persona jurídica con sola esta disposición es casi lo mismo que sentenciar a una
persona natural por “haber faltado a sus deberes y obligaciones establecidas en el
Código Penal”. Tamaño absurdo no resiste el menor análisis.

3.2.- El Consejo Nacional de Valores *“considera que deben transferirse a terceros
las acciones que, el día 20 de Agosto (sic.) de 1997, fueron materia de la donación
en favor de la Fundación del Banco del Pichincha y de la transferencia en favor del
Ing. Pablo Salazar Egas..., asegurando de esa forma que la nueva transferencia se
realice fuera del grupo liderado por el Banco -----, provocando así, de
manera efectiva y real, la ruptura de los nexos de poder y control que se ejercen, por
parte del grupo del Banco -----, sobre el paquete accionario del Banco-
-----”*.

Sostiene, además, el Consejo Nacional de Valores, que *“por los razonamientos
anteriores... debe ratificarse la suspensión en el ejercicio de los derechos de
accionista de la Fundación Banco -----, respecto de las 1’258.066 acciones
...con excepción de aquellas facultades que le permitan cumplir con la transferencia
de acciones a terceros...”*.

Expresa, además, el Consejo Nacional de Valores, *“que así mismo, procede
suspender el ejercicio de los derechos de accionista del -----, respecto*

de las 107'244.553 acciones ...con excepción de aquellas facultades que le permitan cumplir con la transferencia de acciones a terceros...”.

Con fundamento en las consideraciones que acabamos de expresar, el Consejo Nacional de Valores impone a la Fundación ----- dos sanciones: **a)** la sanción prevista en el numeral 5) del Art. 53 de la Ley de Mercado de Valores, esto es, la obligación de venta de las acciones, forzándole a transferir las 1'258.066 acciones del Banco -----, que le fueron donadas por el Fideicomiso ----- administrado por la Administradora de Fondos -----; y, **b)** la sanción prevista en el numeral 4) del Art. 53 de la Ley de Mercado de Valores, esto es, la suspensión en el ejercicio de los derechos de accionista respecto de las ya mencionadas 1'258.066 acciones del Banco-----, con excepción de los derechos que sean necesarios para que la Fundación ----- cumpla la sanción arriba mencionada, esto es, la sanción de obligarle a transferir las indicadas acciones a terceros fuera del grupo liderado por el Banco -----.

Procediendo de idéntica manera, el Consejo Nacional de Valores por las mismas consideraciones que acabamos de anotar respecto de la Fundación -----, impone también al señor ----- las mismas dos sanciones ya anotadas, esto es: **a)** la sanción prevista en el numeral 5) del Art. 53 de la Ley de Mercado de Valores, esto es, la obligación de venta de las acciones, forzándole a transferir las 107'244.553 acciones del Banco que en la Bolsa de Valores de Quito adquirió por compra hecha al Fideicomiso ----- administrado por la Administradora de Fondos -----.; y, **b)** la sanción prevista en el numeral 4) del Art. 53 de la Ley de Mercado de Valores, esto es, la suspensión en el ejercicio de los derechos de accionista respecto de las ya mencionadas 107'244.553 acciones del Banco -----, con excepción de los derechos que sean necesarios para que el ----- cumpla la sanción arriba mencionada, esto es, la sanción de obligarle a transferir las indicadas acciones a terceros fuera del grupo liderado por el Banco-----.

Es preciso hacer notar a usted, señor Juez, que tanto a la Fundación del Banco -----
----- como al señor ----- se han impuesto las dos sanciones arriba
señaladas, y que sin embargo en ninguna parte del “Acuerdo” se ha establecido ni
señalado infracción alguna que estas dos personas hayan cometido. Esto nos pone
frente al absurdo caso de que se sanciona con la imposición de doble pena a dos
personas (una jurídica y otra natural) que no han cometido infracción de ninguna
clase. En otras palabras, SE SANCIONA, Y POR PARTIDA DOBLE, A DOS
PERSONAS ABSOLUTAMENTE INOCENTES.

