



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL SOBRE LA NECESIDAD DE
IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ANTERIORES A LA
EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA
ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República.

Profesor guía:

Dr. Iván Escandón.

Autor:

Mario Patricio Herrera Taipicaña.

Año:

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

DR. Iván Escandón.

ABOGADO

C.I: 1709122772

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Mario Patricio Herrera Taipicaña.

C.I: 0502584378

AGRADECIMIENTOS

Quiero dejar constancia de mi profundo reconocimiento a los profesores, compañeros y amigos que colaboraron en la elaboración del presente trabajo, así como a todos aquellos que durante mi carrera universitaria supieron guiarme con consejos y enseñanzas. Especial gratitud se merecen el Tutor y Corrector de tesis por su abnegada solidaridad y apoyo incondicional.

DEDICATORIA

Al final de mis estudios, con gratitud imperecedera dedico este trabajo a mis queridos padres, ejemplo maravilloso de fe, amor y sacrificio incomparable, meta y razón de mis ideales.

RESUMEN

La presente investigación se lleva a cabo, en relación a la garantía de derechos fundamentales que otorga y reconoce nuestra Constitución, y que hoy en día por falta de normativa o por falta de aplicación hacen que la administración de justicia sea ineficiente.

El presente análisis constitucional, sobre la necesidad de implementación de medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en la jurisdicción contenciosa administrativa está enfocado directamente a la suspensión del acto administrativo bajo una medida cautelar, donde cuyos objetivos son:

- Analizar la situación actual de la normativa jurídica referente a medidas cautelares en la vía contenciosa administrativa.
- Estudiar a las medidas cautelares como medio de justicia cautelar y razón constitucional.
- Analizar los principios generales del derecho para entender a las medidas cautelares anteriores a la ejecución de una sentencia, como pertinentes y necesarias en el Proceso Contencioso Administrativo y los efectos que produciría dicha implementación.

En el primer capítulo trataremos lo referente al Proceso Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (JCA), sus principios fundamentales, sus fundamentos, y su finalidad.

En el segundo capítulo abarcaremos lo que respecta a la tutela jurisdiccional del administrado, para lo cual desarrollaremos subcapítulos referentes a las garantías jurisdiccionales y constitucionales; el debido proceso en la JCA; la acción procesal; requisitos previos al acceso de la JCA, los Recursos Administrativos y Contencioso Administrativos.

Las medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en la JCA, corresponden al tercer capítulo de nuestra investigación, donde estudiaremos el objeto y la finalidad de las medidas cautelares; la justicia cautelar; la suspensión de un acto administrativo por una medida cautelar; las

consecuencias jurídicas respecto a la implementación de medidas cautelares anteriores a la ejecución de una sentencia; las medidas cautelares como medio de efectivizar la justicia y protección a los derechos.

Finalmente concluiremos en nuestro capítulo cuarto, en el cual trataremos lo referente a las medidas cautelares anteriores a la ejecución sentencia, en directa relación con la seguridad jurídica y sus aspectos generales; el gran avance del derecho Contencioso Administrativo con la implementación de medidas cautelares anteriores a la sentencia; y, como último punto estudiaremos a la tutela cautelar como otra vía de seguridad jurídica en el Ecuador.

ABSTRACT

The present investigative work is carried out in relation to the fundamental rights guarantee that our constitutions states and recognizes, and that today because of the lack of norms and standards makes the administration of justice inefficient.

It is important to point out that such constitutional analysis on the necessity of implementing injunction prior to the execution of the sentence in the administration jurisdiction is aimed at suspension of administrative procedure under an injunction whose objective are:

- To analyze the current situation of judiciary norms related to injunctions in the administrative proceeding.
- To study the injunctions as a mean of making justice and constitutional reason.
- To analyze the general right principles to understand the injunctions prior to execution in a sentence as ordinate and necessary in the administrative proceeding an the effects that will give with such implementation.

The first chapter will deal with what is related to the judicial oversight of the administrative aspect, to do that it was necessary to develop sub-chapters related to constitutional and judiciary guarantees, such process at the JCA, the legal process prior to the access to the JCA, the Administrative and contentious resources.

The injunctions prior to the execution of the sentence at the JCA belongs to chapter three of the investigation, in which the objective and the purpose of the injunctions; injunction justice, the suspension of the administrative proceedings by an injunction related to the implementation of injunctions prior to the execution of the sentence as a mean of carrying out justice and protection to the rights.

Finally, it will have a conclusion on chapter four, which deals with what is related to injunctions prior to the sentence execution, which is deeply related with the judiciary security and general aspects, the great advancement of the Administrative Right Proceeding, and as last point, the interim protection as another judiciary security way in Ecuador.

ÍNDICE

Introducción.....	1
1. Capítulo I: EL Proceso Contencioso Administrativo....	8
1.1 Nociones Conceptuales del Proceso y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa	8
1.1.1 El Proceso Contencioso Administrativo.....	8
1.1.2 La Jurisdicción Contencioso Administrativa	10
1.2 Principios Fundamentales del Derecho Contencioso Administrativo	12
1.2.1 Principio de Legalidad	13
1.2.2 Principio de Igualdad Jurídica	13
1.2.3 Principio de Contradicción	14
1.2.4 Principio de Preclusión	14
1.2.5 Principio Dispositivo.....	14
1.2.6 Principio del Debido Proceso	14
1.3 Fundamentos del Proceso Contencioso Administrativo	15
1.4 Finalidad del Proceso Contencioso Administrativo.....	17
2. Capítulo II: La Tutela Jurisdiccional del Administrado.	21
2.1 La Tutela Jurisdiccional del Administrado Desde la Constitución.	21

2.1.1 EL Debido Proceso en la Jurisdicción Contenciosa	
Administrativa.....	23
2.1.2 Función del Debido Proceso	26
2.1.3 Las Garantías a Nivel Constitucional	27
2.2 La Acción Procesal en Materia Contenciosa	
Administrativa.	33
2.2.1 Requisitos Previos para el Acceso a la Jurisdicción	
Contencioso Administrativa	47
2.2.2 Los Recursos en vía Administrativa	50
2.2.2.1 Recurso de Reposición	52
2.2.2.2 Recurso Jerárquico o de Apelación	53
2.2.2.3 Recurso de Queja	54
2.2.2.4 Recursos Extraordinario de Revisión	54
2.2.2.5 Recurso de Aclaración y Rectificación	56
2.2.3 Los Recursos Contenciosos Administrativos	56
2.2.3.1 Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo	58
2.2.3.2 Recurso de Anulación u Objetivo por Exceso	
de Poder	59
2.2.3.3 Recurso o Acción de Lesividad	60
2.3 La Igualdad de las Partes Procesales.	62
3. Capítulo III: Las Medidas Cautelares Anteriores a la	
Sentencia en la Jurisdicción Contenciosa	
Administrativa66

3.1 Objeto y Finalidad de las Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo.	66
3.1.1 Comprensión de las Medidas Cautelares en Términos Generales	66
3.1.1.1 Fin y Objeto de las Medidas Cautelares	67
3.1.1.2 Derechos Protegidos por las Medidas Cautelares.....	70
3.1.1.3 Requisitos de Procedencia de las Medidas Cautelares	72
3.1.1.4 Efecto Jurídico Procesal de las Medidas Cautelares	73
3.2 La Justicia Cautelar.	80
3.3 La Suspensión del Acto Administrativo en la Vía Contenciosa Administrativa Hasta Llegar a Sentencia ...	84
3.3.1 La Tutela Judicial Efectiva y la Suspensión de Efectos de un Acto Administrativo.....	86
3.3.2 La Suspensión de un Acto Administrativo Frente a la Ejecutividad y la Legalidad del Acto.....	90
3.4 Consecuencias Jurídicas de la Implementación de Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	95

4. Capítulo IV: Las Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en el Proceso Contencioso

Administrativo y la Seguridad Jurídica en la Legislación Ecuatoriana	99
4.1 Aspectos Generales para Comprender la Seguridad Jurídica en Relación a la Implementación de Medidas Cautelares.....	99
4.2 El Gran Avance del Derecho Contencioso Administrativo con la Implementación de Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia.....	102
4.3 La Tutela Cautelar Otra Vía de Seguridad Jurídica en el Ecuador	105
Conclusiones:	109
Recomendaciones:	114
Referencias:	116
Anexos:	123

Introducción

La carencia de procedimientos adecuados, la falta de claridad y la dispersión, en la legislación administrativa son factores que empañan la administración de justicia y hacen de este sistema jurídico-administrativo un sistema ineficiente que genera inseguridad jurídica en el Ecuador.

Uno de estos problemas, por la cual la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se ve afectada, es la falta de medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia, específicamente hablando nos referimos a la suspensión del acto administrativo por una medida cautelar. Esta medida ayudaría a salvaguardar los derechos del administrado, así como el goce a una tutela judicial efectiva.

A lo largo del tiempo, el Derecho Contencioso Administrativo ha sido una de las ramas más importantes de las ciencias jurídicas, ya que es un sinónimo de respeto y tutela a los derechos de los administrados.

Con la Revolución Francesa en 1789 se instituyen dos pilares fundamentales para la aparición del Derecho Contencioso Administrativo, como son el principio de legalidad y el de igualdad ante la ley, los mismos que después de la reorganización del Consejo de Estado de Francia, ocurrida en mayo de 1872, se encaminan a la obtención de seguridad jurídica y al respeto de la legalidad por parte de la administración, ya que su actuación debe subordinarse a la ley, de tal manera que la más elemental materia del contencioso debe salvaguardar ese respeto a la legalidad y la tutela efectiva de derechos y garantías de los administrados en una base de igualdad.

El derecho contencioso administrativo desde que fue instituido primitivamente en el derecho Francés ha sufrido varios cambios en las diferentes legislaciones a nivel mundial. Las leyes y el marco constitucional que lo regulan son fuentes primarias de dicha rama del derecho, y que con el paso del tiempo el respeto a la juridicidad ha sido el camino guía para el avance de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora, con lo que respecta a los primeros lineamientos histórico-jurídicos propios de las fases evolutivas del Derecho Contencioso Administrativo en nuestro país, los encontramos también en el sistema del Consejo de Estado, consagrado sobre la base del sistema jurídico Francés, para lo cual es menester señalar que:

- a) *La Constitución Política de la República del Ecuador, expedida el 23 de Diciembre de 1906, a la vez que consagró las garantías nacionales, individuales y políticas, en los Títulos V y VI, confirió realmente, por primera ocasión, al organismo creado para el efecto, denominado el Consejo de Estado, entre otras atribuciones y deberes, la siguiente: de conocer y decidir las cuestiones contencioso - administrativas (Art. 98, N° 9).*

- b) *La Carta Política, dictada el 26 de marzo de 1929, al crear nuevamente al Consejo de Estado, le confirió entre las atribuciones establecidas en la Constitución anterior, además, las siguientes: la de declarar, por acción popular, la nulidad de los decretos o reglamentos que dictare el poder Ejecutivo, en contravención a la Constitución y a las leyes de la República, y de dar curso a las denuncias que se presentaren acerca de la violación de la Constitución y la Leyes, y preparar las acusaciones contra el presidente de la república y los altos funcionarios, y los recursos de queja contra los Ministerios de la Corte Suprema; luego, así mismo, la de ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo, en la forma y casos determinados por la ley (Art.117, N° 2,7,10).*

- c) *La Constitución Política dictada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1944 – 1945, sancionada el 5 de marzo de 1945, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales en sustitución del Consejo de Estado, entre cuyas atribuciones se encuentra esta: la de ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo, en forma que determina la ley (Art.160, N° 8).*

- d) *La Carta fundamental expedida, además, por la Asamblea Nacional Constituyente de 1946 – 1947, aprobada el 31 de diciembre de 1946, suprimió el Tribunal de Garantías Constitucionales y, en su defecto, restableció el Consejo de Estado, el mismo que, entre sus atribuciones y deberes de antes, como organismo contralor del cumplimiento de la Constitución Política y demás leyes del Estado, tuvo la siguiente: de conocer y decidir en las cuestiones contencioso administrativas (Art. 146, N° 8, de la Constitución Política de 1947, y Art. 150 N° 8 de la Constitución Política codificada por la Comisión Legislativa, el 16 de noviembre de 1960.)*
- e) *El espíritu jurídico-administrativo del contencioso administrativo, reflejado en la Constitución de 1947, se fundamentó y reguló, una vez más, en la ley de Régimen Administrativo codificada por la Comisión Legislativa el 2 de septiembre de 1959, razón por lo que en inicio de 1° del Art. 112 estableció que: Al Consejo de Estado le corresponde ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo. Y, a continuación determino algunos aspectos generales relativos a su procedimiento, los mismos que quedaron complementados con la disposición transitoria de la ley que preceptuó en este tenor: Los asuntos contencioso-administrativos se ventilarán breve y sumariamente, de acuerdo con las disposiciones que al efecto dictare el Consejo de Estado. Los funcionarios respectivos deberán conceder las copias solicitadas dentro del plazo máximo de ocho días; en caso de que no se concedan estas copias, se estará a lo afirmado por la parte interesada. Esta disposición tendrá vigor hasta que se promulgue la ley sobre lo contencioso-administrativo.*
- f) *Las disposiciones procesales a las que se refirió la disposición transitoria de la Ley de Régimen Administrativo de 1959, fueron dictadas por el H. Consejo de Estado, a través de su Reglamento de*

13 de octubre de 1962, y publicado en el Registro Oficial N° 296, de 31 de octubre del mismo año.

Pero, este reglamento, así como otros reglamentos de procedimiento, que fueron dictados a falta de un trámite especial para la sustanciación de los procesos administrativos, sólo se refirieron a una serie de reglas dispersas sobre sustanciación de expedientes, de requisitos de la acción, de aspectos de procedimiento, etc. (Granja, 1997, pp. 384, 385).

En mérito a dichos antecedentes histórico-constitucionales del Consejo de Estado, en nuestro país, durante la etapa de 1906 hasta fines de mayo de 1967, se llega a determinar que la fuente jurídico-administrativa del contencioso- administrativo la encontramos en dicho Consejo, que constituyó un evidente esfuerzo de conciliación entre la administración y los derechos de los particulares.

Con la dinámica del derecho y el paso del tiempo nuestro sistema de justicia administrativo que en un primer punto llevó influencias del Sistema Europeo Francés, con el Consejo de Estado plasmado en nuestras cartas políticas, adquiere un plus adicional en su evolución, al adoptar un modelo Español de Justicia Administrativa, remplazando el Consejo de Estado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Con las Reformas Constitucionales del 23 de diciembre de 1992, R.O. 93-S (Codificación de 5 de mayo de 1993, R.O. 183), se remplazó dicho tribunal y se crean para el conocimiento de las causas en materia Contencioso Administrativa, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, siendo estos: No. 1, con sede en Quito, integrado por dos salas; No. 2, con sede en Guayaquil, integrado por una Sala; No. 3, con sede en Cuenca, integrado por una Sala; y, No. 4, con sede en Portoviejo, integrado por una Sala.

Así también, la Resolución s/n del Consejo Nacional de la Judicatura (R.O. 367, 29-IX-2006) eliminó la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja y

creó el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5, con sede en la ciudad de Loja, con jurisdicción y competencia para las provincias de Loja y Zamora Chinchipe, en las materias contencioso administrativo y contencioso tributario. A pesar de ello, dicho tribunal entró en operatividad en el mes de julio del 2007, a partir de entonces sigue en normal funcionamiento. Cabe recalcar que dicha entidad tiene a su vez la función de tribunal fiscal en la que se resuelve demandas de querellas tributarias y delitos aduaneros. Como segunda función posee amparos constitucionales y recursos contenciosos administrativos con el objetivo de resolver conflictos de legalidad en las resoluciones de las instituciones del Estado, específicamente en los asuntos administrativos; de tal manera que la parte perjudicada de algún hecho o contrato pueda acudir a esta estancia para que controle la legalidad del actuar administrativo y examine el caso.

Por otro lado el Capítulo cuarto, Título IV; y, Capítulo dos, Título IX de la Constitución de la República del Ecuador (R.O. 449, 20-X-2008) establece que la Corte Nacional de Justicia reemplaza a la Corte Suprema de Justicia; y el Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 544-S, 9-III-2009) modificó la estructura orgánica de la Función Judicial, transfiriendo las competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo a las salas de lo contencioso administrativo de las Cortes Provinciales, sin embargo, los Tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo seguirán en funciones hasta que el Consejo de la Judicatura integre efectivamente esas salas.

Es así, que el año 1992 extinguiendo al Tribunal Contencioso Administrativo e inaugurando el advenimiento de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, nuestra legislación administrativa alcanza su punto más alto, pero que hoy al 2012 decrezca en razón a la falta de normativa y medios adecuados para la consecución de mejores logros en la Justicia Administrativa Ecuatoriana.

En el Ecuador, las principales fuentes normativas que recogen al Derecho Contencioso Administrativo a más de las cartas políticas ya antes mencionadas son:

La Constitución Política de la República del Ecuador del 98; la Ley 035-CL, nombrada "Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", de febrero 28 de 1968, que se publicó en el Registro Oficial número 338, de marzo 18 de 1968; las posteriores reformas de los gobiernos de facto, contenidas en los Decretos Supremos 1077, 891, 611 y 1429, publicados en los Registros Oficiales números: 392, de 17 de septiembre de 1973; 636, de septiembre 11 de 1974; 857, de julio 31 de 1975; y, 337, de mayo 16 de 1977, respectivamente; las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo publicadas en los Registros Oficiales 722 y 936 de 9 de julio de 1991 y mayo 15 de 1992, respectivamente. La Ley 20, publicada en el Suplemento al Registro Oficial 93 de diciembre 23 de 1992, que contiene las reformas constitucionales que crearon los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada; la Resolución 5/95, publicada en el Registro Oficial 679, de abril 20 de 1995; la Ley de Arbitraje y Mediación; además de la Ley sin número publicada en el Registro Oficial 47 del 16 de octubre de 1996; la Ley 39, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 201, de noviembre de 1997; la resolución de la Corte Suprema de Justicia s/n, publicada en el suplemento al Registro Oficial 213, de noviembre 11 de 1997; la Ley 68, publicada en el Registro Oficial 279, de Marzo 19 de 1998; el Decreto Ejecutivo 1352, publicado en el Registro Oficial 300, de 18 de octubre de 1999; la Ley 2000-1, publicada en el Registro Oficial 144, de agosto 18 de 2000, hasta la Ley 2001-45, publicada en el Registro Oficial 371, de 19 de julio de 2001.

Como podemos darnos cuenta, desde que la administración se institucionalizó el 23 de septiembre de 1830, fecha de expedición de la Primera Constitución de la República del Ecuador y hasta la fecha, los cambios producidos en la rama contenciosa administrativa por nuestras leyes y marcos constitucionales han sido importantes, pero no suficientes para lograr lo que inicialmente se

planteó con la creación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Una de ellas, es la carencia de medidas cautelares orientadas a la suspensión del acto administrativo, donde la falta de estas atenta contra el derecho a la defensa, el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva del administrado.

De aquí nuestra iniciativa en realizar un estudio minucioso sobre esta necesidad actual en la normativa contenciosa administrativa, misma que la iniciaremos entendiendo al proceso contencioso administrativo.

Capítulo I: EL Proceso Contencioso Administrativo

1.1 Nociones Conceptuales del Proceso y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Cuando hablamos de Proceso y Jurisdicción Contenciosa Administrativa estamos hablando de dos cosas muy distintas, pero que a la vez tienen una estrecha relación; mientras el Proceso constituye una serie de requisitos y requerimientos para acceder a la exigibilidad de un derecho, la Jurisdicción es el ámbito y el camino en el cual se accionan dichos requerimientos.

Para entender con mayor amplitud de lo que estamos hablando es necesario conocer a cada una de estas instituciones jurídicas, tanto al Proceso Contencioso Administrativo como a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

1.1.1 El Proceso Contencioso Administrativo.

A nuestro entender el proceso se entiende como el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juez, que ha de estar fundamentada y basada en los hechos afirmados y probados con sujeción a la ley.

Con lo establecido, al proceso se lo entiende como aquella serie etapas por las que atraviesa o va pasando una determinada acción-pretensión, que está constituida por un conjunto de reglas jurídicas que deben ser cumplidas con suma diligencia y celo.