IV.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE EL ACUERDO N° CNV-97-
025 DEL CONSEJO NACIONAL DE VALORES, Y SU ANTECEDENTE
LA RESOLUCIÓN N° 97.1.5.2 2427 DE LA INTENDENCIA DE
MERCADO DE VALORES DE QUITO, VIOLAN:

4.1.- **La igualdad ante la Ley**, prevista en el Art. 22 numeral 6 de la Constitución
Política de la República, al prohibir al ingeniero ----- adquirir las acciones
del Banco ----- que fueron vendidas por el Fideicomiso -----.
En realidad, el “Acuerdo” del que recurrimos por el presente amparo constitucional
obliga al ingeniero ----- a vender y transferir a terceros las 107’244.553
acciones del ----- que adquirió en la forma arriba mencionada,
obligación que comporta la prohibición de que él mantenga en su poder y propiedad
tales acciones. En otras palabras, cualquier persona, natural o jurídica, nacional o
extranjera, tiene para el Consejo Nacional de Valores el derecho de adquirir tales
acciones, menos el ingeniero -----, a quien de esta manera se le pone en
una situación violenta de desigualdad, por el delito de su condición social de ser
sobrino del Dr. -----.

4.2.- **La Libertad de Comercio**, contemplada en el Art. 22 numeral 12 de la
Constitución Política de la República al, soterrada y veladamente, imponer la
prohibición de transferir con entera libertad y a favor de quien su titular tenga a bien,
la totalidad del paquete accionario de propiedad del Fideicomiso -----,
administrado por la Administradora de Fondos -----, puesto que al

pretender obligarle a vender la totalidad del paquete de acciones como un todo indivisible, por la supuesta e inexistente violación del Art. 60 de la Ley de Mercado de Valores, se le está implícitamente prohibiendo que ejerza a plenitud la garantía constitucional de la libertad de comercio e imponiéndole ilegítima e ilícitamente a tal libertad de comercio restricciones no contempladas en ninguna disposición legal.

El Art. 60 de la Ley de Mercado de Valores dispone lo siguiente:

“Los emisores, intermediarios u otras personas que oferten en bolsa, u otro mecanismo centralizado de negociación, paquetes accionarios que representen más allá del 15% del capital suscrito de una compañía, deberán hacer pública tal intención con al menos 7 días de anterioridad”.

La Administradora de Fondos -----, como administradora de un fideicomiso mercantil tiene que cumplir las disposiciones del constituyente, disposiciones que están dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad contractual, que el Estado no puede regular. ----- no está obligada a transferir el 15,069% de las acciones de que es titular por cuenta del Fideicomiso ---- ----- en el capital del Banco ----- en la forma que establece el transcrito Art. 60 de la Ley de Mercado de Valores, pues la Administradora de Fondos había transferido, con anterioridad, el 14,895% del capital suscrito del Banco ----- a favor del ingeniero -----, esto es, 107'244.553 acciones, y el saldo del 0.174% del capital de dicho Banco -----, esto es, 1'258.066 acciones del mismo, a la Fundación Banco -----.

La Administradora de Fondos no ofertó más allá del 15% del capital suscrito del Banco -----, sino que se limitó a ofertar el 14,895% de ese capital, con lo cual que no llegó al porcentaje mínimo establecido por la Ley para que la oferta deba ser hecha pública en los términos del Art. 60 de la Ley de Mercado de Valores.

4.3.- **La Libertad de Contratación**, reconocida en el Art. 22 numeral 13 de la Constitución Política, pues, en forma ilegítima pretende imponer condiciones a un contrato de fideicomiso, condiciones que las partes de dicho contrato en goce de su

libertad contractual, no pactaron y, por cierto, el texto de tales acuerdos no vulnera ninguna disposición de la Ley de Mercado de Valores.

Las apreciaciones que el Consejo Nacional de Valores efectúa sobre el contrato de Fideicomiso Mercantil, contradicen al contrato sin ser parte de él y sin tener capacidad ni facultad legal para ello; contradicen, incluso, la expresa voluntad manifestada por el constituyente del -----, violando la garantía constitucional de libertad contratación y la autonomía de las partes que intervinieron en tal contrato de fideicomiso mercantil, arrogándose, además, para ello, el Consejo Nacional de Valores, la calidad y atribuciones de policía de un contrato privado en el que nadie le ha pedido, facultado ni autorizado a intervenir.

4.4.- **Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Previa Lege**. Se trata, en este caso, de la garantía constitucional prescrita en el Art. 22 numeral 19 literal c) de la Constitución Política, garantía que ha sido violada por el Consejo Nacional de Valores en el “Acuerdo” que por este recurso de amparo constitucional impugnamos, pues los actos por los que se impone la sanción no están tipificados como infracciones en la Ley de Mercado de Valores, como ya se analizó anteriormente.

Demostramos que el “Acuerdo” sanciona a la empresa Administradora de Fondos --- ----- por lo dispuesto en el Art. 52 numeral 11 de la Ley de Mercado de Valores, norma que como también ya lo vimos anteriormente, en realidad no tipifica ninguna infracción en concreto. Por lo tanto, si la sanción que a esta administradora de fondos ha sido impuesta es una pena, ésta debía provenir de un acto típicamente injurídico.

En el Código Penal se establece, en el Art. 1, que: “*Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena*”.

El Art. 51 del Código Penal establece que la multa es una pena.

Si, como queda claramente establecido, el “Acuerdo” y la “Resolución materia del presente recurso de amparo constitucional han aplicado una pena a la Administradora de Fondos -----, y dos penas a los otros dos recurrentes, son plenamente oponibles los siguientes principios jurídicos generales, válidos también en la órbita del Derecho Penal Administrativo:

- a) Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.
- b) No hay infracción cuando el acto está ordenado por la Ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente.
- c) Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.
- d) A nadie puede imponerse dos sanciones por un mismo acto.
- e) Nadie puede ser sancionado por una infracción de la que no es responsable, y menos puede ser sancionado sin que se le haya siquiera imputado la comisión de infracción alguna.

Adicionalmente a estos principios del régimen penal ecuatoriano, le son aplicables también los principios de la Ley Civil, y entre éstos y particular y señaladamente, aquella garantía al obrar de la persona, recogida en el aforismo jurídico que dice que “en Derecho Privado se puede hacer todo lo que no esté prohibido”, y que en nuestra ley positiva consta como Art. 8 del Código Civil, con el siguiente texto: “*A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la Ley*”.

Todos estos principios los reconoce el Consejo Nacional de Valores cuando en el “Acuerdo” objeto de este recurso constitucional, se pronuncia de la siguiente manera:

“... el examen jurídico de la normatividad vigente, deja concluir que existe insuficiencia en la legislación y reglamentación vigentes en lo relativo a establecer la responsabilidad y las sanciones para las entidades que han actuado como cabeza de grupo ya sea financiero o empresarial” (Página 2 del “Acuerdo” CNV-97-025 de 2 de diciembre de 1997).