Ahora, mirando al proceso desde un punto de vista general éste se constituye en un conjunto de actos jurídicos regulados por el derecho procesal, que tiene como finalidad la solución de un litigio mediante una sentencia. De manera específica el proceso contencioso administrativo, es una serie de actos jurídicos orgánicos y coordinados técnicamente, cuyo propósito es obtener del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, la protección y el reconocimiento de un derecho. Por un lado los actos jurídicos orgánicos son

entendidos como aquellos actos unitarios creadores del derecho, son la esencia de una acción procesal de ahí que son considerados actos obligatorios en el procedimiento jurídico; por otro lado decimos que son actos coordinados ya que dichos actos se sistematizan y desarrollan con otros, con el propósito de alcanzar un fin, que es la solución al conflicto. Por ello decimos específicamente que el proceso contencioso administrativo es una serie de actos orgánicos y coordinados, donde los actos orgánicos se orientan y coordinan para técnicamente guiar y dar camino a un proceso legal.

De lo expuesto, concretamente se entiende que el proceso constituye un conjunto de actos regulados en el derecho a través de los cuales se ejerce la jurisdicción. Así tenemos, el actor en calidad de demandante, el representante legal del órgano público o semipúblico o privado con finalidad social o pública en calidad de demandado, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo encargado de administrar justicia, y más sujetos procesales, que al invocarse la competencia y la jurisdicción en base a normas de carácter administrativo nos encontramos ante un proceso legal administrativo, cuyo fin no es sino proclamar la ilegitimidad del actuar administrativo bajo una sentencia y restablecer la juridicidad ante los órganos administradores de justicia.

Por su parte Dromi (2009) establece que, El Proceso Administrativo es el medio instaurado para dar satisfacción jurídica, con intervención de un órgano jurisdiccional, a las pretensiones de los administrados afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la actividad de la administración del Estado y a las pretensiones de la administración respecto de los actos que no puede revocar

Con podemos ver, el proceso contencioso-administrativo supone la impugnación de un acto administrativo a través de un procedimiento adecuado, en el que dicho proceso que se integra desde su inicio hasta su terminación por una serie de etapas dinámicas, solemnes y legales previstas en la ley, que lo que buscan finalmente es restablecer los derechos vulnerados de los

administrados y el restablecimiento de la norma legal violentada por parte de la administración.

1.1.2 La Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La palabra jurisdicción proviene del latín *jurisdictio* que determina en este caso la facultad o el poder que tienen los jueces y tribunales de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado en base a derecho, la palabra jurisdicción se forma de *jus* y de *dicere*, aplicar o declara el derecho, por lo que se dice *jurisdictio o jure diciendo* (Cabanellas de Torres, 2006, p. 397).

El Art. 1 de nuestro Código de Procedimiento Civil define y determina por jurisdicción, a aquel poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes. El Art. 3 del mismo cuerpo legal, establece una diferenciación entre las clases de jurisdicción existentes donde por jurisdicción contenciosa se entiende, que es aquel que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho.

Con lo antes mencionado, para hablar de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa tenemos que referirnos a la expresión Contencioso-Administrativo que une dos conceptos opuestos: el término “Contencioso” significa *contienda*, que en la Francia de la revolución se la entendía como *litigio*; mientras en que la expresión “Administrativo” significaba *sustantivación de administración*; es decir, dirección ejecutiva y organizacional, que en Francia representaba la materia correspondiente a esta clase de litigios. Es decir, en su origen la prenombrada expresión Contencioso-Administrativo significó “litigio administrativo” en razón a su tramitación ante los órganos de la administración estatal.

Como podemos darnos cuenta, históricamente al referirnos sobre la Jurisdicción Contenciosa Administrativa nos referimos a todos aquellos litigios que se desarrollan en el seno jurisdiccional de la administración.

En tal sentido para Herman Jaramillo (2003, p. 26), La jurisdicción es el poder de administrar justicia en materia contencioso administrativo aplicando la voluntad de la ley. Es un ejercicio de control que ejecuta la Función Judicial, revestidos de suficiente poder legal, para en nombre de la República y por imperio de la ley, conocer las demandas y recursos relacionados con los actos y resoluciones administrativas impugnadas, que afectan los derechos de los administrados en forma subjetiva u objetiva.

En este punto, resulta válida la explicación que, al respecto, nos da el profesor Miguel Ángel Bercaitz, quien dice:

La palabra jurisdicción unida a la expresión contencioso-administrativa, señala la existencia de una función relativa a la decisión de los conflictos suscritos entre la administración pública y los administrados, con motivo de actos o de hechos regidos por el Derecho Administrativo.

“Ahora, en un sentido etimológico y amplió, sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa se designan a los litigios que pueden nacer de la actividad de las administraciones públicas, así como los procedimientos que permiten resolver los litigios” (Granja, 1997, p. 397).

De lo anterior podemos colegir que cuando hablamos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, nos referimos al lugar donde se han de incoar y conocer las demandas y recursos pertinentes de todas aquellas actuaciones estatales que afectan a los derechos de los administrados, donde los órganos competentes que conforman el aparato jurisdiccional sobre la materia determinada serán quienes determinen y pongan fin a un litigio entre la administración y los administrados. Con respecto a esto la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada en su Art. 38 y sustituido por el Art. 1 de la Ley 2001-56, R.O. 483, 28-XII-2001 determinan que:

Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y

resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

Sin olvidar también que:

El Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 544-S, 9-III-2009) modificó la estructura orgánica de la Función Judicial, transfiriendo las competencias de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal a las salas de lo contencioso administrativo y de lo fiscal de las Cortes Provinciales, sin embargo, éstos seguirán en funciones hasta que el Consejo de la Judicatura integre las salas.

Ver Anexo 1 (Competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en los diferentes cuerpos normativos).

1.2 Principios Fundamentales del Derecho Contencioso Administrativo.

Al hablar del Proceso Contencioso Administrativo, es imposible dejar de hablar sobre sus principios rectores, que constituyen presupuestos básicos, lógicos, ontológicos y axiológicos que guían sólidamente a esta rama del derecho.

Desde la aparición de la Justicia Contenciosa Administrativa en la reorganización del Consejo de Estado de Francia en 1872, los principios

jurídicos como la legalidad y la igualdad ante la ley han sido los ejes de su sustento y aplicación. El respeto a dichos principios son el punto de equilibrio entre las actuaciones del Estado y los derechos de los administrados; hoy en día y con el paso del tiempo estos principios se complementen con otros, que lo único que buscan es la seguridad jurídica tanto del Estado como de sus Administrados; de aquí radica la importancia de estudiar los principales principios jurídicos que determinan y configuran la importancia de la justicia administrativa, siendo estos:

1.2.1 Principio de Legalidad.

Al hablar de legalidad en el derecho, nos referimos a que las actuaciones provenientes de los órganos administradores de justicia y de sus accionantes deben estar regladas y contenidas en el legítimo y elemental, respeto a la ley; es decir, este principio uno de los más importantes en el derecho, insta a todos los sujetos procesales, al deber inexcusable de sujetar sus actos a la ley y el juzgador actuar dentro de los límites de su jurisdicción y competencia.

1.2.2 Principio de Igualdad Jurídica.

Uno de los pilares fundamentales en la revolución Francesa constituyó el principio de igualdad jurídica, que en conjunto con el principio de legalidad, hicieron de la administración un sistema de tutela frente a los derechos de los administrados. Estos principios de los cuales hablamos, constituían el eje de la seguridad jurídica en aquel entonces.

En la actualidad con base a este principio tanto la parte actora como la demandada en su calidad de sujetos procesales, tienen el derecho de ser tratados en forma idéntica por parte de los órganos de justicia, sin tomar en cuenta factores externos e internos que identifican a cada persona, como son la ideología, la religión, raza, sexo, color, o el origen social y gozar fundamentalmente de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin condición alguna.

1.2.3 Principio de Contradicción.

Este principio en el proceso determina que cada parte tiene el derecho de negar lo afirmado por el demandante o por el demandado, dentro de los términos que fija la ley, como sucede con las pretensiones del actor en la acción, o las pretensiones del demandado en la excepción o en el debate de la prueba o del alegato a través de la réplica o duplica.

1.2.4 Principio de Preclusión.

Al hablar del principio de preclusión, significa que cada etapa del proceso se desarrolla en forma sucesiva, orgánica y coordinada impidiendo por el transcurso del tiempo el regreso de los plazos o términos ya consumados y superados para evitar de esa manera que se dilaten premeditadamente las diligencias judiciales.

1.2.5 Principio Dispositivo.

El Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República ha elevado a rango constitucional el principio dispositivo que determina que las partes son los sujetos activos del proceso ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y fijar su objeto, mientras que el juez dirige el debate y decide la controversia.

De esta manera, las partes imponen el tema de decisión correspondiéndole al demandante determinarlo en la demanda y al demandado en la contestación.

1.2.6 Principio del Debido Proceso.

Por último, tenemos uno de los principios más importantes en cuanto respecta al derecho, el Debido Proceso que constituye el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano la obtención de una resolución o decisión final luego de haberse agotado el camino trazado por ley procesal incluyendo una debida fundamentación de las decisiones judiciales.

De acuerdo con este principio nuestra Constitución vigente, en su título segundo capítulo octavo Art. 76 determina que el juzgador está en la obligación de observar el mandato constitucional del debido proceso y actuar dentro de

los límites de su competencia, y los sujetos procesales tienen el derecho a la defensa, a recibir de una forma similar o igual de los órganos jurisdiccionales una tutela efectiva, imparcial y expedita dentro de los plazos fijados por la ley; a no ser distraídos de su juez competente ni juzgados por tribunales de excepción; y a obtener de los poderes públicos resoluciones motivadas.

1.3 Fundamentos del Proceso Contencioso Administrativo.

Al hablar sobre los fundamentos del Proceso Contencioso Administrativo, nos estamos refiriendo a la raíz, principio y origen en que estriba y tiene mayor fuerza en el sustento del Proceso Contencioso Administrativo. En la revolución Francesa al instituir las bases del litigio administrativo, el respeto a los derechos de los administrados constituyó el primer punto o eje fundamental por parte del Estado, que a través de los órganos pertinentes y de la mano de la legalidad y el respeto se buscó la tutela de los mismos frente a las actuaciones exorbitantes de la administración.

La actividad administrativa, bien sea del Estado, o bien, de las corporaciones u organismos públicos, en la práctica, no siempre se ciñen a las normas legales, sino que, a veces, alejándose de tales normas, esto es, excediéndose de su facultad reglada, lesiona derechos de los particulares, produciéndose conflictos, entre el particular y el Estado.

De aquí que, sometida la administración a un régimen de Derecho, ésta está obligada a garantizar y restituir jurídicamente a un particular sus derechos desconocidos o lesionados, ya sean por actos y hechos administrativos del superior jerárquico, o quizá por reglamentos y contratos administrativos ilegales.

Ahora bien, esta forma de garantía jurídica a la que nos referimos, como el mejor medio de protección a los administrados, es conocida con el nombre de Tutela Judicial Efectiva, que hoy en día, es el fundamento de mayor importancia en el ámbito y la esfera del derecho contencioso administrativo y, porque no decirlo, de la justicia y el derecho en general.

Pero, ¿Qué es la Tutela Judicial Efectiva?

La Tutela Judicial Efectiva consiste en la protección que otorga la administración pública (el Estado) a las situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, donde se busca el respeto, a un proceso justo, ágil, eficiente y eficaz, mediante la cual se llega a un control de legalidad y un reconocimiento de garantías para la obtención de una verdadera justicia; trasladándonos a la esfera de lo contencioso administrativo, hablamos de una verdadera fiscalización de los medios con los cuales la administración se pronuncia, que son, los actos administrativos. Esta fiscalización de la que hablamos puede deducirse a través de los órganos de la misma administración mediante recursos legalmente establecidos, donde el administrado busca la protección y el respeto a la juridicidad.

Referente al tema de fiscalización la administración, a través de sus órganos de régimen jerárquico puede actuar de dos maneras: de oficio o a petición de parte. La primera, constituye simplemente un auto control administrativo, por medio del cual pueden extinguirse o reformarse actos administrativos que se aparten de la ley, siempre y cuando no lesionen los derechos de los particulares. La segunda, requiere de la impugnación que formula el afectado en contra de los actos administrativos o resoluciones expedidas por cualquier órgano del Estado, en ejercicio de la función Administrativa, a través de los respectivos recursos administrativos, reclamaciones y denuncias administrativas.

Retomando el tema, nosotros hablamos de la tutela judicial efectiva como el fundamento del proceso contencioso administrativo, en virtud de que entre los derechos fundamentales del hombre, quizá, el derecho a la justicia, es el primero.

Pues, esa paz justa de la comunidad, que les permita vivir a las personas libres del temor y de miseria, solo es posible en la medida que el Estado sea capaz de crear instrumentos eficaces para satisfacer las pretensiones que ante él se le formulan.

De lo dicho se colige que, la tutela judicial efectiva, no es más que el respeto y respaldo que el Estado otorga y reconoce a los derechos y las garantías de los ciudadanos con el fin de obtener del sistema judicial un sistema que cumpla con las expectativas y requerimientos de los administrados; nuestro marco constitucional con respecto a la tutela judicial efectiva, hace que los órganos administradores de justicia deban sujetar sus actos a la legalidad y su actuación debe ser la búsqueda de la verdadera administración de justicia.

El título segundo, capítulo octavo, referente a los derechos de protección en su Art. 75 determina que toda persona tiene el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión y el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Si bien no se define en nuestro marco constitucional lo que es la tutela judicial efectiva, la Constitución determina a esta con una serie de disposiciones, derechos y garantías como el acceso a la justicia, la celeridad, la inmediación, mismas que se complementan con el afán de salvaguardar los derechos de los administrados. Por otro lado el Art. 76 de nuestra Constitución reconoce garantías básicas al debido proceso, que en añadidura a lo establecido en el Art. 86 se determina disposiciones base, sobre las cuales deben regirse las garantías jurisdiccionales, que como consecuencia, hacen, de la tutela Judicial Efectiva un mecanismo de obtención de justicia directa por parte del recurrente de una acción judicial. De aquí que los estamentos que conforman el aparato jurisdiccional deben ceñir su actuación a la ley y velar por la protección de derechos.

1.4 Finalidad del Proceso Contencioso Administrativo.

Siendo el fundamento del proceso contencioso administrativo, la tutela judicial efectiva del administrado frente a las actuaciones lesivas del Estado; la finalidad del proceso contencioso administrativo, es la revisión de aquellos actos lesivos que han causado sobre el administrado un desmedro en sus

derechos (Recurso Subjetivo) y la búsqueda de la tutela de la ley, sin importar que existan o no derechos vulnerados de los particulares (Recurso objetivo); finalidades que a la vez se concatenan con la tutela judicial efectiva en procura del restablecimiento de la juridicidad.

Con lo dicho, los fines del procedimiento contencioso administrativo son:

La impugnación de actos administrativos, donde por falta de legalidad, de la actividad administrativa y del desconocimiento o el parcial reconocimiento de derechos, da a las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos e intereses, ante el órgano jurisdiccional correspondiente; la Tutela efectiva de la ley (Recurso Objetivo); y la búsqueda de la Justicia Administrativa.

En tal razón, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, reconoce y otorga un derecho, a aquellas personas que han sido afectadas por la actividad administrativa, en la cual se han flagelado o no sus derechos y que a través de los recursos reconocidos en dicha ley se pueden revocar la ilegítima actuación estatal o buscar la tutela de la ley.

El artículo 1 de dicha ley menciona, que el recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen *estado*, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

Como vimos al inicio de nuestro capítulo uno, en la parte referente a la jurisdicción contenciosa administrativa, nosotros complementamos dicha parte con lo que establece el artículo 38 de esta Ley de Modernización del Estado que amplía el ámbito de competencias, e incorpora algo muy importante para la tutela del administrado, que es el *no exigir como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.* Es decir, hoy en día no es necesario que el acto

impugnado haya causado estado, para recurrir a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y hacer valer sus derechos.

Entendido de este modo, la finalidad proceso contencioso administrativo, es que mediante los recursos plenamente reconocidos, el administrado deje sin efecto el pronunciamiento de la administración, se restaure la juridicidad y la tutela de la norma jurídica. Con ello la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa determina en su artículo 3 que el recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

De acuerdo con su naturaleza el recurso en sede contenciosa-administrativa, es el reclamo que formula el administrado dentro de un procedimiento para que un órgano inmediato, en este caso los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo procedan a reformar, revocar o anular el acto administrativo que causó al administrado una vulneración en sus derechos.

Como vemos, el fondo de los recursos en materia contenciosa-administrativa es atacar la ilegalidad de los actos, restaurar la juridicidad y la tutela de la ley, para así llegar a determinar un verdadero sistema de justicia administrativa.

Las autoridades de la función administrativa en el ejercicio de sus potestades regladas tienen el deber inexcusable de ajustar sus actos a los mandatos de la Constitución y de la República, y cumplir con responsabilidad y transparencia las actividades inherentes al Estado. Frente a determinados actos irregulares,

que puedan cometer los gobernantes de la Función Administrativa contra los derechos de los gobernados.

El artículo 173 de nuestra Constitución determina que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la *vía administrativa* como ante los correspondientes *órganos de la función judicial*.

De aquí que, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia ha previsto el funcionamiento de la Justicia Administrativa, como una modalidad de control jurisdiccional encargada de reparar y restablecer los derechos y garantías vulnerados por la administración y velar por la tutela legal, mediante procedimientos y recursos adecuados.

Concluyendo, la justicia administrativa forma parte de la unidad jurisdiccional del Estado; y consiste en el poder que tienen los órganos de la función judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia de la función administrativa; potestad que le corresponde al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en y primera y única instancia; y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante el recurso de casación.

Capítulo II: La Tutela Jurisdiccional del Administrado.

2.1 La Tutela Jurisdiccional del Administrado Desde la Constitución.

Cuando hablamos de tutela jurisdiccional del administrado a través de la Constitución, nos referimos al conjunto de declaraciones, medios y recursos con los que los ciudadanos, cuentan y emplean para el pleno ejercicio y goce de los derechos y garantías fundamentales, reconocidas por el marco normativo vigente. En tal sentido, los tribunales y órganos jurisdiccionales deben ceñir su actuación a la ley, con el único fin de garantizar a las partes en litigio, una correcta y efectiva aplicación de valores, principios y normas positivas, a fin de dar a cada uno lo suyo; es decir, hacer justicia.

El Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Esta protección de la cual se habla en dicho artículo, así como la tutela del administrado toma forma y sentido, cuando el administrado acude a los órganos jurisdiccionales a que se le reconozca su pleno derecho de acceso a la justicia.

Pero, ¿qué es el acceso a la justicia?

El acceso a la justicia, se constituye en el derecho que consagra la administración a sus administrados, para poder deducir ante ella todas las acciones pertinentes, a fin de proteger y cautelar los derechos que se estén vulnerando, se puedan vulnerar o se hayan vulnerado.

La administración en toda su capacidad ha de determinar la procedencia o improcedencia de los recursos y acciones propuestas por los sujetos

procesales, determinando la jurisdicción y competencia de la misma; el acceso a la justicia se configurara con solo hecho de acudir a ella.

Nuestra Constitución en su artículo 75 determina claramente que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos, (Art. 169) el sistema procesal constituirá un medio para la realización y consecución de justicia, que sustentará y basará en principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad, respeto y fiel cumplimiento a las garantías del debido proceso, y en ningún caso la justicia se sacrificará por la sola omisión de solemnidades.

Así también, el artículo 4 de la Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina claramente que la jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en él.

De igual forma la Ley de Modernización del Estado en su artículo 31 establece que todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.

Con lo dicho, el acceso a la justicia se constituye en el derecho innegable e improrrogable que concede la administración a fin de dar oportunidad y acogimiento a los reclamos de sus administrados, para la reparación y defensa de los derechos ante los órganos jurisdiccionales. El Estado, deberá, sin dilación alguna, garantizar de manera clara y motivada el fin a un litigio o controversia.

Es así que, quien pretenda acceder a la justicia debe acudir al correspondiente órgano jurisdiccional, legalmente establecido, con su petición o demanda, en la

forma y con los requisitos que la ley exige en cada caso, y éste, tiene la obligación ineludible de darle la correspondiente tutela.

Este acceso a la justicia del cual hablamos, se convierte en el primero de peldaños de las garantías jurisdiccionales que el administrado tiene frente a las actuaciones exorbitantes de la administración, donde no hay que confundir, el papel obligatorio que tiene ésta, en tutelar y proteger a sus ciudadanos en directa relación a la igualdad de partes procesales que materia contenciosa administrativa se busca.

Trasladándonos así a la esfera contenciosa administrativa; la tutela jurisdiccional garantiza el sometimiento de los actos de la administración a la revisión del órgano judicial competente mediante el recurso contencioso administrativo y en sede judicial, el contencioso administrativo es un auténtico proceso en el que se cumple la potestad de esta jurisdicción, cuyo carácter revisor expresa su condición de control *ex post* de la actividad administrativa.

Sobre este punto de análisis cabe hacernos una pregunta: ¿cómo debe ser la tutela que los órganos jurisdiccionales deben otorgar?

La tutela debe ser efectiva, imparcial y expedita; si la tutela otorgada por los órganos jurisdiccionales carece de una de estas cualidades no sería tal y colocaría a quien accede a la justicia en estado de indefensión.

Al hablar de un tema de vital importancia como es la tutela jurisdiccional del administrado, es imposible dejar por alto y no hablar de dos temas con gran trascendencia en el derecho como son: el debido proceso y las garantías jurisdiccionales, que nuestra Constitución reconoce y garantiza, para ello empezaremos el análisis de estos temas.

2.1.1 EL Debido Proceso en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Uno de los tantos pilares fundamentales de los sistemas jurídicos normativos modernos, es hoy en día el debido proceso o *due process of law*, que es resultante, de la pugna existente entre la administración y los administrados, por el respeto a sus derechos. Es así, que se da origen a un derecho de rango

superior, en el que compromete a todo el aparato estatal a someter sus actos y procedimientos al respeto pleno de los derechos y garantías en todo ámbito y sentido; este derecho de carácter constitucional es el fiel reflejo de un Estado de Derecho.

¿Pero, qué es el debido proceso?

“El debido proceso no es más que, el cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas” (Cabanellas de Torres, 2006, p. 214).

Couture (1978, p. 199) define al debido proceso como una “Garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos”.

Como apreciamos, para Couture el debido proceso es una simple garantía, y no un derecho, criterio que no compartimos; ya que, mientras el derecho consiste en la facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece a nuestro favor, para hacer valer una condición que como seres humanos que somos la ley otorga (derechos de protección); las garantías constituyen aquellas declaraciones, medios y recursos por los cuales el Estado se vale, y que a través del ordenamiento jurídico busca asegurar a todos los individuos, el goce de derechos públicos y privados que la ley otorga. Es decir, el derecho es un elemento preexistente de las relaciones sociales, mientras que las garantías son los medios determinados por la ley para cuidar, proteger y hacer efectivos los derechos que un Estado reconoce.

Como vemos, el debido proceso es un derecho constitucional, así lo evidenciamos en el artículo 76 de nuestra Constitución. A este derecho la propia normativa constitucional le ha determinado y dotado de una serie de garantías básicas para que el órgano estatal actuara de conformidad con la ley y desarrolle legalmente el procedimiento, y que en base a los estrictos principios axiológicos y de justicia, tutele los derechos de los administrados.

Retomando el tema de análisis, la acepción de Couture, sobre el debido proceso es muy restringida, ya que el objeto de este radica, en que el sujeto “sea escuchado en el proceso” y que se le confieran “razonables formas de oportunidad a la exposición y prueba de sus derechos”.

Como podemos darnos cuenta, Couture se ubica en el plano particular de los sujetos y esta visión muy específica le impide relacionar al debido proceso con el Estado de Derecho; para nosotros, el debido proceso como derecho actúa sobre dos niveles, como son: el particular y el universal. El primero, al proteger a los individuos y velar por la vigilancia real de sus derechos y el segundo respecto al funcionar de todo el sistema jurídico normativo.

De lo dicho, podemos establecer que el debido proceso es un derecho, no a favor de la Administración, sino a favor de los sujetos que lo conforman, es decir, de sus administrados. Constituye la salvaguardia que reviste a los ciudadanos y al sistema jurídico en procura de la obtención de una verdadera justicia; el debido proceso debe ser observado y practicado en los procesos judiciales, legislativos, administrativos y de control para que una sentencia, una ley, una resolución, un informe, tengan validez jurídica. Con esto vemos que el debido proceso es esencialmente de carácter procesal, así lo reconoce nuestra Constitución al disponer que el sistema procesal es un medio para realizar justicia y al conferirle a éste que haga “efectivas las garantías del debido proceso”. Por otro lado el art 169 de la Constitución, que si bien consta dentro del título IV, capítulo cuarto, sección primera, de los principios de administración de justicia que regula la actividad de la Función Judicial, no alude sólo a ella con el debido proceso, sino se ubica en un plano general; es decir, se refiere al “Sistema Procesal” como un sistema universal, puesto que como sistema, comprende a todos los procesos y procedimientos que se desarrollan en toda la Administración.

Con ello, todos los procedimientos forman lo que nuestra Constitución denomina “Sistema Procesal”. En consecuencia, dichas garantías deben ser respetadas, aceptadas y observadas no solo por la función judicial, sino por todos los órganos responsables del “Sistema Procesal de la Administración”.

Ver Anexo 2 (Jurisprudencia referente al Debido Proceso).

2.1.2 Función del Debido Proceso.

En general, la función del debido proceso es proteger a los ciudadanos del abuso y las ilegalidades que pudieren cometer un funcionario o un órgano estatal en un procedimiento legal, sea de la índole que fuere.

Dentro del Estado Constitucional de Derechos y de Justicia el debido proceso como derecho cumple dos tipos de funciones, como son:

La Función Particular del Debido Proceso, caracterizada en conseguir que el órgano del Estado actúe ceñido estrictamente a la Constitución y a la ley; y que juzgue de conformidad con el procedimiento legal que corresponde a cada caso determinado.

Las Funciones Universales del Debido Proceso, son universales ya que se persigue, hacer efectiva en la práctica, la vigencia del Estado de Derecho; contribuir al imperio del orden jurídico; otorgar seguridad jurídica; proteger a los sujetos y a los objetos de derecho contra el abuso del poder público; garantizar el respeto a los derechos humanos; y actuar en defensa de los derechos de los ciudadanos aunque no exista una garantía constitucional expresa que los proteja.

De lo antes dicho se deduce, en forma apodíctica, que el debido proceso actúa en dos niveles: particular y universal. Por el primero actúa a favor de los sujetos que conforman el Estado y, por el segundo, sobre todo el sistema jurídico otorgándole vigencia real y efectiva, credibilidad y seguridad (Cueva, 2001, p. 64).

Ahora, para que dicho derecho supremo sea efectivizado, nuestro marco legal lo ha rodeado y dotado de una serie de *garantías básicas*, que en nuestro criterio no deberían ser denominadas como tal, ya que dicha enunciación nos hace ver que dichas *garantías básicas* son esenciales e indispensables para la defensa de los derechos, y que solo con ellas se conseguiría una tutela y

protección. Esta expresión de *garantía básica*, propende a ser un limitante de garantías que se podrían incoar para asegurar el debido proceso; a nuestro criterio las *garantías básicas* que entabla el artículo 76 de nuestra Constitución, deberían ser consideradas como *garantías mínimas*, para significar que si se agotan las previstas en este artículo, no se agoten o las establecidas en otros instrumentos jurídicos y otras fuentes normativas, así como también en convenios y tratados de derechos humanos, donde el espíritu de dicha normativa es buscar y garantizar el derecho a un debido proceso, la búsqueda de la verdadera y efectiva justicia.

2.1.3 Las Garantías a Nivel Constitucional.

Otro de los temas de vital importancia en cuanto al pleno ejercicio de derechos, y que engloba el respeto a la tutela del administrado, es el tema de las Garantías Constitucionales.

Cabanellas de Torres (2006, p. 174) determina que las garantías constitucionales son el “conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen”.

En términos generales, podemos decir que las garantías se constituyen en aquellos mecanismos y medios de los cuales se vale la administración para cumplimiento y ejecución de los derechos que ésta otorga a sus administrados, a través de su ordenamiento legal; pero cuando hablamos de garantías constitucionales, nos referimos a aquellos medios adoptados por un Estado, que a través de su normativa constitucional busca prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido por la misma. Sin garantías, los derechos serían meros enunciados líricos, que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad.

Ferrajoli (2001, p. 36), colige nuestro pensar, determinando que “las garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para todos los derechos

reconocidos y que son eficaces porque producen el resultado previsto, que es reparar la violación de derechos”.

Es así que la existencia de un derecho, demanda la creación de garantías determinadas y adecuadas; si no existe la garantía, hay una omisión por parte de la administración, cuyo más alto deber es tutelar y proteger a sus administrados, con los medios y mecanismos adecuados.

En materia de garantías, la Constitución del 2008 amplía su espectro tutelador respecto a la carta magna de 1998. Los artículos 93, 94 y 95 de la Constitución de 1998 entiende ligada la garantía a la acción judicial, enumerando así cuatro garantías como eran: el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo constitucional y la defensoría del pueblo; aunque en el Art. 16 de esta carta política trata de ampliar este precepto de garantía, en sentido de que el más alto deber del Estado es el respeto a los derechos humanos, misma que no se operativiza sino en razón de una acción judicial.

A diferencia de ello, la Constitución del 2008 le da una relevancia fundamental a este tema pues se concibe a las garantías de manera integral y no restrictiva a lo judicial, como sucedía en la anterior carta fundamental. Este avance se da en razón a que los derechos de las personas son progresivos, y para que esta progresividad de derechos sea efectiva la administración se ve en la obligación constitucional de crear medios adecuados para tutelar a sus administrados en el goce y pleno ejercicio ellos; de aquí que se diferencian dos clases de garantías:

- La una en función de los poderes del Estado; y
- La otra en relación a los derechos y al rol de la justicia constitucional.

En relación a la primera, las garantías son de tres tipos: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. Por las garantías normativas (Art. 84) cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar (...) están obligados a adecuar esas normas a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los

derechos; por las garantías políticas (Art. 85), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos [*en este punto, la Constitución del 2008, insta a sus administrados a la directa participación, formulación, ejecución, evaluación, y control de políticas y servicios públicos, ampliando así el espectro garantista, con el acceso a la participación de sus administrados*]; finalmente, por las garantías jurisdiccionales (Art. 86 - 94), los jueces controlan que los actos públicos no violen derechos [E]. Derecho a la defensa]. (...) De esta forma, el enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos cobra sentido (Art. 11, numeral 9). [A pesar, de esta distinción en las garantías, que establece la Constitución del 2008, la Administración trata de ampliar un poco más la tutela de los derechos hacia sus administrados, en lo que respecta a las garantías jurisdiccionales; en tal sentido:]. Las garantías jurisdiccionales, se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección” [*como aquellas garantías mínimas que se establecen en el art 76, para el respeto y aseguramiento del debido proceso. Constituyéndose así, un escudo protector para amparar y defender a los administrados, de los abusos de la administración de justicia; en general dichas garantías dispuestas en tal artículo actúan sobre el procedimiento y el proceso; y dentro de este sobre cada una de sus etapas y sujetos procesales; es decir, estas garantías que rodean al derecho de un debido proceso son universales; por tanto el derecho sin ellas no tendría el efecto deseado, que es la tutela del administrado; en tal sentido, y con lo dicho, la ciencia procesal apuntala esta postura sobre la universalidad de las garantías del debido proceso, en la cual se distinguen dos tipos de garantías procesales, como son: las genéricas y las específicas. Las garantías del debido proceso pertenecen a la primera categoría, en razón a que se aplican a todo sistema jurídico normativo y obligan a todos los órganos de poder;*

así lo evidenciamos con lo que el Art. 169 de nuestra Constitución prescribe: “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”], las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina “hábeas corpus”, las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de incumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denominan “acción extraordinaria de protección”. Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al amparo de 1998. [En tal sentido, las medidas cautelares determinadas por la Constitución del 2008 en el artículo 87 toman un rol distinto, ya que responden a la defensa de la tutela efectiva de derechos reconocidos tanto por la normativa constitucional como por tratados de Derechos Humanos. Dichas medidas pueden ser accionadas conjunta o independientemente a las acciones constitucionales antes mencionadas; es decir las medidas cautelares gozan de autonomía, con el único fin de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación a un derecho]. (Ávila Santamaría, Grijalva Jiménez, & Martínez Dalmau, 2008, p. 93)

En virtud a lo establecido, el aparato Estatal se ve en la obligación de tutelar a sus recurrentes, satisfacer sus pretensiones, dotar de medidas y medios adecuados para el pleno goce y ejercicio de derechos, evitar la indefensión de sus administrados, y lo más importante, ceñir su actuación a la ley, tener la debida motivación. En cuanto a esto el Art. 4 Del Reglamento para el Control de la discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, establece que: “Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito

indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento”.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo, porque solo a través de la debida motivación los interesados pueden conocer las razones que justifican el actuar administrativo. Por un lado se puede controlar la actividad de la administración y por otro, el administrado puede dirigir contra el acto carente de motivación los reclamos y acciones que correspondan según el caso.

Con ello, la motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión.

Ver anexo 3 (Reglamento para el control de la discrecionalidad en los Actos de la administración pública – Motivación de los actos).

Por principio categórico de conservación del ordenamiento jurídico en sociedad, deviene que la administración pública está obligada a cumplir su misión dentro del marco legal específico de los derechos que le confiere la ley, y respetando siempre, de manera estricta, los que aquella reconoce a favor de los administrados. De producirse esta armoniosa conjugación de intereses, jamás se producirían conflictos entre la administración y los particulares. Mas, en la práctica esto no ocurre; y, con frecuencia, se producen ciertos conflictos por actos de los órganos administrativos que los particulares consideran ilegales y que lesionan sus derechos e intereses legítimos, dando lugar a su defensa, y a la búsqueda de la justicia administrativa como la mejor expresión de su protección jurídica, tanto en el plano administrativo como en el judicial. (Granja, 1997, p. 347).

A este punto de análisis, referente a las garantías constitucionales ya antes vistas, nos queda también por determinar el precepto de protección jurisdiccional brindado por la administración a través de otras normas legales

tales como, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, que tienen un papel complementario a la norma constitucional, cuyos fines también se orientan a satisfacer y tutelar a sus administrados de aquellas actuaciones exorbitantes de la Administración, mediante recursos posibles de incoarlos ante la vía administrativa o judicial, respectivamente.

Ahora, dicho esto nos preguntamos ¿qué son las facultades exorbitantes?

La administración como tal, se vale de ciertos mecanismos y facultades para dirigir su actividad en procura del desarrollo administrativo, de modo que determinados poderes y potestades jurídicas componen a lo que conocemos como régimen exorbitante.

Esta particularidad propia de la administración se integra también con las instituciones y normas donde las técnicas de actuación no se traducen necesariamente prerrogativas de poder público ni el uso de la coacción sino de facultades que amplían el ámbito o esfera de derechos de la administración.

Por así decirlo, las facultades exorbitantes son aquellos privilegios con los cuales cuenta la administración para desarrollar su actividad, misma que debe estar en estricto apego a la ley. Cuando estas facultades no están en apego a ley estas pueden lesionar, violentar o amenazar con los derechos de los administrados, e inclusive atentar contra la norma jurídica. Es por ello que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa determina en su artículo 3, dos tipos de acciones, para así salvaguardar a sus administrados del mal actuar administrativo.

El régimen exorbitante no implica en todos los casos una situación de desborde o conflicto con el derecho privado. Si bien su origen obedece a una situación de exorbitancia donde el derecho administrativo era una suerte de derecho especial o de excepción, modelado en torno del núcleo de técnicas que se separaron del tronco común del derecho, el crecimiento progresivo de sus

instituciones ha contribuido a generar una autonomía que hoy en día resulta indiscutible.

La denominación de régimen exorbitante se mantiene sólo en un sentido convencional que ya no responde a su significado originario, pues su contenido se integra, además de las prerrogativas de poder público, con las garantías que el ordenamiento jurídico instituye a favor de los particulares para compensar el poder estatal y armonizar los derechos individuales con los intereses públicos que persigue el Estado, cuya concreción está a cargo de la Administración Pública. De este modo, el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del derecho administrativo.

Véase: (<http://www.prociuk.com/Derecho%20Administrativo.pdf>).

Entendido lo que constituyen las facultades exorbitantes nos queda por determinar lo que es la acción procesal en materia Contenciosa Administrativa, y consecuentemente hablar de los recursos administrativos y judiciales, todos estos temas los desarrollaremos en apartados diferentes a continuación:

2.2 La Acción Procesal en Materia Contenciosa Administrativa.

Cuando hablamos de acción procesal, nos referimos directamente a la sustanciación del Proceso Contencioso Administrativo; es decir, a la demanda de un derecho ante los órganos jurisdiccionales competentes. En este caso, la acción procesal denota el derecho de acceso a la justicia que tiene el administrado, para que a través de los acciones reconocidas en la ley (Art. 3 LJCA; Art. 97 ERJAFE) ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo se haga prevalecer y valer sus derechos frente a la administración.

La acción procesal, constituye además el camino legal para hacer efectivas las pretensiones del administrado, en busca del cumplimiento de un derecho reconocido o la suspensión de un acto lesivo por parte de la administración.

No hay que olvidar que la acción procesal se integra desde su inicio con la presentación de la demanda, hasta su terminación, con la materialización de las pretensiones del actor, donde la decisión de los órganos administradores de justicia puede ser o no favorable a lo pretendido por el actor.

No hay que confundir a la acción procesal, con el solo hecho de incoar una demanda ante los tribunales competentes. La demanda constituye el punto de inicio de una acción procesal, y su desarrollo, la garantía a tutela de los derechos; es así que nuestra Constitución en su artículo 169 determina al sistema procesal un medio para la realización de justicia.

El proceso, que es la consecuencia de una acción procesal se integra de la siguiente forma:

- La presentación de la demanda.
- La citación.
- La contestación a la demanda.
- La prueba.
- El alegato.
- La sentencia; y
- La ejecución de la sentencia.

- La Presentación de la Demanda.

Con la presentación de la demanda el administrado afectado por un acto o resolución de la Administración ejerce el derecho a la defensa, quien a través de la órganos jurisdiccionales competentes busca la tutela, expedita e imparcial de una sentencia justa, sin que quede en tela de duda la indefensión y la transparencia de los actos; en tal sentido el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado determina que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público; donde el

administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio.

Por su parte la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su Art. 24 establece claramente que la demanda se podrá proponer contra:

- a) El órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semipúblicas de que proviniera el acto o disposición a que se refiera el recurso;
- b) Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición.

No hay que olvidar que la demanda debe distinguirse por ser clara, completa, precisa y caracterizarse por estar fundada en la legitimidad, además deberá contener la firma del actor y del abogado patrocinador de la defensa, el señalamiento del domicilio judicial para posteriores notificaciones; de aquí que con la presentación de la demanda se promueve la actividad del órgano jurisdiccional y de los demás sujetos procesales.

El Art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por su parte señala La demanda debe ser clara y contener:

- a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones en la ciudad de Quito, sede del Tribunal, y dentro del perímetro legal.
- b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado.
- c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.
- d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión.
- e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos.
- f) La pretensión del demandante.

g) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir.

En esta clase de juicios no se podrá cambiar o reformar la demanda en lo principal.

Así también Al escrito de demanda deben acompañarse necesariamente (Art. 31 LJCA):

a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.

b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.

c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.

Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa, que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial.

Este último literal c del artículo 31 de La ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa está tácitamente derogado por la Ley de Modernización del Estado quien en su Art. 28 (Reformado por el Art. 12 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000) determina que:

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 vencido 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.

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 expidiere 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.

Ahora con lo que respecta a la calificación de la demanda, esta facultad le corresponde al ministro de sustanciación de la Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo respectivo, la calificación de la demanda tiene por objeto examinar que esta sea clara, concreta, y precisa, y cumpla con los requisitos de ley, en caso de que la demanda sea oscura, la mandará que le aclare, si es ambigua ordenará que la concrete y si es incompleta dispondrá que la complete, en término de cinco días, de no hacerlo ésta será rechazada.

Por su parte el Art. 32 de la LJCA establece que si la demanda fuere oscura, irregular o incompleta, el Magistrado de Sustanciación ordenará que el actor la aclare, corrija, concrete o complete, en el término de cinco días; y si el actor no lo hiciera, rechazará la demanda. El decreto respectivo será notificado al interesado y a las autoridades demandadas.

El actor podrá pedir una prórroga prudencial del término, que no excederá de ocho días, salvo que por circunstancias especiales que se invoquen proceda conceder una mayor.

- La Citación.

“Diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del juez, para que comparezca en juicio a estar a derecho” (Cabanellas de Torres, 2006, p. 68).

El art 73 de nuestro Código de Procedimiento Civil, por su parte define lo que es la citación, entendiéndola a esta como el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos.

Trasladándonos a la esfera administrativa, podemos decir que la citación, es una diligencia judicial solemne que tiene por objeto hacerle conocer al demandado en calidad de representante del órgano de la función administrativa del cual emanó la resolución o el acto impugnado, el contenido de la demanda, para que asuma la defensa de los intereses estatales o institucionales.