PESE A ESTO NOS SANCIONAN

4.5.- **La Competencia del Juez.**- En el Art. 22 numeral 19 literal d) de la Constitución Política del Estado, se contiene y reconoce también la garantía de que *ninguna persona puede ser distraída del juez competente*. El Consejo Nacional de Valores ha impuesto las sanciones o penas arriba expresadas en el presente recurso de amparo constitucional, aduciendo violación por parte de la Administradora de Fondos -----, del contrato de fideicomiso mercantil celebrado con el Banco -----. Sucede, señor Juez, que el contrato de fideicomiso mercantil es una institución regulada por el Código de Comercio y no por la Ley de Mercado de Valores, y por consiguiente el Superintendente de Compañías no tiene facultad alguna para intervenir ni a petición de parte y peor de oficio, ni de ninguna manera, en el ámbito íntimo, privativo y exclusivo del contrato de fideicomiso celebrado entre dos personas al amparo del Código de Comercio. De donde, al haber primero la Intendencia de Mercado de Valores de Quito en representación del Superintendente de Compañías, y luego el Consejo Nacional de Valores, sancionado en sus respectivas a varias personas imputándoles violación al contrato de fideicomiso, se han arrogado las funciones y atribuciones que en forma exclusiva y excluyente confiere la legislación ecuatoriana a los jueces ordinarios, y distrajeron así, entonces, a todos los sancionados, esto es, a los recurrentes, de su juez competente, que para el efecto y en lo relacionado con el contrato de fideicomiso mercantil que dio nacimiento al Fideicomiso -----, es el Juez de lo Civil de Pichincha, o un tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, pues en el contrato de fideicomiso en cuestión las partes pactaron este sistema alternativo para la resolución de sus eventuales disputas. El “Acuerdo” viola, por tanto, la garantía constitucional de que nadie puede ser distraído de su juez competente, pues los recurrentes fuimos

juzgados administrativamente por la Superintendencia de Compañías y por el Consejo Nacional de Valores, sin que sean competentes para resolver sobre lo relacionado con el contrato de fideicomiso mercantil.

4.6.- **El Debido Proceso.**- Este derecho, previsto en el Art. 22 numeral 19 literal e) de la Constitución Política del Estado, es aquel que manda que nadie puede ser penado sin juicio previo ni privado del derecho de defensa en cualquier estado o grado del proceso.

El “Acuerdo” viola la garantía del debido proceso establecida, como se acabó de señalar, en el Art. 22 numeral 19 literal e) de la Constitución Política de la República del Ecuador, pues, los recurrentes no solo que no tuvimos ningún derecho a la defensa cuando se instauró un proceso administrativo por parte de la Intendente de Mercado de Valores de Quito, el 1° de octubre de 1997, y que dio como resultado la Resolución N° 97.1.5.2 2427, que es la base y antecedente más próximo del “Acuerdo” CNV-97-0025, sino que ni siquiera se siguió un proceso contradictorio en el que se nos haya hecho saber de la existencia del proceso administrativo que se seguía en nuestra contra.

En el Registro Oficial N° 457, de 8 de junio de 1994, se publica la Resolución CNV-94-007 que contiene el REGLAMENTO QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADMINISTRACIÓN, IMPOSICIÓN Y GRADACIÓN DE LAS INFRACCIONES, SANCIONES Y APELACIONES DETERMINADAS EN LA LEY DE MERCADO DE VALORES.

En verdad, al imponer las sanciones arriba señaladas, el Consejo Nacional de Valores no dio opción de defensa a los recurrentes en el proceso administrativo que de oficio se siguió por parte de la Superintendencia de Compañías, y en el cual se originan las sanciones. En efecto, si bien el Art. 11 del Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores (R.O. 262-S, de agosto 26 de 1993) dice que corresponde al Superintendente de Compañías previa denuncia o de oficio el conocimiento y sanción administrativa por las infracciones a la Ley, el *Reglamento que Establece el Procedimiento para la Administración, Imposición y Gradación de las Infracciones, Sanciones y Apelaciones Determinadas en la Ley de Mercado de Valores*, está

concebido solamente para que la Superintendencia de Compañías actúe por denuncia. Esto implica, señor Juez, que el Superintendente de Compañías no estaba facultado legalmente, sino apenas reglamentariamente por el Reglamento General y no por el Reglamento Especial, para iniciar de oficio una investigación que conduzca a tan graves sanciones como aquellas de las que hemos sido objeto, y en todo caso, de hacerlo, esto es, de iniciar de oficio la investigación, debió hacernos conocer del particular para que nosotros hubiésemos podido ejercer, o al menos intentar ejercer, nuestro derecho constitucional de defensa.