La citación tiene que realizarla el secretario relator del tribunal o el citador, de acuerdo con lo dispuesto por la sección tercera, del título I, libro II, del Código de Procedimiento Civil, esto, es personalmente y si no fuese posible por tres boletas que se dejarán en el lugar de la dependencia del funcionario de la administración pública del cual emanó el acto o resolución, en calidad de representante legal y en razón de que el Art. 9 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, sostiene que las entidades de la administración institucional, gozan de personería jurídica; o de acuerdo a otras leyes especiales que rigen para otras entidades del sector público o semipúblico. Cuando se traten de personas particulares la citación se la hará en sus respectivos domicilios, personalmente o por tres boletas, o en su defecto por la prensa, indicando bajo juramento que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado. La práctica de la citación,

se dejará constancia en el proceso, por medio de un acta, expresando los nombres completos del citado y la forma como se ha realizado.

Si la demanda está dirigida en contra del Estado, la Función Ejecutiva o sus instituciones, se procederá a citar al Procurador General Del Estado, que ejerce el patrocinio público, a través de la Fiscalía General, integrado por el Ministro Fiscal General, Los Ministros Fiscales y Agentes Fiscales.

Si la demanda está dirigida contra los organismos seccionales se citará al Alcalde o al Prefecto Provincial y a sus respectivos Procuradores; y si está dirigida contra los establecimientos públicos y personas jurídicas semipúblicas, se citará a sus representantes legales. Y si la demanda está dirigida contra personas particulares se lo hará personalmente, por boletas, o por la prensa, según el caso.

Por su parte el Art. 33 de LJCA (Inciso final agregado por el Art. 1, núm. 9 del D.S. 1077, R.O. 392, 17-IX-1973) establece que presentada la demanda, el Magistrado de Sustanciación dispondrá que se cite al funcionario representante de la dependencia administrativa, de la que haya emanado el acto o resolución que motiva la demanda, y se le entregue la copia de ésta.

Si el acto administrativo proviniera del Ejecutivo, o si, en general, la acción se propusiere contra el Estado o sus instituciones, la demanda se citará al Procurador General del Estado.

La demanda contra las otras personas que integran la administración local dentro del régimen seccional o contra los establecimientos públicos y personas jurídicas semipúblicas, se citarán a sus personeros legales, sin que sea menester contar con el Procurador General del Estado, quien, no obstante, tendrá las atribuciones de vigilancia que le confiere la ley.

El Ministro de Sustanciación dispondrá se haga conocer la demanda presentada a la persona natural o jurídica en cuyo favor derivare el acto o resolución administrativa que se impugne, y a fin de que pueda hacer valer los derechos que le concede el Art. 25 de esta Ley.

Sobre este punto, no hay que olvidar que la citación constituye una solemnidad sustancial del proceso, y la falta de ella produce la nulidad del juicio.

Una vez, Practicada la citación, las notificaciones posteriores se las realizará en el casillero judicial designado por el demandado.

- La Contestación a la Demanda.

La contestación constituye el derecho que tiene el demandado para dar respuesta a la demanda, dentro del término legal, para oponerse a los fundamentos de la acción incoada, mediante excepciones dilatorias o perentorias, para precautelar sus intereses mediante un fallo, sin perjuicio de que pueda allanarse a la demanda.

Para Moran Sarmiento, (2003, p. 191) La demanda es la expresión de la acción, y la contestación se manifiesta con la excepción, sobre esas piezas va a girar toda la contienda, de manera que esta contestación al igual que la demanda debe merecer, prolijidad, amplitud, claridad, para poder aspirar a resultados, que puedan enervar las pretensiones del accionante y satisfacer la posición del demandado.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al respecto nos manifiesta que:

El demandado tendrá el término de quince días para contestar la demanda y proponer conjuntamente todas las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido.

El mismo término concederá el Tribunal al funcionario o empleado, que tenga a su cargo el archivo en donde se encuentre el expediente administrativo, para que lo remita.

Si el funcionario o empleado responsable no remitiere el expediente administrativo al Tribunal, éste podrá insistirle imponiéndole multa de veinte a cincuenta sucres por cada día de retardo, o atenerse a las afirmaciones del

administrado, de juzgarlo procedente. Para el efecto, el interesado indicará al funcionario o empleado que tenga a su cargo el archivo en donde se encuentra el expediente administrativo (Art. 34).

En la contestación, el demandado expondrá los fundamentos de hecho y de derecho de sus excepciones, se referirá a todas las impugnaciones del actor, enunciará las pruebas que va a rendir, y señalará domicilio dentro del perímetro legal en la ciudad de Quito (Art. 35).

Al contestar la demanda, el demandado presentará los documentos en que funda su derecho, y si no obraren en su poder, designará el archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encuentran (Art. 36).

La falta de contestación a la demanda, se la entenderá como rebeldía por parte del demandado.

La rebeldía del demandado es la actitud negligente, intencional o deliberada que asume la autoridad pública en calidad de representante de un órgano de la función Administrativa, al abstenerse dar contestación a la demanda dentro del término respectivo, a la que jurídica y moralmente tiene responsabilidad de hacerlo en defensa de los intereses públicos. (Jaramillo, 2003, p. 47)

Respecto a esta situación el Art. 37 de la LJCA determina que si el demandado no contestare la demanda dentro del término concedido para el efecto, a solicitud del actor, será declarado en rebeldía; se le hará conocer esta providencia y no se contará más con él.

Pero si el rebelde compareciere, se lo oirá y tomará la causa en el estado en que la encuentre.

Cabe recalcar que el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado determina que *“Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de veinte días para contestar demandas, contado a partir de la citación o notificación, sin perjuicio del término adicional por la distancia, con*

arreglo a la ley, cuando la acción se hubiere planteado fuera de la Capital de la República.

En los casos en que la contestación a la demanda deba hacerse en la audiencia de conciliación, ésta no podrá realizarse sino después del término de veinte días a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Igual término se observará para todos los demás procedimientos y actuaciones contenciosos y administrativos en los que deba intervenir el Procurador General del Estado, en ejercicio del patrocinio del Estado”.

- La Prueba.

La prueba constituye la fase vital de un proceso, a esa fase resultan convocadas con urgencia las partes que intervienen en una contienda judicial. Al demandante para que demuestre los fundamentos de sus pretensiones, y al demandado, para que desvirtúe las pretensiones o atenué la magnitud de las mismas. El resultado del proceso, expresado en el fallo, dependerá de las pruebas esgrimidas en esa fase del juicio. (Morán, 2003, p. 235)

Para Cabanellas de la Torre (2006, p. 313) la prueba consiste en la “demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”.

Como vemos, la prueba se constituye en uno de los medios que autoriza y permite la ley, para justificar la verdad de los hechos controvertidos. La prueba es una actividad técnicamente debatida que desarrollan las partes en el proceso, que tiene por objeto de acuerdo con lo previsto en la ley, demostrar al Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la situación jurídica que se invoca en la demanda y que se refuta en la excepción al contestarla, para conducir al juez a la convicción de la verdad de los fundamentos de hecho y derecho, esgrimidos en la acción o en la excepción.

De conformidad con el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil y 39 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la prueba puede consistir en

instrumentos públicos o privados, declaración de testigos, inspección judicial, dictamen de peritos e intérpretes, grabaciones magnetofónicas, radiografías, fotografías, cintas cinematográficas, exámenes morfológicos y sanguíneos o de otra naturaleza técnica y científica.

Cabe recalcar que para probar los fundamentos de hecho y de derecho en el proceso contencioso administrativo, tiene mayor viabilidad los instrumentos públicos y privados y los informes de los funcionarios del sector público antes que otros medios que tienen mayor fuerza relevante en otros procesos. Es incompatible en lo contencioso administrativo aplicar exámenes morfológicos y sanguíneos, dando lugar a creer que el legislador no ha tomado en cuenta este particular.

Por su parte, nuestra Constitución de la República en su Art. 76 numeral cuarto determina que todas las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

Así también el Art. 117 de nuestro Código de Procedimiento Civil establece que sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentando y practicado de acuerdo a la ley, hace fe en juicio.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su Art. 38 establece que con la contestación de la demanda se mandará a notificar al actor, y en la misma providencia, en caso de haber hechos que deban justificarse, se abrirá la causa a prueba por el término de diez días, en el cual se practicarán las diligencias probatorias que se solicitaren.

Cuando la controversia versare exclusivamente sobre cuestiones de derecho, contestada la demanda se notificará a las partes, y sin otra sustanciación el Tribunal pronunciará sentencia en el término de doce días.

Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial, que no podrá pedirse al representante de la Administración, pero en su

lugar, la parte contraria propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas, en vía de informe, por las autoridades o funcionarios de la Administración, a quienes conciernan los hechos controvertidos (Art. 39 LJCA). Es importante recalcar, que sobre el administrado o su representante legal o convencional la confesión judicial si cabe, ya que la ley determina claramente que dicho medio de prueba no puede pedirse únicamente al representante de la administración.

- El Alegato.

Conforme con lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el alegato puede ser escrito u oral. El alegato escrito se denomina, informe en derecho; y el oral, audiencia en estrados.

El informe en derecho, es un acto jurídico procesal y discrecional, que presenta el abogado defensor de cualquiera de las partes ante los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, antes de sentencia, con sólidos argumentos jurídicos, sobre los puntos más sobresalientes del proceso, valorando los hechos investigados y probados en la causa e invocando las leyes, la jurisprudencia y la doctrina científica, para persuadir en derecho a dictar una sentencia justa.

Mientras que la audiencia en estrados, es un acto jurídico procesal, formal y solemne, por los cuales los Magistrados del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en el día y hora señalados, proceden a oír en la sala de sesiones, al abogado defensor de cada una de las partes, quienes mediante una exposición oral, proceden a resaltar y valorar en forma clara y precisa las diligencias actuadas a su favor, especialmente lo relacionado con los fundamentos de hecho y derecho expuestos en la demanda o en la contestación a la demanda, invocando las leyes, la jurisprudencia y la doctrina científica, solicitando como conclusión que se resuelva en sentencia de acuerdo con las pretensiones del defendido, dejando al secretario constancia que se ha evacuado la diligencia. En esta diligencia no hay derecho sino a la réplica de manera que agotada la intervención del solicitante, la contraparte

podrá objetar, concluyendo luego la diligencia, minimizándose de esta manera la práctica de la audiencia, y del procedimiento oral que forma parte del proceso para una diáfana administración de justicia.

- La Sentencia.

Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio (Art. 269 C.P.C).

Como apreciamos, la sentencia es la expresión de voluntad de los órganos jurisdiccionales, que por medio del juzgador y de la ley, pone fin a un litigio.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo al dictar sentencia tiene el deber jurídico de resolver el asunto controvertido con imparcialidad, rectitud y equidad natural, de acuerdo con el debido proceso, sin temores que lesionen a la majestad de la Función Jurisdiccional y a las pretensiones de las partes; para que haya resolución del Tribunal, por lo menos se necesita dos votos conformes, si por discordancia no pudiere obtenerse mayoría, se llamarán tantos conjuces cuantos fueren necesarios para formarla (Art. 43 LJCA). Una vez dictada la sentencia esta deberá (Art. 44 LJCA) todos los magistrados y conjuces que hubiesen votado, deberán firmar aun cuando alguno o algunos hayan sido de opinión contraria a la de la mayoría, cabe recalcar que en las resoluciones se indicarán los votos salvados que se redactarán por separado.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su Art. 41 determina que una vez concluido el término de prueba, el Tribunal dictará sentencia, dentro de doce días.

Tanto las excepciones dilatorias como las perentorias y, en general, todos los incidentes que se suscitaren durante el juicio, no serán de previo o especial pronunciamiento y se resolverán en sentencia, salvo el que se proponga para la suspensión de procedimiento de ejecución Art. 42 (LJCA).

La sentencia estará integrada de tres partes esenciales, siendo éstas: la parte expositiva, la parte considerativa y la parte resolutive, esto en relación directa al

principio de motivación contemplado tanto en la norma constitucional como en el resto de normas legales.

Así tenemos:

Art. 76, numeral 7, literal I; Constitución de la República del Ecuador. “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...).”

Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado: “Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios”

Art. 122 ERJAFE: Sustituido por el Art. 1 del Decreto Ejecutivo 3389, R.O. 733, 27- XII-2002. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

En la parte expositiva el juzgador da a conocer los puntos más sobresalientes del proceso, observa que en las etapas del mismo se haya cumplido con todas las solemnidades formales para que no se declare su nulidad. Mientras que en la parte considerativa, se aprecia universalmente los fundamentos de hecho y de derecho así como la carga de la prueba del demandante y del demandado,

donde se destaca si se ha probado los fundamentos sustantivos que se discuten, las excepciones dilatorias y perentorias e incidentes que se suscitaran en el juicio para ir encasillando con sana crítica las pretensiones de las partes. Finalmente la parte resolutive constituye la respuesta a la exposición y consideración del proceso, con lo cual el juzgador emite criterios a favor del uno o del otro, basados en el marco de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, quien invocando la autoridad que el Estado lo confiere, determina y juzga mediante una sentencia.

Ahora para que dicha acción procesal sea efectivizada ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo mediante el proceso antes señalado, la administración ha dotado de otro tipo de garantías, y esta vez, relativas a sede Administrativa, mismas que constituyen el paso inicial para la reparación de derechos del administrado, para lo cual analizaremos, primeramente:

2.2.1 Requisitos Previos Para el Acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Cuando hablamos de requisitos previos para el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, nos referimos a la serie de actos, circunstancias o condiciones necesarias que la administración establece para que el administrado afectado, desarrolle su defensa; así tenemos:

1. Que, según lo dispuesto en los artículos 1 y 5, del capítulo I, referente al ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, dicha ley determina que “el recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.”

Pero, ¿Qué significa que cause estado?

La misma ley nos determina en su Art. 5 que las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o hagan imposible su continuación.

Es decir, que la reclamación interpuesta en sede administrativa se hubiese agotado, y ya sin haber logrado una resolución favorable, se puede acudir ante los respectivos órganos jurisdiccionales (Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo)

Respecto a esto, el Estado en su papel tutelador se da cuenta, que se está limitando el derecho a la defensa del administrado ante un órgano jurisdiccional, por ello incorpora en la Ley de Modernización del Estado en su artículo 38 (Sustituido por el Art. 1 de la Ley 2001-56, R.O. 483, 28-XII-2001)... que no se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa; dando así un salto cualitativo respecto a la defensa de los derechos de sus administrados.

2. Que el acto por el cual se acciona se refiera a un acto, o bien, sea una materia, procedentes de la facultad reglada y no de la facultad discrecional de la Administración (Art. 6 LJCA. literal, a).

En consecuencia, tanto el contencioso administrativo de plena jurisdicción, como el contencioso administrativo de anulación, están comprendidos en lo que es materia de administración reglada por el Derecho. Así pues, se excluye de la competencia jurisdiccional administrativa:

- a. Los actos de gobierno, porque ellos son actos de carácter político y no son actos administrativos (Art. 6 LJCA. literal, c).
- b. Las resoluciones de carácter disciplinario.

- c. Las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene pública (Art. 7 LJCA. literal, a).
- d. Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, no regladas por la ley (Art. 7 LJCA. literal, b).
- e. Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento a los funcionarios públicos que presten servicios especiales (Art. 7 LJCA. literal, c).

No hay que olvidar que con las reformas Constitucionales de 23 de diciembre de 1992, R.O. 93-S (Codificación de 5 de mayo de 1993, R.O. 183) eliminaron el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y crearon los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; y, el Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 544-S, 9-III-2009) modificó la estructura orgánica de la Función Judicial, transfiriendo las competencias de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo a las salas de lo contencioso administrativo de las Cortes Provinciales, sin embargo, éstos seguirán en funciones hasta que el Consejo de la Judicatura integre las salas.

- 3. Que el acto demandado suponga la violación de un derecho adquirido o de un interés directo del actor, o sea, de quien se cree perjudicado; sobre este punto cabe recalcar que no únicamente se puede presentar la violación de un derecho para acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, ya que el recurso objetivo también busca la tutela de la ley, y por esta falta de tutela se podría sustanciar dicho recurso para que gobierne la juridicidad. (Art. 1 LJCA).
- 4. Que la violación sea una consecuencia directa del acto administrativo contra el cual se eleva la reclamación.
- 5. Que no se trate de un acto propiamente judicial, o sea de la jurisdicción ordinaria, civil o penal, y perteneciente a otras jurisdicciones (Art. 6 LJCA. literal, b).
- 6. Que no se refiera a resoluciones expedidas por los organismos electorales (Art. 6 LJCA. literal, d).

7. Por último, que no se trate de resoluciones expresamente excluidas de la vía contenciosa, por una ley (Art. 6 LJCA. literal, e).

Por tales consideraciones, el actor, de acuerdo con las disposiciones legales que nos rigen, examinará previamente la procedencia o no para el ejercicio de este proceso contencioso, es decir verificará las condiciones exigibles para su validez jurídica.

En cuanto respecta a lo establecido en el punto uno, y en complemento con lo dispuesto a la Ley de Modernización del Estado, hoy en día no se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa, para tal evento según lo dispuesto en el artículo 31 de LJCA literal c, ya no será necesario adjuntar a la demanda los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.

Frente a lo dicho, el administrado decidirá si agotar o no todos los recursos que la administración otorga a su favor, para ver si se puede rever la flagelación de sus derechos. Cabe recalcar que el agotamiento de la vía administrativa constituiría una fuente base para el sustento de un recurso en la vía judicial.

Sobre lo expuesto nos ponemos a reflexionar:

¿Si la ley nos otorga ciertas garantías para la protección de nuestros derechos, sería aconsejable no utilizarlas?

Como se dijo a un inicio, el agotamiento de la vía administrativa será decisión del administrado quien determinará si acogerse o no a la vía administrativa.

2.2.2 Los Recursos en Vía Administrativa.

Como habíamos explicado anteriormente, cuando los administrados se sienten lesionados por ciertas resoluciones arbitrarias o actos ilegales de las autoridades administrativas, cuentan, entre otros medios de protección jurídica, con los denominados recursos administrativos.

En términos generales nos preguntamos:

¿Qué son y qué constituyen los recursos administrativos?

Para Herman Jaramillo, (2003, p. 16) el Recurso Administrativo: Es un medio de defensa legal que asume una persona particular ante el órgano de la Función Administrativa que dictó la resolución, para que proceda a reconsiderar, corregir, rectificar, revocar o anular la decisión adoptada, depurando los vicios que lesionan derechos subjetivos o intereses legítimos. El objeto del recurso, es asegurar que se aplique correctamente la ley, para garantizar derechos de las personas gobernadas por la Función Administrativa. (...)

Para Nicolás Granja, (1997, p. 353). (...) Los recursos administrativos consisten en el derecho especial que tiene el administrado para obtener del órgano administrativo correspondiente, una resolución en la pretensión interpuesta contra un acto administrativo, en defensa de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, con el propósito de lograr su revocación, sustitución o reforma.

Como vemos, los recursos administrativos, en términos generales constituyen aquellos medios de impugnación, de las decisiones de una autoridad administrativa, que tienen por objeto reformar, sustituir y en determinados casos, anular estos actos que son el pronunciamiento de la administración, pudiendo ser ejercidos unos en vía administrativa y otros en vía judicial.

Sobre este punto de análisis, es importante hacer una clara diferenciación entre los Recursos Administrativos y los Recursos Contenciosos Administrativos.

Los recursos administrativos se los ejercen y tramita ante la misma administración pública, dentro del procedimiento administrativo (*ante el órgano de la función pública que emitió el acto; es decir en sede administrativa*). Como vemos la característica principal de estos recursos es que se la deduce ante el órgano que emitió el acto, con el fin de obtener su revocatoria, reforma o sustitución del acto; estos recursos a su vez se dividen en:

- Recurso de Reposición.
- Recurso Jerárquico o de Apelación.
- Recurso de Queja.
- Recurso de Extraordinario de Revisión.
- Recurso de Aclaración y Rectificación.

2.2.2.1 Recurso de Reposición.

Conocido también como recurso de reconsideración, de oposición, revocatoria, advertencia, etc.

“Este recurso consiste en una reclamación que el afectado entabla ante la misma autoridad administrativa que dictó la resolución, con el propósito de que la deje sin efecto o la enmiende, por lesionar su interés, en virtud de las pruebas presentadas” Granja, (1997, p. 354).

Es un procedimiento administrativo ordinario que interpone la parte agraviada titular de un derecho subjetivo, ante el mismo órgano de la administración pública para que deje sin efecto la resolución o el acto jurídico que impide la tramitación del expediente administrativo. El objeto de este recurso, es el de evitar dilaciones que pueden dar lugar a instancias superiores, procediendo a corregir el vicio que afecta a la resolución administrativa. Es un recurso de retractación o de reconsideración de la resolución dictada. (Jaramillo, 2003, pp. 17, 18)

Por su parte el artículo 174 del ERJAFE establece que: “Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado (...) y son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado”.

Este recurso de reposición tiene un plazo de 15 días para su interposición si se tratase de un acto expreso, y de dos meses si se trata de un acto presunto (Art.

175 ERJAFE). Sobre la resolución de este recurso únicamente cabe el recurso de apelación.

2.2.2.2 Recurso de Jerárquico o de Apelación.

Así también el ERJAFE define en su Art. 176 al recurso de apelación de la siguiente forma: “Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa”.

Este recurso también es conocido como recurso jerárquico o dealzada, en razón a que este tiene por objeto, a que la autoridad superior anule o reforme el acto del inferior, previo conocimiento sobre el fondo del asunto. Ej. La resolución del gobernador será recurrible para ante el Ministro del ramo correspondiente; la del Director Nacional de Caminos, para ante el Ministro de Obras Públicas; la de la Comisión de Prestaciones Del IESS, para ante la Comisión Nacional de Apelaciones del instituto, etc.

La necesidad de este recurso estriba en que, la misma razón de ser de la jerarquía administrativa, impere a considerar que la administración pública no ha pronunciado su última palabra, hasta cuando no hubiese resuelto el órgano supremo del ramo administrativo, esto es, hasta que se hubiese agotado la vía administrativa.

Este agotamiento de la vía gubernativa constituirá un elemento con mayor fuerza de consideración en la vía judicial, donde como ya dijimos anteriormente, la defensa del administrado en los Tribunales será mucho más favorable.

El ERJAFE en su artículo 177 claramente determina que el plazo para la interposición de este recurso será de 15 días a partir de la notificación del mismo, y de dos meses si el acto no fuere expreso; transcurridos estos plazos

sin haberse interpuesto dicho recurso, la resolución será firme a todos los efectos, pero susceptible de cualquier acción judicial, por parte del perjudicado.

2.2.2.3 Recurso de Queja

La queja, como simplemente se la conoce también lleva el nombre de recurso, porque su finalidad es la impugnar actos o hechos u omisiones administrativas, de aquí que esta, constituye una reclamación por el perjudicado ante su superior jerárquico por la violación a uno de sus derechos.

Salvo disposición administrativa en contrario o, a falta de norma, el recurso de queja se interpone dentro del plazo de 10 días, y su resolución debe dictarse en el término de 5 días.

Con esto, diremos que dicho recurso de queja es únicamente de carácter procesal, no anula ninguna resolución.

2.2.2.4 Recurso Extraordinario de Revisión.

Es un procedimiento administrativo extraordinario por medio del cual el órgano superior de la administración pública estatal, a petición de parte o de oficio, proceden a revisar todo el expediente administrativo, cuando una resolución firme, afecta los derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas, como consecuencia de algunas circunstancias, como el cometido por error de hecho que aparece de los documentos incorporados al expediente; o que por falta de instrumentos de valor esencial haya determinado se dicte una resolución adversa o que en la resolución haya infundido falsos testimonios o falsos documentos declarados por medio de sentencia judicial, o que la decisión se la haya adoptado como consecuencia del delito de prevaricato, cohecho, concusión, maquinación fraudulenta u otra conducta punible declarada en sentencia judicial ejecutoriada. Con este recurso se tiende a destruir la llamada santidad de la cosa juzgada que la ley proclama como una verdad mientras no se pruebe lo contrario. (Jaramillo, 2003, pp. 18, 19).

El recurso extraordinario de Revisión es aquel que puede ser propuesto ante los Ministros de Estado, respecto a las resoluciones emitidas por estas Carteras de Estado o también puede ser planteado a las máximas autoridades de la Administración, con la finalidad de que se revisen las resoluciones formuladas por estas autoridades, por sus subordinados o por las entidades adscritas a éstas. Igualmente pueden solicitar este recurso quienes estimen ser afectados o tenga interés directo por la resolución. (Silvia Jimbo Galarza: Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, 2008, p. 21).

Pero para que opere, y para que sea posible de interponerse dicho recurso extraordinario de protección, es necesario que la resolución emitida por el órgano administrativo se halle inmersa en alguna de las causales que señala el artículo 178 del ERJAFE, siendo estas:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

Dicho recurso se propone en contra de aquellos actos administrativos firmes que han causado estado, mismo que puede interponerse en el plazo de tres años, a partir de la vigencia de lo estipulado en los literales a, y b; y tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre y cuando no

hayan transcurrido 5 años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos (Art. 178 ERJAFE).

2.2.2.5 Recurso de Aclaración y Rectificación.

Para muchos la aclaración y rectificación no constituye recurso administrativo alguno, ya que no se trata de la impugnación de un acto que proviene del órgano administrativo, más bien consiste en el derecho que le asiste al administrado para solicitar, que la decisión tomada por dicho órgano sea esclarecida en su contenido en caso de oscuridad, o bien rectifique algún error de cálculo o de redacción.

En caso de denegarse tal petición por el órgano administrativo, el perjudicado podrá deducir cualquiera de los recursos administrativos antes mencionados, siempre y cuando tengan directa relación al acto manifiesto por la administración; de no ser el caso, se podrá acudir a la vía judicial cuando dicho acto vulnere derechos.

De todos estos recursos que se conceden y reconocen para la plena protección de derechos hacia el administrado en vía administrativa, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé otros recursos más, con el afán de que la parte más débil de las relaciones Estado – Particulares, hagan valer sus derechos, y así el Estado cumplir con su papel garantista y tutelador del que hablamos en puntos anteriores; estos recursos que estudiaremos a continuación forman parte de las garantías que el Estado otorga a través del sistema jurisdiccional y que por medio de la acción procesal ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo se vele por la juridicidad; así tenemos:

2.2.3 Los Recursos Contenciosos Administrativos.

A diferencia de lo que sucede con los recursos en sede administrativa que están muy bien explicados, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mal interpreta a estos recursos al llamarlos como tal, cuando en realidad son acciones judiciales independientes.

En contraste a los recursos administrativos que se deducen ante un órgano no judicial, los recursos contenciosos administrativos se los incoa ante un órgano jurisdiccional a través de una demanda, de aquí que la doctrina los determina como acciones procesales administrativas, ya que el hecho de accionar a la justicia bajo el acto procesal de una demanda determina ha este hecho como una acción.

Con ello las acciones procesales administrativas se las deducen y tramitan ante un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, perteneciente al sistema judicial.

Para entender un poco más a fondo la finalidad de las acciones procesales administrativas hacemos referencia al derecho comparado, como es el caso de la legislación Peruana, quien es muy clara en determinar en su Art. 1 de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, donde *“La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”*.

Así mismo nuestra normativa, en el Art. 1 de la LJCA determina claramente que “el recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”.

Es así que, los administrados sin necesidad de agotar la vía administrativa (Art. 38 Ley de Modernización del Estado), o agotada ésta, podrán sin perjuicio alguno acudir ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, a hacer efectiva la tutela que les corresponde, cuando un acto proveniente de la actividad administrativa lesione sus derechos; entre los recursos que dicha jurisdicción dota para la tutela efectiva de sus administrados tenemos:

- Acción subjetiva de Plena Jurisdicción.

- Acción Objetiva de Anulación.
- Acción de Lesividad.

2.2.3.1 Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo.

Según lo establecido en el Art 3 de LJCA “El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.”

El doctor Nicolás Granja Galindo (1997, pp. 376, 377) en su obra Fundamentos de Derecho Administrativo, cita al profesor González Pérez, mismo que determina a la acción de plena jurisdicción diciendo: “es aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien, en su caso, atendiendo una demanda de indemnización”.

El recurso tiene por objeto amparar un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo impugnado. La acción puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica (...) (Jaramillo, 2003, p. 27)

Como podemos apreciar, por lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y lo dicho por los autores antes citados, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo tiene como finalidad solicitar la ilegalidad del acto administrativo impugnado ante el órgano jurisdiccional competente, así como el reconocimiento del derecho declarado que ha sido negado; es decir, procede en la defensa del derecho subjetivo cuando se considera que este derecho existente en la ley ha sido violado.

En cuanto al tiempo hábil para deducir este recurso, el art 65 de la LJCA determina que: “El término para deducir la demanda en la vía administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso

contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna”.

2.2.3.2 Recurso de Anulación u Objetivo o por Exceso de Poder.

La acción dirigida a obtener la anulación de un acto administrativo reputado ilegal, aunque no haya habido violación de un derecho subjetivo, se denomina en el Derecho Francés con el nombre de contencioso objetivo o de anulación o por exceso de poder. La razón estriba en que, en este caso, el demandante no solicita el reconocimiento de situaciones jurídicas subjetivas, sino simplemente la anulación del acto que se impugna, como un medio de defensa del derecho objetivo violado. (Granja, 1997, p. 378)

Es un mecanismo de control que ejercen los órganos de la Función Judicial y una de las garantías democráticas que nos ofrece el ordenamiento jurídico, frente a determinados excesos de la administración pública. Tiene como propósito tutelar por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, declarando la nulidad del acto administrativo impugnado por adolecer de un vicio legal. Por medio de este recurso se persigue mantener el imperio de la legalidad del orden jurídico objetivo. La acción puede ser ejercida por toda persona que tenga interés en ello. Si la persona interesada no interpone el recurso de nulidad u objetivo dentro del plazo determinado por la ley, pierde este derecho en forma inevitable. (Jaramillo, 2003, p. 28).

Por su parte el mismo artículo 3 de LJCA nos determina que: “El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal”.

El recurso objetivo o de anulación por exceso de poder puede ser interpuesto únicamente por él o los individuos que demuestren un interés directo y que han

sido afectados por el órgano administrativo en su actividad administrativa, mediante un acto que adolece de vicio legal. Este interés directo a criterio del doctor Patricio Secaira Durango (2004, p. 249) “es el vínculo subjetivo público del demandante del demandante o recurrente frente a la resolución administrativa” significado que a la fecha de que el recurrente interponga dicho recurso este debe estar vinculado al acto que se está impugnado. Así también dicho recurso puede ser incoado ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo cuando se trate de circunstancias de interés general, como en asuntos ambientales, donde la sentencia tendrá efectos generales.

En sí, el recurso objetivo o de anulación dotado por la Administración a través de la LJCA, nos permite dejar sin efecto la actuación del órgano administrativo quien en su manifestación, por un acto administrativo lesivo, o por un acto atentatorio a la tutela de lo norma jurídica objetiva, se puede solicitar su nulidad, haciendo que sea la juridicidad la que imperé, y deje inconsistente dicha manifestación.

En cuanto al termino para deducir dicha acción el Art. 65 de la LJCA nos determina que: “En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica y en los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años”.

2.2.3.3 Recurso o Acción de Lesividad.

Su origen lo encontramos en el derecho Español. Consiste esta acción en un proceso administrativo sui generis [muy especial], por el cual, la misma administración pública lo entabla ante el Tribunal Contencioso Administrativo, por razones de ilegitimidad, en demanda de que se anule un acto administrativo que consagro derechos a favor de un particular, pero que, además de ilegal, es

lesivo a los intereses de la propia administración. En otras palabras, lo que determina a esta acción es que el la demanda provenga del mismo sujeto público que dictó el acto impugnado. (Granja, 1997, p. 380).

Como podemos apreciar, diríamos que esta acción de lesividad se da a favor de la administración donde esta actúa en calidad de demandante, y el particular favorecido con la resolución emanada de dicha institución u organismo público como demandado, en razón al reconocimiento de derechos por parte del organismo que emite el acto. Cuando se reconocen derechos hacia los administrados por parte de la administración, sean estos reconocidos ilegalmente, esta no puede revocar dicho acto, bajo otro acto, ya que busca la salvaguarda y el mejoramiento progresivo de derechos del administrado, en razón a esto la administración denota dicha figura, donde en un proceso se tendrá que determinar el reconocimiento o no de este derecho hacia el administrado.

Por otro lado si bien, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se habla de dicho recurso, que tienen a su favor la administración, el Art. 97 del ERJAFE, lo hace y confiere competencia a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, en la cual: “La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación se la hará ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad”.

Como podemos apreciar la acción de lesividad es un recurso especialísimo a favor de la Administración Pública, que tiene el derecho al igual que un particular de hacer valer sus intereses ante los Tribunales Contencioso

Administrativos demandando se deje sin efecto un acto dictado dentro de su mismo seno.

Finalmente concluiremos diciendo que el recurso de lesividad:

Es la potestad que posee la administración pública de declarar la lesividad de una resolución de la Función Administrativa, cuando un acto suyo es perjudicial a los intereses del Estado, sin que exista impedimento alguno de que se concurra al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que lo conozca y resuelva. La lesividad tiene que ser declarada por Decreto Ejecutivo durante el lapso de tres años a partir de la vigencia del acto; y la demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe ser interpuesto dentro de tres meses a partir de la declaración de lesividad.(Jaramillo, 2003, p. 20).

Con lo visto en este punto podemos determinar que la administración se vale de muchos medios y cuerpos normativos para tutelar y proteger al administrado de las actuaciones administrativas de sus organismos, y a su vez la propia administración tutelarse de determinadas actuaciones lesivas para ella mismo; para concluir con la investigación referente a este capítulo II, hablaremos de un tema muy importante en cuanto respecta al derecho en general, mismo que es la igualdad de las partes procesales; concluido con este tema quedará determinado lo que respecta la tutela jurisdiccional del administrado tomado desde varias perspectivas ya estudiadas.

Finalmente en este capítulo nos queda por estudiar y analizar lo que es el principio procesal de igualdad de partes, el cual lo haremos a continuación:

2.3 La Igualdad de las Partes Procesales.

La igualdad procesal es un elemento característico de los estados democráticos y de derecho. En base a este principio tanto la parte actora como la demandada en su calidad de sujetos procesales, tienen el derecho de ser tratados en forma idéntica por parte de los órganos de justicia.

En efecto, la teoría del contencioso administrativo, parte de la base de que el particular que acciona en contra de la administración, debe hacerlo en un pie de igualdad jurídica, en tal forma, que ningún privilegio puede oponer la administración ante quien pretenda reclamar a un tribunal pidiendo el reconocimiento de un derecho que hubiere sido vulnerado por aquella. (Granja, 1997, p. 387).

Nuestra Constitución en su título II, capítulo octavo referente a los derechos de protección, determina en su artículo 76, literal c, que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, las partes serán escuchadas en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; es decir, en materia contenciosa administrativa no existe diferenciación ni preferencia entre partes procesales, cada una de estas cuenta con la seguridad y certeza que los órganos administradores de justicia aplicaran lo justo y lo correcto a fin de conseguir el fin deseado.

Normas internacionales, como la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo en Perú, nos determinan en su capítulo I, Art. 2, numeral dos claramente lo que es y lo que constituye el Principio de igualdad procesal, donde *“Las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado”*.

Como pudimos apreciar anteriormente, en los recursos judiciales que se establecen tanto en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, existe una igualdad en cuanto respecta al derecho de revocatoria y nulidad de los actos administrativos, es que tanto los particulares (tutela administrativa) como la administración (autotutela Administrativa) están en la necesidad de hacer valer sus intereses, por ello la ley prevé estos recursos para ambas partes.

Coligiendo nuestro criterio, Jorge Zavala Egas (2007, p. 202), en su obra Derecho Administrativo, cita el criterio de la profesora universitaria Montserrat Cuchillo Foix (Universidad Pompeu Fabra), diciendo:

Lo cierto es, por último, que dichas potestades [autotutela] conllevan el reconocimiento que la Administración ocupa una posición jurídica muy especial respecto de los Tribunales, del todo distinta a la que corresponde a los ciudadanos. Posición que se considera aceptable en la medida en que atendiendo en primer término al principio de igualdad jurídica como criterio de ponderación de la proporcionalidad entre los objetos asignados a la Administración y las potestades atribuidas para conseguirlos, se estima adecuada a tal principio y necesaria para el respeto de los valores de justicia y libertad inspiradores del ordenamiento. Y compatible también, por otra parte, con el respeto de los principios de seguridad jurídica, irretroactividad de actos no favorables o de gravamen, responsabilidad que deben regir la actuación de los poderes públicos.

Sobre el punto de la autotutela, cabe hacer una crítica en cuanto a la igualdad procesal que existe entre la administración y los administrados.

La administración quien se tutela así misma, en uso y goce de los entes regulados por ella, busca mayores beneficios en cuanto a la búsqueda de justicia. Es así que el administrado, al momento de deducir una acción procesal esta carece de celeridad o en algunos casos, los términos procesales son menores que los concedidos a la administración, hechos que no favorecen a la consecución y búsqueda de justicia. Con ello los principios que entabla nuestro marco Constitucional son meros enunciados.

A diferencia de lo que sucede con el administrado, la administración y sus organismos gozan de una celeridad única, así como también mayores tiempos procesales. El solo hecho de ser un ente estatal pesa para tener una eficiente administración de justicia. Es así que en meros trámites procesales se irrespetan la igualdad de las partes, un claro ejemplo de ello es lo manifestado en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, quien manifiesta que: “los organismos y entidades del sector público tendrán el término de veinte días para contestar demandas, contado a partir de la citación

o notificación (...)” cuando para los administrados el tiempo procesal es de quise días en las mismas circunstancias (Art. 34 LJCA).

No hace falta hacer un análisis exhaustivo de normas para saber y ver lo que se da en la práctica del derecho. Los sujetos procesales cualesquiera que sean, deben ser tratados por igual.

Capítulo III: Las Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En este capítulo denotaremos la gran importancia que han tomado las medidas cautelares frente a la tutela judicial efectiva de los administrados, en directa relación a la suspensión de un acto administrativo por una medida cautelar; también analizaremos el derecho a la legítima defensa que tiene el administrado al solicitar la suspensión de dicho acto hasta llegar a una sentencia. Por otro lado apreciaremos a la justicia cautelar, las prerrogativas de legalidad y ejecutividad del acto administrativo frente al cese de efectos por su suspensión. Por último entenderemos las consecuencias jurídicas que implican la incorporación de medidas cautelares suspensivas de actos administrativos

Con lo dicho, a medida que avancemos con nuestra investigación iremos desarrollando los puntos ante expuestos, para ello iniciaremos con un tema de vital importancia como es:

3.1 Objeto y Finalidad de las Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo.

Antes de iniciar con el análisis propuesto en este punto, empezaremos definiendo y entendiendo a las medidas cautelares de manera general, para posteriormente hablar específicamente de las medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en vía Contencioso Administrativa.

3.1.1 Comprensión de las Medidas Cautelares en Términos Generales.

¿Qué son las Medidas Cautelares?

Las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozcan la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas judiciales tendientes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido. (Cabanellas de Torres, 2006, p. 241)

Autores como Calamandrei, Carnelutti y González Chévez establecen que para hablar e indicar una definición de medidas cautelares hay que adentrarnos en el campo ontológico y teleológico:

Con lo dicho, “Calamandrei señala: en las providencias cautelares hay, más que la finalidad de actuar en derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficiencia práctica de la providencia definitiva”; (...) González Chévez, agrega y resalta otra finalidad de las medidas cautelares “que es la de evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil o imposible reparación” (Villarreal, 2010, p. 26).

Coligiendo estos dos criterios, tenemos que las medidas cautelares son aquellas que buscan asegurar la correcta ejecución de una sentencia y evitar en un proceso legal daños o perjuicios de difícil reparación.

3.1.1.1 Fin y Objeto de las Medidas Cautelares.

Ahora en cuanto al aspecto teleológico de las medidas cautelares, se podrá determinarlas ya sea por su objeto o por su fin, nuestro marco legal en tal sentido determina:

El artículo 87 de la Constitución señala que “Se podrán ordenar medidas cautelares (...) con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”; a su vez el Art. 6 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su inciso segundo claramente nos determina que la finalidad de las medidas cautelares es prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

El mismo cuerpo legal en su Art. 26 amplía el espectro tutelador de dichas medidas cautelares, indicando que tienen *“por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos”*. Donde, *“Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener”*

(...) Para entender la finalidad de las medidas cautelares hay que tomar en cuenta la división del tiempo, el antes, durante y después de la violación del derecho. La medida cautelar debe operar siempre en el *antes* de la violación del derecho. La idea es prevenir que se provoque el daño grave a través de la violación del derecho. (Villareal, 2010, p. 92)

Como vemos, nuestra normativa determina a las medidas cautelares por su objeto y no por su fin; muchos confunden el objeto de las medidas cautelares con su finalidad, para nosotros este criterio erróneo es tema que vale la pena aclarar.