Al no habernos hecho conocer sobre la tramitación administrativa que en nuestra contra se seguía, no se dio cumplimiento con el procedimiento de sanción previsto en el Reglamento especial arriba nombrado, violándose con ello y de esta manera la garantía constitucional del DEBIDO PROCESO, a la que nos estamos refiriendo.

El Art. 3 del Reglamento arriba citado, establece:

“Art. 3.- De la Presentación.- Las denuncias relacionadas con las infracciones a la Ley de Mercado de Valores, sus reglamentos y demás normas complementarias, se presentarán por escrito ante el Superintendente de Compañías o el funcionario delegado para el efecto, a través del Secretario General de la oficina matriz, secretario de la oficina de Guayaquil o de los servidores que hagan sus veces en las demás Intendencias de Compañías regionales o provinciales”.

Esta disposición reglamentaria establece, por lo tanto, QUE EL ÓRGANO CONTROLADOR NO ACTUARÁ DE OFICIO, sino a petición de parte. Quien denuncia tiene la obligación de reconocer su denuncia y asumir las responsabilidades respectivas.

-----, Presidente Ejecutivo del Banco -----, presentó una “denuncia” en contra de varias instituciones, supuestamente el 29 de agosto de 1997. la Intendencia de Compañías de Guayaquil ordenó que reconozca la firma y rúbrica de dicha denuncia. Sin embargo y en lugar de tramitarla, el Superintendente de Compañías y Presidente del Consejo Nacional de Valores, SUSTITUYO al denunciante, como aparece del Oficio N° SC.IMV.97.3.03.13788, de fecha 6 de

octubre de 1997, suscrito por el inefable y acucioso Dr. -----, Superintendente de Compañías Presidente del Consejo Nacional de Valores, pues este funcionario había ya iniciado una muy oculta INVESTIGACIÓN DE OFICIO sobre los mismos hechos materia de la denuncia, facilitando de esta manera que no se siga el trámite previsto en el REGLAMENTO QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADMINISTRACIÓN, IMPOSICIÓN Y GRADACIÓN DE LAS INFRACCIONES, SANCIONES Y APELACIONES DETERMINADAS EN LA LEY DE MERCADO DE VALORES, con el claro, evidente y no oculto propósito de dejar en la indefensión a los “sancionados”.

Esta “investigación de oficio” llevaba la dolosa finalidad de sancionar a todos los “encausados” por parte de la Intendente de Mercado de Valores de Quito, obviando el procedimiento fijado en el Reglamento que acabamos de invocar, pues si se hubiera seguido el trámite reglamentario, una vez recibida la denuncia y de haber sido ésta pertinente, el Superintendente, o su delegado, debió **DISPONER QUE SE CORRA TRASLADO AL DENUNCIADO** para que se formulen los descargos pertinentes en el término de ocho días. Esta obligación prevista en el Art. 8 del Reglamento aludido, fue la que se obvió con el inicuo como ilegal procedimiento optado por el Superintendente de Compañías, de “actuar de oficio”, pues aduciendo esta actuación de oficio nos dejó de hacer saber que en nuestra contra se seguía un procedimiento administrativo para sancionarnos, dentro del cual teníamos pleno derecho a formular nuestra defensa. Esto es, se nos conculcó la garantía constitucional del derecho de defensa, y lo que es peor, se lo hizo violando normas de procedimiento dictadas por la misma Superintendencia de Compañías, normas procesales que debían haber sido de cumplimiento obligatorio al menos por la propia Superintendencia de Compañías.

La impugnación que hacemos al “Acuerdo” CNV-97-025, tiene como antecedente la Resolución 97.1.5.2 2427 dictada por la Intendente de Mercado de Valores de Quito, el 1° de octubre de 1997, cuya constitucionalidad también impugnamos por las razones jurídico-constitucionales antes expuestas.