El tratar deducir a las medidas cautelares por su objeto es válido, así como por su fin, pero hay que entender claramente que cuando hablamos del objeto de una medida cautelar nos referimos, a lo que puede llegar a hacer esta en un proceso judicial; mientras que cuando hablamos del fin, nos referimos a la consecuencia jurídica que estas producen. Una de ellas es instaurar la jurisdicción y la tutela del afectado; de aquí deducimos claramente que las medidas cautelares buscan, la llamada justicia cautelar en razón a la tutela de los derechos de los administrados, que reconoce nuestra normativa y los tratados internacionales, a fin de que estos derechos no sean vulnerados.

Sobre este punto de análisis vemos que es importante entender y diferenciar lo uno de lo otro. Por un lado, el objeto de las medidas cautelares viene a constituirse una acción de tutela, mientras que la finalidad resulta ser un efecto de la aplicación de dichas medidas.

Ahora, por lo establecido en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las medidas cautelares tienen *por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos*; es decir, se podrían solicitar en cuatro circunstancias, tales como:

- Primera: *evitar la amenaza*;
- Segunda: *cesar la amenaza*;
- Tercera: *evitar la violación*, y

- Cuarta: cesar la violación del derecho.

Cabanellas de Torres (2006, p.31) determina que la amenaza es el “Dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal”; entonces para interpretar los supuestos del primer punto como del segundo, tenemos que comprender a la amenaza en el sentido de que esta debe existir en la realidad al momento de solicitar las medidas cautelares. Por ello el supuesto de “cesar la amenaza” es correcto, se cesa lo que existe, en este caso la amenaza.

Ahora cuando hablamos de “evitar la amenaza” nos encontramos ante un supuesto incierto, ya que antes de la amenaza del derecho no hay afección del mismo; la pregunta que nos hacemos es:

¿Cómo evitamos algo que aún no sucede objetivamente?

A la duda, Roberto Villareal nos dice que hay dos momentos en la violación o afección del derecho:

- 1.- El de la amenaza del derecho, en el que evitamos, a través de la medida cautelar, que la violación se consume; y
- 2.- El de la violación del derecho, en el que interrumpimos o cesamos la violación a través de la medida.

En estos dos supuestos deben concurrir elementos objetivos que den *indicios* al juzgador de que la amenaza o violación del derecho existen. Sin embargo, al hablar de evitar la amenaza, -como hace la Ley- entramos en un supuesto poco objetivo y creemos que la regulación debió decir que las medidas cautelares tendrán por objeto *cesar la amenaza* – ya que la amenaza existe- *y evitar o cesar la violación del derecho*, o simplemente, como bien lo hace la el artículo 6 de la ley en mención, continuar señalando que la finalidad de las medias cautelares es “prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”. En cuyo caso se hace referencia a los dos

momentos que comentamos: el de la amenaza del derecho, en el que a través de la medida prevenimos, impedimos la violación del mismo, y el de la violación del derecho en cuyo caso se buscará suspender o interrumpir la violación del derecho. (Roberto Villareal Cambizaca: Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, 2009, p. 74)

Con lo expuesto por el doctor Villareal, tenemos que los supuestos tercero y cuarto, que son el evitar la violación y/o cesar la violación del derecho, tiene sentido en cuanto al objeto y fines propios de las medidas cautelares. Con esto determinamos claramente que las medidas cautelares solo actúan previniendo, evitando o suspendiendo la violación, nunca a posteriori; no hay que olvidar que la amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Finalmente, cuando la violación del derecho ya tuvo lugar, el acto dañoso se ejecutó, la medida cautelar buscará suspender, cesar, interrumpir la violación del derecho.

3.1.1.2 Derechos Protegidos por las Medidas Cautelares.

Como pudimos apreciar anteriormente, encontramos en primer lugar que la Constitución y la ley, de un modo genérico, hacen referencia a las medidas cautelares como instrumento de protección de derechos, de lo cual se denota que esta protección se amplía a los derechos humanos y derechos constitucionales sin excepción.

El artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en este sentido es más explícito al decirnos que “las medidas cautelares son un instrumento de protección preventiva de los derechos regulados en la Constitución y los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales”.

Sobre este criterio tutelador, el artículo 11 numeral 7 de nuestra carta magna determina que a más de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales no se “excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos, y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

Es decir, las medidas cautelares son instrumentos de protección de todos los derechos derivados de la dignidad humana, y así no estuvieren expresamente formulados en la Constitución o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, hay que protegerlos.

Roberto Villareal (2010, p. 77) citando un comentario del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el señor Sergio García Ramírez, respecto a lo anterior nos dice que:

Este criterio es el que en la actualidad es aplicado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el que en un primer momento se pensó en la utilización de medidas cautelares solamente para proteger los derechos a la vida, integridad física y libertad personal, ya que se partía del criterio que solo éstos pueden ser afectados de manera irreparable o irreversible, no obstante en el presente la aplicación de este tipo de medidas se ha extendido a otros derechos. Se ha flexibilizado la interpretación anterior en pro de la vigencia de los derechos humanos, que se han entendido como un todo indivisible e interrelacionado. Así, las medidas cautelares han sido utilizadas para proteger derechos a la propiedad, la libertad de expresión, el derecho a reingresar al territorio del Estado del cual se es nacional, entre otros, ampliándose la cobertura de los derechos protegidos, sin otro límite que la concurrencia de los requisitos exigidos en el Sistema Interamericano: gravedad, urgencia y la irreparabilidad del daño.

Como podemos apreciar, y según lo estudiado anteriormente, en cuanto respecta a las medidas cautelares, vemos que a raíz de la entrada en vigor de la

Constitución del 2008, las medidas cautelares toman un papel protagónico en cuanto a la tutela de derechos, dando un salto cualitativo, referente al respeto de los Derechos Humanos y la tutela de los mismos, con énfasis a la protección de la dignidad humana.

3.1.1.3 Requisitos de Procedencia de las Medias Cautelares.

Nuestro marco Constitucional en su Art. 87, no determina requisito alguno para el accionamiento de medidas cautelares, mientras que el Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por su parte claramente determina que *“las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.”*

Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”.

En tal sentido: “Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tengan conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho”. (Villareal, 2010, p. 93)

De lo dicho se desprende, que tanto la amenaza inminente y grave son elementos que configuran e impelan al acogimiento de las medidas cautelares. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles por la intensidad o frecuencia de la violación, e inminente cuando está por suceder la flagelación a un derecho.

Según lo expuesto en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional las medidas cautelares proceden cuando existe una amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho

o viole un derecho, de aquí que para la procedencia de las medidas cautelares: a) la inminencia y b) la gravedad son elementos indicativos de la violación del derecho; y de aquí, que las medidas cautelares al tenor literal de lo expuesto en el artículo 29 y 30 del cuerpo legal antes mencionado *“deberán ser ordenadas de manera inmediata y urgente. La jueza o juez deberá ordenarlas en el tiempo más breve posible desde que recibió la petición”, y “El incumplimiento de las medidas cautelares será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales”*

3.1.1.4 Efecto jurídico procesal de las Medidas Cautelares.

En cuanto al efecto jurídico que producen las medidas cautelares, en un proceso judicial, el Art 28 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que *“El otorgamiento de medidas cautelares y su adopción no constituirá prejuzgamiento sobre la declaración de la violación ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una acción por violación de derechos”*.

Entendido a breves rasgos y en términos generales a las medidas cautelares, tanto doctrinaria como legalmente, iniciaremos con el tema de estudio respecto a este punto, que es el *Objeto y Finalidad de las Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo.*

La Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, claramente determina en su Art 64 que *“El Tribunal, mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia o el pago de las indemnizaciones señaladas, adoptará, a petición de parte, cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo”*.

Como vemos, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa únicamente nos habla de medidas cautelares para la ejecución total de la sentencia, en razón a la eficiencia y eficacia procesal. Ese artículo 64, de igual forma es muy

esquivo en mencionar con claridad la adopción de medidas cautelares, tanto para la ejecución de la sentencia como anteriores a ella, sin embargo nuestra normativa constitucional reconoce a las medidas cautelares en su artículo 87, que permiten sean ordenadas conjunta o independientemente de alguna otra acción. Así, la norma suprema da como garantía a los administrados acceder al uso de medidas cautelares, siempre y cuando cumplan con los requisitos determinados por la ley, que son daños graves, inminentes e irreparables (Art. 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional); a nuestro criterio, pensamos que esta disposición de medidas cautelares anteriores a la sentencia, con enfoque a la suspensión de un acto administrativo deben ser incluidas en la propia Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para así no deducir dos acciones distintas como serían el recurso objetivo o subjetivo por un lado y la acción constitucional para medidas cautelares por otro lado.

La adopción de medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, es de vital importancia hoy en día, para la legítima defensa del administrado. Constituye la base de una eficacia y eficiencia procesal que derivaría en la seguridad jurídica que requieren los administrados frente a las actuaciones lesivas y exorbitantes de la administración.

Nuestra Constitución en su Art. 76, referente a los derechos de protección, determina que entre las garantías mínimas para asegurar el debido proceso está el derecho a la defensa (numeral séptimo, literal a.), nadie podrá ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento.

De este precepto constitucional, surge la inquietud, de que si un acto amenaza de modo inminente y grave con violar un derecho o viola un derecho a un administrado: ¿Es necesario esperar hasta la etapa procesal de dictar sentencia, para determinar la legalidad, ilegalidad, o nulidad del acto bajo los recursos administrativos establecidos por la ley; mientras en todo el transcurso procesal se violenta contra el derecho a la legítima defensa del administrado?

En dicha situación vemos una clara vulneración a la legítima defensa, derecho que los administrados deben contar a todo momento para proteger sus intereses ante los tribunales de justicia, quienes únicamente con los recursos concedidos por la administración buscan y tratan de que se reinstale la juridicidad.

Con ello el objeto de las medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en la jurisdicción contencioso administrativa, constituirán una herramienta más para la protección de los derechos, que en conjunto con los recursos determinados por la ley provocarán que cesen o se detengan la violación de derechos individuales.

Por otro lado, la finalidad de incorporar medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia, hará que los preceptos constitucionales como los del debido proceso tomen cabida, y así tener seguridad jurídica por los órganos encargados de administrar justicia.

Con respecto a lo establecido en estos puntos, queda determinado como se dijo a un inicio, las medidas cautelares actúan en dos puntos:

- Asegurado la correcta ejecución de una sentencia, y
- Evitando en un proceso legal daños o perjuicios de difícil reparación.

Coligiendo nuestro criterio, Roberto Villareal (Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, 2009, p. 76), nos dice que: “Las medidas cautelares solo actúan previniendo, evitando la violación o suspendiendo la violación, nunca a posteriori”.

Con esto vemos que son necesarias las medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia.

Julio Comodira (2007, p. 454), en su libro de Derecho Administrativo, referente a los requisitos para la suspensión del acto administrativo determina que:

Los criterios para acordarlo [la suspensión del acto] pueden reconducirse, sustancialmente, a los del daño o la ilegalidad del acto

impugnado, (...) Con respecto al derecho comparado, y en relación con los ordenamientos que como principio no asignan efectos suspensivos a los recursos, la diversidad de sistemas genera, según Cassagne, dificultades para lograr una adecuada sistematización.

Así, en Italia el criterio de la suspensión resulta de la posible producción de “daños graves e irreparables”, mientras que en Francia el concepto se delimita con la expresión *préjudice grave et irréparable*.

En España, a su vez, procede “cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”

Como apreciamos, a nivel de Derecho Comparado la procedencia de las medidas cautelares suspensivas de actos administrativos radican en los daños graves e irreparables que estos producen, que se complementarían con el derecho a la legítima defensa del administrado.

Para Dromi (2009, p. 1083) Estas medidas no tienden a hacer justicia, sino lograr que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido. Para ello intentan asegurar la igualdad de las partes en el proceso, mantener el *statu quo* en las situaciones de hecho, proteger la conservación de los bienes o pruebas, obtener la eficacia de la sentencia que en definitiva recaiga en el proceso y en definitiva viabilizar la tutela judicial.

Con todo lo expuesto tenemos que la suspensión requerida en el trámite de un procedimiento contencioso administrativo debería llevar una valoración judicial amplia y favorable al acogimiento de estas medidas, donde la apreciación debida por la administración en este caso se refiere al peligro derivado a la no tramitación de estas.

Según lo expuesto en el Art. 167 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a las juezas y jueces de primer nivel les compete conocer y resolver, en primera instancia, la aceptación o no de

medidas cautelares; y ejercer control concreto en los términos establecidos en esta ley; en cuanto al procedimiento el Art. 31 de la ley en mención, determina que para ordenar medidas cautelares el proceso “*será informal, sencillo, rápido y eficaz en todas sus fases. La jueza o el juez tendrán la obligación de buscar los medios más sencillos que estén a su alcance para proteger el derecho amenazado o que está siendo vulnerado*”; en este caso el sustento del administrado será denotar el grave daño e inminencia de la violación del derecho que ocasiona o ocasionaría el acto administrativo lesivo de derechos.

La petición de medidas cautelares según lo expuesto en el Art. 32 de la ley en análisis, determina que “*Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez*” y en caso de existir más de un juez o jueza la competencia se radicará por sorteo.

Santiago Cenizo Garduño, en su artículo: Las medidas cautelares en general y la suspensión del acto administrativo en singular en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española, determina que las medidas cautelares:

Podrán solicitarse por los interesados en cualquier estado del proceso cuantas medidas puedan asegurar la efectividad de la Sentencia.

Cuando se impugne una disposición de carácter general, si se pidiere la suspensión, deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Véase:

(http://noticias.juridicas.com/articulos/15Derecho%20Administrativo/199812-eaj34_01.html).

Criterio que debería adoptarse a nuestra normativa Contenciosa Administrativa, para que en el mismo libelo de demanda incorporar entre las pretensiones,

tanto la solicitud de medidas cautelares suspensivas del acto lesivo, como el accionamiento del Recurso Contencioso Administrativo subjetivo.

Con lo dicho la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su inciso segundo del Art. 32 determina que *“La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. El requerimiento se tramitará de conformidad con lo dispuesto en esta ley”*.

Sobre este punto cabe hacer una crítica:

Según lo establecido en el Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el hecho de probar por un lado la violación de derechos y por otro la ilegalidad del acto (Recurso Subjetivo) hace que la búsqueda de la justicia sea ineficiente. Para incoar dichas medidas cautelares dispuestas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional tiene que existir una flagelación o inobservancia de un derecho reconocido por nuestra Constitución, ya que de no haber dicha flagelación o inobservancia nuestra petición carecería de sustento. Con ello, las medidas cautelares suspensivas del acto administrativo deben ser consideradas de manera autónoma en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en complemento como la acción incoada se logre tener una efectiva tutela de derechos.

Cabe recalcar que la incorporación de este tipo de medidas cautelares orientadas a la suspensión del acto administrativo, serían procedentes cuando existiere un reconocimiento parcial, una negación o desconocimiento del derecho o los derechos subjetivos de los administrados; es decir, dichas medidas cautelares serían procedentes únicamente con el recurso subjetivo, ya

que el recurso objetivo o por exceso de poder tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, ya que del acto impugnado se busca su nulidad por adolecer de un vicio legal.

Por esencia, las medidas cautelares buscan evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho, hecho que se da al tratarse de un recurso subjetivo, donde el administrado al sentirse amenazado por el pronunciamiento de la administración teme la vulneración de sus derechos. Son cosas muy distintas el tutelar la norma jurídica que tutelar el derecho del administrado.

Ahora nos preguntamos: ¿las medidas cautelares qué pueden llegar a hacer al incoarse en conjunto con una acción objetiva, cuando estas están destinadas a salvaguardar derechos?

Las medidas cautelares suspensivas de actos administrativos no pueden evitar que la norma ya violentada se siga violentando, ese deber lo tiene la propia ley, con ello la acción objetiva busca lo que no puede una medida cautelar, que es restablecer la tutela de la norma afectada y con ello restaurar la juridicidad. Al incoar estas medidas con un recurso objetivo se está desconociendo la calidad de este para restaurar la legalidad y la tutela de la norma, por ello que este tipo de garantías como son las medidas cautelares van dirigidas a proteger los derechos de un individuo, no a demostrar que el acto administrativo es nulo porque adolece de vicio o vicios legales.

Con ello queda claro que dichas medidas cautelares son susceptibles de accionarse únicamente con un recurso subjetivo, por la violación a los derechos subjetivos que existe y que pueden ser evitados.

Siguiendo, el estudio de las medidas cautelares por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tenemos que una vez deducidas estas dentro del marco establecido por la ley, los jueces estarán en la obligación de valorar lo expuesto, y con la motivación debida determinar o no la procedencia de lo solicitado. (Art 33, 35, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

En caso de violaciones procesales, la ley antes expuesta reza en su Art. 22 que *“en caso de violación al trámite de garantías constitucionales o incumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio, la jueza o juez deberá sancionar a la persona o institución que incumple”*, ampliándose así el espectro tutelador hacia el administrado, quien obteniendo la respuesta que sea al incoar medidas cautelares suspensivas del acto, los jueces están en el deber y la obligación de dar una motivación funda, so pena de ser sancionados.

3.2 La Justicia Cautelar.

La garantía a los derechos fundamentales, en un Estado Democrático y de Derecho, gira en razón a la tutela que ofrezca la administración para la protección de los derechos de sus ciudadanos, es así que los juzgados y tribunales dependientes del Poder Judicial deben encaminar la práctica correcta del derecho para la búsqueda de la verdadera justicia.

La tutela a los derechos y libertades en sede judicial se han visto empañadas por la carencia de medios adecuados. Es por ello, que los instrumentos llamados a asegurar el cumplimiento del precepto de justicia son las técnicas de justicia cautelar dentro de la legislación procesal.

Estas medidas de carácter procesal ayudarán a que se dé una buena práctica del derecho, asegurando así a las partes procesales en litigio su igualdad y derecho a la defensa. La tutela de los administrados no se enfoca únicamente en tener acceso a la justicia y tener de los órganos administradores de justicia un pronunciamiento acorde a derecho, mediante una sentencia. La tutela cautelar pretende que las situaciones de hecho que llevan a las partes procesales a un litigio, no vulneren derechos en el transcurso de la decisión tutela de judicial, para ello se busca emplear todos los mecanismos y recursos que mantengan a las partes aseguradas de violaciones hasta el momento de dictar sentencia, es así que la tutela cautelar se transforma en una manera de eficiente de asegurar la consecución de justicia, por ello se la ha denominado justicia cautelar.

Con ello la justicia cautelar es una consecuencia directa de la tutela cautelar, donde al prevenir y precaver la violación de derechos, mediante una medida cautelar, los sujetos procesales reciben justicia.

La diferencia de estas dos estriba en que la tutela cautelar busca precaver la violación de derechos bajo una medida cautelar (Acción), su fin es garantizar una completa tutela a los recurrentes de justicia; mientras que la justicia cautelar es la consecuencia directa del accionamiento de una medida cautelar que al entrar en vigor produce sus efectos jurídicos (Efecto), que son salvaguardar los derechos de sus recurrentes.

Los fundamentos y fines de la tutela cautelar a la que nos referimos, permiten, pues, perfilar a la providencia cautelar como un anticipo a la garantía jurisdiccional, con un contenido que responde, a criterios efectos de la providencia principal. (Comodira, 2007, p. 442)

En una definición *stricto sensu* determinamos que la justicia cautelar deviene tanto de hacer lo correcto en base a derecho y de la precaución y reserva con que se procede a actuar.

De lo dicho, se extiende que los medios en busca de esta tutela son las medidas cautelares, mismas que están destinadas a asegurar la eficiencia práctica de la providencia definitiva y evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, como vimos a un inicio. En cuanto respecta a las medidas cautelares, su permeabilidad ha hecho que trasciendan, entre los medios de justicia cautelar.

Entre las garantías y derechos que busca proteger la justicia cautelar están el derecho a una legítima defensa, la garantía a un debido proceso, el derecho a contar con medios adecuados para la defensa de sus intereses, a ser escuchados, a tener una igualdad procesal, entre otros y otras. (Art. 76 Constitución de la República del Ecuador).

Marc Carillo en su investigación sobre La Justicia Cautelar como Garantía de los Derechos Fundamentales, nos habla de las medidas cautelares, como los medios llamados a defender la justicia, para lo cual hace una descripción de derecho comparado, donde claramente se ve el papel protagónico que estas desempeñan:

Como es el caso Francia se ha adoptado – entre otras – las medidas cautelares como *referé*, *constat d'urgence* y *surcis à exécution*. La primera tiene por objeto garantizar bienes jurídicos objeto de litigio frente a la lentitud procesal: la segunda ha supuesto para el órgano judicial la práctica de pruebas relativas a una situación de hecho, incluso sin la previa interposición de un recurso contencioso, y la tercera ha sido suspensión del acto impugnado (...). En Alemania, junto a la suspensión se admiten otras medidas cautelares como las denominadas *ordenes provisionales de aseguramiento de un derecho o las de regulación de una situación de hecho*, para los supuestos tanto de denegación de la suspensión del acto, como en los suscitados a causa de la inactividad de la administración (Von Oertzen, 1983). Por su parte, en Italia, el ordenamiento jurídico también contempla la aplicación de medidas cautelares propias del derecho civil aplicables con similar finalidad, aunque reducidas en principio al supuesto de la suspensión *ad cautelam*, pues los criterios jurisprudenciales han permitido ampliar el espectro de modalidades de tutela cautelar (Follieri, 1981).

(Véase: p. 236: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2558/14.pdf>).

Como apreciamos, en el derecho comparado ya se cuenta con este tipo de medidas en el campo Contencioso Administrativo, cuyo fin de estas es asegurar la oportunidad de defensa de los administrados que por la manifiesta y lesiva actuación de la administración se ven vulnerados en sus derechos.

En la legislación Española, las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio se aplican de forma común tanto para el procedimiento

contencioso administrativo general (título IV) como para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (título V). Se trata de medidas de diversa naturaleza porque así lo reconoce más o menos explícitamente la Ley al atribuir a los interesados la potestad para “solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”

(Véase: p. 237: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2558/14.pdf>).

Sobre este punto de análisis, es claro el precepto que determinan a las medidas cautelares como herramientas de la justicia cautelar, donde dos presupuestos básicos como son: el peligro en la demora (*periculum in mora*) y la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*), precautelan al administrado en el proceso judicial.

Como sostiene Roberto Villareal:

El peligro en la demora es el fundamento de la existencia de las medidas cautelares, sin éstas el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sería solo lirismo jurídico ya que no existiría forma alguna de que los derechos sean realmente protegidos frente a las imperfecciones del proceso ordinario. El tiempo que tarda en pronunciarse la sentencia definitiva, desde que se inicia el proceso hasta la culminación del mismo, supera en mucho los términos establecidos en las leyes para la preclusión de sus diversas etapas y culminación, lo cual constituye el peligro, que configura el peligro en la demora que da origen a las medidas cautelares. (...)

[Mientras que la Apariencia de Buen Derecho *fumus bonis iuris*] (...) hace referencia al conocimiento no exhaustivo, o profundo que debe tener el juzgador al momento de otorgar las medidas. Éste no debe exigir certeza, debe verificar únicamente una apariencia, un cierto grado de verosimilitud del derecho; el juez no deberá requerir una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente

bases razonables para suponer la veracidad de lo alegado. Un conocimiento pleno se requiere para dictar la sentencia definitiva, luego de recorrer todo el proceso, o agotar el trámite respectivo. (Roberto Villareal Cambizaca: Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, 2009, pp. 16 - 19).

El peligro en la demora (*periculum in mora*) y la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris*), constituyen los ejes para la protección de los administrados frente a las actuaciones exorbitantes de la administración, donde en conjunto con el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional cobra vida la tutela cautelar, haciendo que las medidas cautelares *eviten o cesen la amenaza o violación de los derechos*. Todo esto da como consecuencia a una justa cautela del individuo en sus derechos, donde por más mínimos que estos sean, siempre se busca la cautela y protección de éste.

La justicia cautelar como dijimos a un principio, constituye aquella herramienta que tiene toda persona, para que no se le vulnere ninguno de sus derechos; en tal sentido el más alto deber de un Estado Democrático de Derecho y Justicia como es el Ecuador, es tutelar a sus ciudadanos, a través de medios eficientes y eficaces para precautelar la violación y transgresión de los derechos y garantías que se consagran en nuestra normativa y los tratados internacionales.

La justicia cautelar, es el respaldo del justo derecho que tenemos las personas, para que en los procesos de administración de justicia no se violente contra el legítimo derecho a la defensa, la tutela judicial efectiva y el debido proceso que debe tener toda persona sin excepción alguna.

3.3 La Suspensión del Acto Administrativo en la Vía Contenciosa Administrativa Hasta Llegar a Sentencia.

Para desarrollar este punto, empezaremos de un supuesto: Juan, dueño de una hacienda de treinta hectáreas es perjudicado por el Estado, quien en su potestad reglada excede sus facultades y violenta contra los derechos de este

ciudadano. A dicha persona se le expropia una parte de su posesión, misma que es declarada en utilidad pública, y que como resultado de dicho actuar administrativo se obtiene dos partes tierra, quedando así mutilado el patrimonio de él y su familia. Al cabo de dos semanas se emite un nuevo acto por parte de la administración señalando una nueva expropiación; en razón de este último actuar, la hacienda queda dividida en cuatro partes, destruyendo y desvalorizando el valor de dicha propiedad.

Dadas estas circunstancias, el perjudicado viéndose afectado en sus derechos particulares acude ante uno de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para demandar la ilegalidad de dicho acto mediante un recurso subjetivo, quien demuestra su interés directo, y al ser afectado por la administración en su actividad administrativa, busca revertir dicha situación.

En el transcurso procesal del recurso incoado, la administración procede a construir en los lugares expropiados varias obras como carreteras y cruces de camino, mismos que hasta el momento procesal de llegar a sentencia han concluido. Por otro lado, el recurso incoado determina en sentencia que la segunda expropiación efectuada por la autoridad administrativa es ilegal.

Las preguntas que nos hacemos a este punto son: ¿Qué hacemos, con la sentencia de ilegalidad declarada por el tribunal a nuestro favor, cuando el acto ya se ha ejecutado y materializado?, ¿Se podía evitar y suspender el segundo acto plenamente lesivo a los derechos del administrado?

Se supone que con la declaratoria de ilegalidad el acto queda sin efecto alguno y se reinstaura la juridicidad, pero en el ejemplo se procedió con ejecución del mismo. Esta misma situación pudo ser evitada si se contaba con herramientas adecuadas para precautelar el derecho del demandante, donde una vez demostrada la legalidad del actuar de la administración se proceda a hacer lo pensado.

En este supuesto claramente vemos que se violenta contra el derecho a la legítima defensa del administrado, al no poder suspender un acto que ocasiono tal perjuicio económico e irreparable de ser el caso.

La presunción de legalidad y de ejecutoriedad del acto frente al derecho de una legítima defensa y a la tutela judicial efectiva son dos aspectos que se deben ser analizados con mucha medida ya que de ello depende dar un salto cualitativo en defensa de los derechos humanos de una persona, como es el que se le haga justicia, y para que se haga justicia se tiene que emplear los medios necesarios para tutelar el legítimo derecho que es su defensa.

Para desarrollar este punto, estudiaremos a la tutela judicial efectiva y la suspensión de efectos de un acto administrativo frente a la ejecutividad y la legalidad de este, para lo cual empezaremos:

3.3.1 La Tutela Judicial Efectiva y la Suspensión de Efectos de un Acto Administrativo.

Cuando hablamos de tutela hablamos de la acción de “proteger, amparar o defender” un derecho que por, su naturaleza le es inherente a una persona.

La tutela judicial efectiva o tutela jurisdiccional como es conocida en la doctrina tiene por finalidad asegurar a todo sujeto procesal, con la correcta aplicación de todos aquellos preceptos de derecho como la ley, la doctrina, jurisprudencia y sus principios, para asegurar una justicia pura, dando garantía plena del respeto a los derechos y la aplicación de los mismos.

María Victoria Ordóñez en su artículo, Derecho a la Tutela Jurisdiccional, determina que la tutela judicial efectiva:

(...) Se trata de un derecho de toda persona para acudir libremente a la justicia buscando protección de sus derechos e intereses, de obtener una sentencia motivada y que esa sentencia se cumpla; haciendo efectiva de esta manera la facultad que otorga la Constitución y las normas internacionales. (Véase: http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3483)

A nuestro criterio, estableceríamos que tutela judicial efectiva es un supra derecho, dotado de garantías mínimas por la ley, para asegurar la correcta e

idónea aplicación de justicia por los operadores de esta, siendo los llamados a asegurar la protección de derechos los juzgados y tribunales de justicia en todas sus instancias.

El velar por una correcta y expedita administración de justicia para la protección de los sujetos procesales y sus derechos, hacen de esta figura legalmente reconocida una arma de eficiencia y eficacia en el derecho.

Nuestra Constitución, en su título II, capítulo octavo, referente a los derechos de protección, determina en su artículo 75 que: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (...).”*

Si bien no se define claramente que es esta tutela judicial efectiva, la propia normativa trata de deducir a la tutela como aquel derecho inherente e irrenunciable con el cual la Administración busca asegurar a sus administrados, que cuando se trate de la aplicación de justicia como mandato y deber supremo siempre se protegerá a los recurrentes de los órganos de justicia el derecho a un legítima defensa, la sujeción a los principios de celeridad, inmediación, etc. Para ello se dota de garantías mínimas contempladas en el Art 76 del mismo cuerpo legal, donde el Estado será el directo responsable de una incorrecta y falta de protección judicial.

En la esfera administrativa, el Doctor Nicolás Granja Galindo (1997, p. 350) determina a la tutela como aquella: “consistente en la protección que otorga la administración pública a las situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, mediante la cual se llega al control de la legalidad de los actos que ella genera”.

Visto desde cualquier punto, la tutela siempre tendrá un fin específico y determinado, que es la protección de los recurrentes en su acceso a los órganos de justicia, para que en ellos se les hagan efectivas todas sus pretensiones que por ley se les otorga.

Con respecto a este tema, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Arts. 8.1 que manifiesta *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* y 25.1, que dice *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”*.

Por otro lado nuestra normativa es diversa en tutelar a sus administrados con una serie de recursos y sanciones, uno de estos casos es el determinado en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, que determina claramente en su segundo inciso que *“En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere 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”* y se complementa con su inciso final mismo que establece que *“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”*.

A más de este caso puntualizado, tanto la norma constitucional como la normativa establecida en la LJCA, concede una serie de recursos para rever e impugnar las decisiones que lesionen o perjudiquen los derechos que por ley se asisten o reconocen a los administrados; como hablamos en el capítulo II de

esta investigación respecto a las garantías constitucionales y jurisdiccionales tanto en el ámbito administrativo como judicial, éstas buscan la defensa de los derechos tanto de la administración como de sus administrados.

Finalizando este tema de gran trascendencia para el derecho administrativo nos compete determinar que lo efectivo, lo real y verdadero a proteger y salvaguardar es la juridicidad, y con esto conseguir una plena justicia.

En cuanto respecta a la suspensión de los efectos del acto administrativo, determinaríamos que en razón a la tutela misma del individuo, esta suspensión sería procedente, con el fin único se salvaguarde el legítimo derecho a una defensa que contempla la tutela del administrado.

No sería conveniente que se violente con el derecho a la defensa hasta llegar a una sentencia, para justo ahí determinar la legalidad, ilegalidad o nulidad del acto impugnado mediante un recurso judicial; durante el tiempo y transcurso procesal no es factible que el acto lesivo de derechos goce de legalidad y ejecutabilidad. La legislación debió haber proveído la idea de dejar sin efecto este acto hasta que en vía judicial se determine o no la legalidad de dicho acto, es por ello que la tutela judicial efectiva da ese salto cualitativo en defensa de los derechos, de la parte más débil de una contienda legal entre el Estado y el particular, más allá que los dos están en igual de condiciones ante la ley.

Con esto determinamos, que el efecto que provocaría la suspensión del acto proveniente de la actividad administrativa, es salvaguardar la situación de hecho que generó el litigio, hasta que en sentencia y bajo un proceso justo se determine su legalidad, ilegalidad o nulidad, dando así a las partes la plena garantía de igualdad y respeto a sus derechos.

La tutela judicial efectiva, se des-configura cuando uno de aquellos elementos esenciales en la aplicación del derecho desaparece, haciendo que la aplicación de justicia quede en vilo, de aquí que la suspensión de un acto administrativo en razón y defensa del recurrente que accede a la justicia es de vital importancia. La falta de cualquier elemento que asegure la plena justicia y respeto a los derechos hará de la tutela judicial efectiva un mero enunciado;

con ello, siempre se tendrá en observancia y aplicación directa todos aquellos preceptos, principios y mandatos que la ley, tratados y convenios generen derecho para los ciudadanos.

Ver Anexo 4 (Jurisprudencia – Tutela Judicial Efectiva).

3.3.2 La Suspensión de un Acto Administrativo Frente a la Ejecutividad y la Legalidad del Acto.

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Art. 82 de la Constitución del Ecuador).

Este precepto constitucional nos da el punto de partida para desarrollar el tema expuesto, pues entre los caracteres más importantes de un acto administrativo tenemos a la legalidad y a la ejecutividad que se contraponen a la suspensión del acto.

Pero; ¿Hasta qué grado la legalidad y la ejecutividad de un acto administrativo limita el derecho a la defensa del administrado en un proceso judicial?

La norma constitucional antes mencionada es clara en determinar que la *“seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas y claras”*. Por otro lado, el mandato constitucional determina que todo individuo sin distinción alguna gozará de una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos (Art. 75 de la Constitución del Ecuador).

Esta tutela imparcial y expedita, complemento de la seguridad jurídica y un debido proceso, determinan y configuran a la justicia en la verdadera búsqueda de protección al individuo. Garantía que se limita por las presunciones que configuran el actuar Estatal a través de sus actos, en el cual la legalidad y la ejecutividad únicamente constituyen presunciones, mismas que quedarían en segundo plano respecto a la manifestación soberana de tutela judicial efectiva, que es el primer derecho supremo en observarse.

Pero, ¿Qué es la presunción?

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define a la presunción como el *“Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”*.

Cabanellas de Torres (2006, p. 174) determina como presunción a aquella *“Conjetura, Suposición, Indicio o Señal”*

Es así que la administración ha dotado de una cierta presunción de legalidad y ejecutividad al acto, para que su actuar administrativo tenga goce de credibilidad legal, pero ¿hasta qué punto esta presunción, o indicio que no ha sido probada puede perjudicar a un administrado?

José Fonseca, nos hace caer en consideración que:

La Administración podría hacer ‘no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe’ (MEYERANSCHÜTZ). Más en particular: habría de entenderse que la Administración puede usar de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, 2008, pp. 62,63).

Con ello el punto radica en que, aquellos actos que se emiten por parte de la administración, pudiendo ser legales como ilegales, entran en vigor y producen sus efectos. Si estos actos son ilegales, podrían violar un derecho y causar daños irreparables; con ello en todo el trascurso procesal para determinar su legalidad o ilegalidad no permiten una tutela efectiva de los derechos de los administrados, en cuanto el administrado tendrá que esperar la decisión judicial para cesar los efectos que ya han entrado en vigor.

Con todo esto nos preguntamos:

¿Qué es la presunción de legalidad del acto administrativo?

Para el Doctor Nicolás Granja Galindo:

Consiste esta en la suposición de que el acto administrativo fue expedido con forme a Derecho.

Tal característica del acto es una consecuencia de la juridicidad con la que opera la actividad de la administración. Por lo que tal presunción de legalidad, esto es, de regularidad, justifica la validez de los actos administrativos.

(...)El acto administrativo regular se presume legítimo, mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.
(Granja, 1997, pp. 287, 288)

Como bien lo establece en su parte final el doctor Granja, se determina que los actos provenientes de la actividad administrativa son presumiblemente fundados y respaldados en derecho, y que esta presunción únicamente es desechada por un pronunciamiento judicial.

Con ello tenemos, que para desvirtuar la presunta legalidad del acto, el administrado tiene que obligatoriamente incoar un recurso, pudiendo ser tanto en vía administrativa, para que se revea el acto, o en la vía judicial, para que se declare la legalidad, ilegalidad o nulidad del acto, y después de un proceso finalmente se instaure la juridicidad.

La adopción de nuevos derechos y garantías como hemos venido estudiando, hacen de un Estado Democrático de Derechos y Justicia como el Ecuador, un Estado orientado por el respeto a la dignidad humana en todas sus categorías, donde uno de ellas, es el acceso y la tutela de la justicia.

De esto devienen dos temas a ponderación, que chocan entre si, por un lado la eficiencia administrativa en su actuar y la seguridad individual.

Temas que se contraponen en relación al directo interés de ambas partes; por un lado la administración, en pleno goce de su autotutela quiere desarrollar lo conveniente para ella, por otro lado la tutela judicial efectiva que se merece el individuo, busca que la administración no se exceda en su actuar y respete el derecho; estos interés deben ser supervenidos por el respeto al derecho

humano mismo de la defensa y un juicio justo, para que las dos partes ganen, la una en respeto y tutela de derechos y la otra en credibilidad jurídica que genera como Estado, llegando a tener una plena seguridad jurídica de la que hablábamos.

Con ello, la presunción debe ser considerada y valorada en directa relación a la protección de derechos, para que la legalidad como principio se configure y tenga un sustento legal digno del actuar estatal.

Ahora en cuanto respecta a la ejecutividad del acto administrativo, como bien nos señala el Doctor Granja, determina que esta es:

La eficiencia del acto, y constituye aquella, una propiedad del acto administrativo consistente en su obligatoriedad, o exigencia, para que se cumpla como la mejor garantía de los intereses que tutela la administración. En general, la ejecución forzosa del acto administrativo, en forma coercitiva, no puede ser realizada por la administración, no obstante tener a su disposición la fuerza pública. Por el contrario, esta cualidad de imponerse para pasar al hecho, es la que le da al acto eficiencia ejecutora. (Granja, 1997, p. 289, 290)

Sobre esto podríamos decir que la presunción de legalidad del acto acarrea su ejecutividad, que como lo manifiesta Granja, consiste en la obligatoriedad de cumplimiento del requerimiento administrativo por parte del Estado.

De igual forma y como es del caso, nos preguntamos hasta qué punto la obligatoriedad del acto y su materialización puede causar un daño irreparable o la violación de algún derecho sobre el administrado, mismo que hasta llegar a una sentencia para dejar insubsistente dicho acto, ya sea por la nulidad de éste o la declaratoria de ilegalidad, también se violenta contra el justo derecho de igualdad procesal y derecho a la defensa.

Aquí vemos otra vez, una posible vulneración del derecho a la legítima defensa, que de igual forma podría ser evitado si se contara con medidas

adecuadas para precautelar la situación de hecho, y mediante el derecho dar la justa razón a quien lo merezca y proceder conforme a este.

De un acto, del cual se presume su legalidad y se exige su inmediato cumplimiento, nos deja una duda y nos ponen a pensar, sobre la exorbitancia del poder estatal; no ocurriría lo mismo si un particular hace o efectúa un acto que se presume legal en contra de la administración. No todo lo que se presume legal es legal, y aquí radica este cuestionamiento.

Si existe ese rango o margen de determinación de lo legal, la administración debería en procura del respeto a los derechos de los administrados, mantener una directa proporcionalidad, en la defensa y suspensión de su actuar, para que de manera legal y justa se determine la ejecución o no de dicho acto.

Queda visto que existe una inequidad procesal, una parte en goce de su autotutela, excede su poder en defensa y de sus intereses, mientras que sus administrados proclaman por la tutela y respeto a sus derechos.

El principal de los limitantes, tanto para la legalidad como para la ejecutividad del actuar administrativo, lo encontramos en el respeto a los derechos del ser humano, donde un trato justo y equitativo en la aplicación de la justicia, harán de un país como el nuestro, uno mejor; el dar un salto cualitativo por la defensa de sus asociados es dar un salto cualitativo a la mejora de los derechos y la seguridad jurídica del país.

Como sostiene, José Fonseca (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, 2008, pp. 62,63).

El Derecho es precisamente el instrumento - o uno de los instrumentos - de racionalización del poder. Esa idea tiene como necesaria consecuencia que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el

ordenamiento jurídico... de acuerdo con el discurso práctico general... Su presupuesto, obviamente, es una concepción suficientemente amplia de la razón, o sea, el postulado de que la razón no es únicamente razón instrumental o estratégica, sino también razón respecto de los fines, razón práctica.

Con esto, no nos queda más que decir, que si la suspensión del acto es necesaria para salvaguardar el integro derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la igualdad procesal, la seguridad jurídica y el derecho a la defensa, la administración debería adoptarlo, dejando a un lado el rigorismo en sus actos y permeabilizar a una justa y equilibrada manifestación de derechos.

La legalidad y la ejecutividad, frente a lo que radica la suspensión del actuar administrativo, constituye un contrapeso al derecho de autotutela con la que cuenta el Estado, haciendo así, que la tutela judicial efectiva consagrada por la propia administración, cobre sentido, para reinstaurar la juridicidad en el derecho.

3.4 Consecuencias Jurídicas de la Implementación de Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Cuando hablamos de consecuencias jurídicas, nos referimos a aquellos hechos o acontecimientos resultantes de una acción.