Finalmente, el Consejo Nacional de Valores ha sancionado a la Fundación -----
----, institución de derecho privado que está sometida, por disposición constitucional,

a un sector de la economía que es el denominado autogestionario o solidario, sin estar sujeta al control de la Superintendencia de compañías.

Por los fundamentos de hecho y de derecho relatados, solicitamos a usted, señor Juez, que atendiendo a lo dispuesto en el Art. 31 de la Constitución Política del Ecuador y la Ley de Control Constitucional, con la urgencia prevista en la Carta Fundamental tramite el presente RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL con el fin de hacer cesar las consecuencias de un acto ilegítimo de una autoridad de la administración pública, en este caso del Consejo Nacional de Valores, pues dicho acto es violatorio de los derechos constitucionales antes precisados y que nos causan un DAÑO INMINENTE, GRAVE E IRREPARABLE.

Usted, señor Juez, convocará de inmediato a las partes para ser oídas en una Audiencia Pública y, por estar debidamente fundado, debe, al aceptar este recurso, ORDENAR LA SUSPENSIÓN DEL ACUERDO CNV-97-025 del CONSEJO NACIONAL DE VALORES, de 2 de diciembre de 1997, LA SUSPENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN N° 97.1.5.2 2427 DICTADA POR LA INTENDENTE DE MERCADO DE VALORES DE QUITO, el 1° de octubre de 1997, y la SUSPENSIÓN DE TODOS LOS EFECTOS O CONSECUENCIAS de esos dos actos ilegítimos e inconstitucionales y especialmente DEL TITULO DE CREDITO señalado en los antecedentes, por así disponerlo el inciso tercero del Art. 31 de la Constitución Política de la República y el Art. 49 de la Ley de Control Constitucional.

Cumpliendo la norma del Art. 57 de la Ley de Control Constitucional, y bajo juramento, declaramos que no hemos presentado otro recurso de amparo, sobre la misma materia, y con el mismo objeto, ante más de un juez o tribunal.

Al doctor -----, en su calidad de Superintendente de Compañías y Presidente del Consejo Nacional de Valores se le convocará por una sola vez y mediante comunicación escrita, a la audiencia pública arriba solicitada, que deberá celebrarse dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, mediante la respectiva

notificación que se le hará en su despacho que lo tiene en el edificio de la Superintendencia de Compañías, en la calle Roca N° 660, entre las calles Juan León Mera y Av. Amazonas, de esta ciudad de Quito.

Acompañamos, con el presente recurso, los siguientes documentos:

- Poderes que acreditan la debida representación de las personas jurídicas que interponen este recurso, en dos fojas útiles;
- “Acuerdo” (Resolución) CNV-97-025, dictado por el Consejo Nacional de Valores el 2 de diciembre de 1997, en siete fojas útiles;
- Resolución 97.1.5.2 2427 dictada por la Intendente de Mercado de Valores de Quito, el 1° de octubre de 1997, en cinco fojas útiles;
- Título de Crédito N° 056365, emitido por el Superintendente de Compañías a cargo de la Administradora de Fondos -----, por la suma de S/. 7.120'424.730 en concepto de “MULTA IMPUESTA POR EL CONSEJO NACIONAL DE VALORES, SEGUN ACUERDO N° CNV-97.025 DE DICIEMBRE 2 DE 1997, en una foja útil;
- Copia de los documentos mencionados en el “Acuerdo” y Resolución arriba nombrados, así como copia de varios otros documentos relacionados con todo este asunto, en 118 fojas.

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos en el casillero judicial N° -- -----, de nuestros abogados defensores, -----, a quienes autorizamos a presentar con su sola firma e individual o conjuntamente, cuanto escrito o petición consideren necesario a la defensa de nuestros derechos e intereses en este recurso de amparo constitucional.