En derecho, la consecuencia jurídica es el resultado tanto de una actividad pre procesal como procesal, que se sigue o resulta del accionamiento de derechos ante los órganos y los administradores de justicia.

La consecuencia jurídica, en la mayoría de los casos deviene de un hecho, que adecuado a la norma jurídica, da como resultado una clara determinación de la aplicación de justicia

Pero cuando la falta de normativa y medios adecuados para la correcta administración de justicia no existen, la necesidad social empuja al derecho para que este se acople a su desarrollo, y crea medios y medidas adecuadas

para salvaguardar los derechos e intereses sociales. Aquí las consecuencias sociales toman el papel protagónico para la creación del nuevo derecho, que deberá responder a las exigencias de estas.

Como hemos venido estudiando, a lo largo de estos tres capítulos, la necesidad de medidas cautelares anteriores a la sentencia en el proceso contencioso administrativo están orientadas a la suspensión de los actos, en directa relación al derecho de legítima defensa que reconoce la norma constitucional, que pretende hacer efectiva a la tutela judicial, por ello las medidas cautelares suspensivas de los actos, constituyen hoy en día una necesidad para afrontar a la administración en un proceso legal sin que se violente derechos.

La igualdad de las partes procesales en juicio, es indispensable para asegurar una correcta administración de justicia; pero ¿qué hacemos si no se cuenta con este tipo de medidas dentro del ordenamiento contencioso administrativo, cuando respecto a la presunción de legalidad de sus actos, la ejecutividad de los mismos violente o violen un derecho?

Lo lógico sería contar con estos medios adecuados, como son las medidas cautelares, para precautelar la violación de derechos, hasta que en un dictamen final se determine la ejecutividad de este acto por ser legal.

Respecto a lo dicho, la normativa constitucional del 2008, trae consigo una serie de reformas enfocadas al respeto y la salvaguardia de los derechos. La protección del derecho a una legítima defensa a través de medidas cautelares es una de ellas, donde estas pueden ser pedidas independiente o conjuntamente con alguna otra garantía constitucional. Estas además buscan ya no solo el cumplimiento de obligaciones, sino también suspender y cesar la violación de derechos, de la índole que fueren.

Si bien la norma constitucional como norma suprema de un Estado garantiza el accionamiento de medidas cautelares, este no determina claramente a dichas medidas frente a la suspensión del actuar administrativo. Sería importante que

la LJCA la contenga, y así confiar en el buen actuar de la administración, en base a una garantía jurisdiccional de suspensión de sus actos.

En relación a esto, las consecuencias jurídicas relativas a la implementación de dichas medidas en el proceso contencioso administrativo, están orientadas al respeto a la igualdad procesal, el derecho a la defensa y a la debida tutela judicial efectiva que requiere el administrado frente a los actos desmedidos de poder, que lesionan al derecho de un trato justo y equilibrado para la obtención de una correcta justicia.

Sin olvidar por otro lado a la seguridad jurídica, como una consecuencia más, de la implementación de dichas medidas, donde esta se traduce en "(...) la confiabilidad del orden jurídico con los aspectos de la sujeción de todos los poderes del Estado a la ley y la aplicación uniforme de la misma, la constancia, precisión y previsibilidad del derecho como la protección de la confianza (Zavala, 1999, p 157).

En fin, entre las notables consecuencias jurídicas que acarrearían la implementación de medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo tenemos: el respeto a la tutela judicial efectiva, el respeto a un debido proceso, el respeto a la igualdad procesal, el respeto a una legítima defensa, el tener una certeza de seguridad jurídica, el respeto al derecho y sus preceptos, el respeto a los derechos humanos con la defensión justa, idónea y correcta de justicia y el respeto a la persona como tal.

En tal virtud el art 11 numeral 3 y 9 de la Constitución la República del Ecuador establecen claramente que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...) y Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén en la Constitución o la ley

De aquí radica la importancia de contar con medidas cautelares anteriores a una sentencia.

Como es sabido, la preocupación por las medidas cautelares en el orden Contencioso Administrativo, ha tomado un papel trascendental en los últimos años, debido a su consideración y connotación como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que constitucionalmente se reconoce.

Capítulo IV: Las Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo y la Seguridad Jurídica en la Legislación Ecuatoriana.

En la parte final de esta investigación, complementaremos con tres temas de vital importancia, que nos ayudaran a entender la relevancia que implica la adopción de medidas cautelares anteriores a la ejecución de una sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo, sus consecuencias en nuestra legislación, así también observaremos la configuración de aquellos principios supremos determinados por nuestra normativa constitucional para la seguridad jurídica; a más de lo dicho colegiremos los temas ya antes estudiados en un solo punto, que implica el respeto y la salvaguarda de derechos, respecto a la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares y su función protectora como una vía de justicia cautelar; así iniciamos:

4.1 Aspectos Generales para Comprender la Seguridad Jurídica en Relación a la Implementación de Medidas Cautelares.

Partiendo del punto de que las medidas cautelares buscan proteger, evitar o cesar la violación de derechos, podemos decir que estas configuran el precepto de justicia, donde al salvaguardar el derecho a una legítima defensa y una tutela judicial efectiva, genera en los recurrentes de los órganos administradores de justicia, confiabilidad jurídica, y por ende hablemos de seguridad jurídica.

Pero, ¿Qué es la Seguridad Jurídica?

La palabra seguridad proviene del vocablo securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de secura) que significa estar seguros de algo y libre de cuidados, entonces la seguridad jurídica, es la garantía dada al individuo por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si éstos llegarán a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

La seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente.

El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer "seguridad jurídica" al ejercer su "poder" político, jurídico y legislativo. (Jaime Peñafiel Villarroel: Tesis de Maestría en Contratación Pública y Modernización del Estado, 2009, p. 34).

Según nuestra norma constitucional, la seguridad jurídica es aquel derecho que *"se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."* (Art. 82)

Como apreciamos de lo expuesto, por lo determinado en la norma constitucional, la seguridad jurídica radica en aquel respeto a los derechos y garantías que el Estado proporciona a sí mismo y a sus administrados, en la búsqueda de la eficiencia y eficacia administrativa, entendiéndola a esta en todo sentido, pero que lleva mayor énfasis en el respeto institucional y judicial; con ello el Estado, en su calidad de tutelador busca que la administración de justicia se optima, empleado para ello métodos y medidas necesarias para tener un país de derechos, respeto, democracia y justicia.

Con la implementación de medidas cautelares la administración daría un paso cuantitativo y cualitativo al respeto de una legítima defensa y una tutela judicial efectiva oportuna y necesaria, evitando la indefensión.

La indefensión, aquella situación que todo Estado pretende evitar, con la dotación de elementos y actos pre - procesales para salvaguardar la tutela de sus administrados; en este caso dichas medidas actuarían de esta forma.

“La indefensión es una desventaja jurídica en que se ubica a las partes que intervienen en el proceso y es producida por a un acto ilegal o injusto del juzgador.” (Cueva, 2001, p. 105).

Situación que se pretende evitar, haciendo que la juridicidad reine, y con ello brille una correcta y justa justicia.

La tutela que se busca con la implementación de aquellas medidas en la LJCA pretende, asegurar a las dos partes, en el ámbito y la esfera de una seguridad jurídica como lo establece el marco constitucional, de que aquí que por un lado, la administración actuara *en respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*, y por el otro, el administrado como sujeto directo de las relaciones interestatales en recibir una optima y correcta aplicación de justicia tanto por los operadores como por los órganos y administradores de esta.

De cara a la función judicial el análisis de la seguridad jurídica deja reflexiones importantes y profundas. Como se sabe, todo juez, de cualquier grado o jerarquía que sea, tiene por misión fundamental hacer cumplir las normas jurídicas del Estado o exigibles por éste, en todos los casos que son sometidos a su conocimiento y resolución. El juez representa el imperium del Estado, el poder de definir y hacer cumplir lo definido por la administración de justicia (...) (Hernández Terán, 2004, pp. 45, 46). [Sobre este punto, el juez es el llamado a vigilar que los derechos y garantías consagrados por el Estado se cumplan en correcta sinergia a la obtención de una justa justicia, así como, ser el propugnador de la tutela de los recurrentes de justicia, donde para ello empleara todo recurso legal establecido, así como su sana critica, para apreciar y valorar la posible violación de derechos por el no respeto a la juridicidad y el debido proceso.]

Como se dijo anteriormente y coligiendo lo dicho, la seguridad jurídica radica en el respeto a la juridicidad, a una tutela efectiva de derechos, a un debido

proceso, aspectos generales del derecho que en suma con el respeto a los derechos humanos hacen que este precepto constitucional de seguridad jurídica, un elemento inherente cada proceso, cuidado por los jueces y administradores de justicia cobre vida y sentido, más si en él se discuten derechos y garantías.

No cabe ahondarnos más en este tema, creemos que la implementación de dichas medidas en la LJCA busca el respeto mismo de los derechos y garantías que un Estado de Derechos y Justicia pretende para sus asociados, la seguridad jurídica, como bien se dijo queda respaldada en la tutela que un Estado brinde con fundamento en un debido proceso y acceso a la justicia.

4.2. El Gran Avance del Derecho Contencioso Administrativo con la Implementación de Medidas Cautelares Anteriores a la Sentencia.

La única forma de medir a un Estado en su eficiencia y eficacia en el ámbito que fuese, es el respeto y al avance que toman los Derechos Humanos, siendo estos, la fuente guía del progreso, de un Estado de Derechos y Justicia.

El derecho como parte fundamental de una sociedad, responde a las necesidades de esta, donde el salvaguardar el bien colectivo, esta sobre el de los particulares.

En materia de Contencioso Administrativa, al existir continuamente conflictos entre la Administración y sus Administrados, el respeto a los derechos toma un plus adicional, donde en dicha situación procesal el Estado puede valerse de su auto-tutela para dar al proceso la orientación que éste desee, es difícil ocultar la realidad de nuestra justicia, el hecho es que las leyes no cumplen con aquellos fines deseados, siendo un caso de estos el irrespeto a la igualdad procesal, que en suma con la falta de un justo y debido proceso hace de los operadores y de la administración de justicia un sistema ineficiente.

Con ello, las normas legales y procesales deben ajustarse mucho más a la realidad actual, apegarse a las necesidades mismas de los recurrentes de justicia, el Estado como rector y coordinador en la tutela de sus administrados,

debe a través de sus órganos y poderes concebir la realidad y tratar de mejorarla, en este caso con la implementación de normas que ayuden a salvaguardar los derechos de sus administrados.

Cuando no se atiende a esa realidad de regular la realidad con oportunidad, el legislador cae en retardo. Y ese retardo puede llegar a generar perjuicios a particulares o a determinados sectores de administrados, en cuyo caso la omisión legislativa a más de generar inseguridad jurídica, es también generadora de perjuicios, los cuales desde el punto de vista estrictamente jurídico deben ser indemnizables en tanto sean dichos perjuicios, una consecuencia directa de omisión (...). (Hernández Terán, 2004, pp. 97,98).

A lo largo del tiempo, las normas y la legislación en materia administrativa han sido escasas y dispersas, dos cosas que no han contribuido al desarrollo legal de esta rama del derecho en el Ecuador, que es una de las más importantes; el mero hecho que se discutan derechos entre el Estado y un particular hace que el respeto a los derechos fundamentales cobre una relevancia única, el actuar bajo el marco de la legalidad y la debida motivación hacen que esta rama este vigilada por el interés colectivo.

Al hablar del avance del derecho, nos referimos a la progresividad de los derechos en la normativa, donde la realidad social como hecho genera que la ley salvaguarde una situación que genera en los individuos una vulneración a sus garantías.

El Derecho Contencioso Administrativo, como se dijo al inicio de nuestra investigación, ha sufrido varios cambios, pero que hoy en día no son suficientes. La realidad de la sociedad y el respeto de los derechos que implica una situación procesal, ha hecho que las normas existentes no abastezcan el requerimiento de salvaguarda en un conflicto Estado - Particular, de ahí que nos insta a determinar un tema de importancia general como es la implementación de medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo, con la finalidad de

suspender los efectos del actuar administrativo, para que en un verdadero proceso legal se determine la legalidad o y ilegalidad del proceder estatal, y con esta suficiente motivación el Estado pueda en base a lo legal, hacer efectiva su actuación, existiendo así un pleno respeto a la juridicidad.

El salto transcendental que tomaría la implementación de medidas cautelares anteriores a la sentencia, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sería un salto cualitativo y cuantitativo que tomaría nuestra legislación, el respeto a los derechos fundamentales hace de un Estado de Derechos y Justicia distinto a los demás, la procura de que el derecho como conjunto de normas regle a una sociedad y a un Estado hace y guía a estos al respeto, hace que las relaciones Estado - Particulares propendan a la seguridad jurídica de un país.

Si bien se cuenta con medidas cautelares como figura autónoma en nuestra Constitución, para velar por el respeto de los derechos, el hecho de tener estas en la legislación administrativa es mucho más indispensable en cuanto a la eficiencia y eficacia legal; porque no deducir en un solo recurso la ilegalidad del acto más medidas cautelares que suspendan los efectos de este, la idea es que bajo un mismo cuerpo normativo como es la LJCA se vele y salvaguarde un debido proceso y tutela judicial efectiva.

El Estado cada vez propende a excederse de su actuación reglada violentado, amenazando a sus administrados donde estos en un proceso tendrán que desvirtuar la legalidad de aquellas actuaciones, el avance es cualitativo, el respeto a una igualdad procesal que se daría es esencial, el tratar de mantener una situación de hecho que insto al administrado a incoar sobre la administración un recurso, con las medidas cautelares suspensivas de los actos se velara para que esta situación de hecho no cambien hasta que un juez bajo el predominio de la ley determine la legalidad del actuar estatal y justamente ahí produzca los efectos que la administración pretendió.

Como se dijo a un inicio, el avance del derecho será medido únicamente por la regla de derechos humanos, mientras se tienda y busque el respeto de lo

fundamental para el hombre, el Estado y su normativa estará en la búsqueda de mejores días para su justicia; el avance del Derecho Contencioso Administrativo con ello tomara un impulso vertiginoso, haciendo que las relaciones de la administración con sus administrados dentro o fuera de una contienda legal se supediten a la juridicidad y al respeto.

4.3. La Tutela Cautelar Otra Vía de Seguridad Jurídica en el Ecuador.

Finalmente llegamos al último punto de nuestra investigación, para ello hemos destinado un tema importante en cuanto al aporte de la justicia, siendo este la tutela cautelar como una vía más de seguridad jurídica.

Para desarrollar este punto vamos asociar tres temas como son: la seguridad jurídica, las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva, elementos que ya hemos venido tratando a lo largo de nuestra investigación, y que sobre este punto únicamente haremos un compendio de lo ya expuesto e investigado para de esta manera deducir a la tutela cautelar como un vía más de seguridad jurídica.

En términos generales, dijimos que la seguridad jurídica se trata de aquella certeza que tienen todos los sujetos de derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento legal de un Estado; traducido esto en términos más descriptivos diríamos que la seguridad jurídica es aquel derecho dotado de ciertas garantías, que buscan la eficiencia y eficacia jurídica, tendiente a dar soluciones racionales orientadas a cumplir con los fines de un Estado de Derechos y Justicia.

Complementando este criterio, el precepto constitucional determina que la seguridad jurídica *“se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”* (Art. 82)

Si estas soluciones racionales constituyen, normas jurídicas claras y que a la vez constituyen garantías, nos encuadramos en el ámbito de las medidas cautelares, mismas que como nuestro marco constitucional las determina en

su artículo 87 estas tienen “el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”; el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de igual forma determina que “la finalidad de las medidas cautelares es prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”.

Coligiendo tanto lo que es la seguridad jurídica, como lo que es y constituyen las medidas cautelares tenemos que, de entre los medios legales para salvaguardar los derechos de los recurrentes ante los administradores y órganos de justicia, frente a una situación que signifique amenaza, vulneración o violación de un derecho, las medidas cautelares constituyen aquellos medios adecuados y necesarios para tener de la administración de justicia una seguridad, y una certeza de que los actos y hechos que generen una controversia se mantendrán en cautela por la administración hasta que en un juicio justo se determine la legalidad o ilegalidad del actuar.

El salvaguardar una situación fundada *en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas y claras*, hacen de las medidas cautelares un medio de protección de derechos, mismas que en un proceso ayudaran a que no se violenten ni violen derechos y garantías, el determinar lo procedente y justo sin que se atente contra el individuo, hacen de las medidas cautelares un medio de seguridad jurídica.

Estos dos temas expuestos nos llevan a hablar de un tema importantísimo en cuanto respecta al derecho, siendo este la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva consiste en la protección que otorga la administración pública a las situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, donde se busca el respeto, a un proceso justo, ágil, eficiente y eficaz, mediante la cual se llega a un control de legalidad y un reconocimiento de garantías para la obtención de una verdadera justicia.

Vanesa Aguirre (Programa Andino de Derechos Humanos), en su artículo, La Tutela Judicial Efectiva como Derecho Humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador; nos dice que:

Para hacer de la tutela judicial efectiva una realidad, es necesario que se imponga una cultura distinta por parte de los sujetos involucrados en la administración de justicia. Cumplimiento de las normas del debido proceso para los funcionarios judiciales; utilización respetuosa de los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico, en el marco de los principios de buena fe y lealtad procesal, para los usuarios de la administración de justicia; respeto de los poderes ajenos a la función jurisdiccional a la independencia judicial; compromiso de las autoridades del poder judicial por capacitar a los funcionarios; en fin, una serie de medidas que se vislumbran todavía lejanas pero que a poco deberán irse implementando en el país para que la justicia sea uno de los paradigmas del nuevo orden constitucional en el Ecuador. (Véase: p. 27:<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/925/1/Art.1AguirreLa%20tutela%20judicial.pdf>)

En sentido de este modo la tutela judicial efectiva constituye en un derecho supremo, que tiene cada uno de las personas, sean estas naturales o jurídicas, donde el Estado en todo espectro tiene la obligación de dotar a sus administrados de los elementos suficientes para la consecución de una eficiente y eficaz justicia; la tutela judicial efectiva no solo se traduce en el acceso a la justicia, la celeridad procesal, en el respeto de la juridicidad, la tutela judicial efectiva se denota en la aplicación de todos aquellos principios, normas, tratados, y demás para la obtención de una correcta justicia.

Con ello las medidas cautelares, constituyen una extensión más de este derecho supremo, que lo que buscan es una correcta aplicación de justicia, el evitar y cesar la violación de derechos para que ningún sujeto procesal, fuese quien fuese sea vulnerado en su seguridad jurídica que como tal se lo merece.

Por ello la Tutela Cautelar constituye en otro medio y garantía de la optimización de justicia, la tutela entendida como la protección y la cautela entendida como la precaución y la reserva, hace que estos dos elementos en

un pleno proceso de simbiosis contribuyan al alumbramiento de una justa y correcta justicia.

Como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de esta investigación, lo cautelar para un Estado de Derecho y Justicia es de suma importancia, en cuanto respecta el respeto a los derechos de los administrados y su situación misma, como seres humanos que somos.

La tutela cautelar hoy en día se está convirtiendo en una herramienta eficaz para lograr cumplir aquellos fines propuestos por la administración, ya que responde a la salvaguarda de derechos y garantías.

CONCLUSIONES:

El derecho como muchas otras ciencias experimentan cambios a través del tiempo, estos cambios vienen dados por diferentes factores, y uno de ellos a nuestro criterio el más importante “la sociedad y su necesidad”; claro sin olvidar el fin último del derecho como es la justicia. Entonces podemos decir que el derecho es una consecuencia sociológica en razón a su dinamismo, necesidad y fin de justicia.

De aquí que, la necesidad social, el dinamismo y el fin de justicia por parte del derecho nos trae al presente trabajo investigativo, mismo, que es uno de los más importantes en cuanto a la tutela de los derechos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tanto así que la implementación de medidas cautelares suspensivas de actos administrativos, constituirían otro modo y medio de efectivizar la justicia y sus sistemas; la implementación de estas medidas en el derecho Contencioso Administrativo es un tema insoslayable, por tal motivo se constituye en un nuevo marco de estudio e investigación en la legislación Ecuatoriana.

Clara es la necesidad de contar con medidas óptimas y eficaces en los procesos judiciales, en este caso relativas al ámbito contencioso administrativo, mismas que ayudaran a salvaguardar los derechos y garantías de las personas.

Nuestra Constitución establece claramente en su artículo 75 que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; y en ningún caso quedará en indefensión.

Hoy nos encontramos ante un problema real e inevitable motivo de incertidumbre e inseguridad jurídica en el sistema procesal administrativo Ecuatoriano, la preocupación que nos causa el saber que hoy en día por la falta de mecanismos y normas se vulneren derechos y garantías, ha hecho que hoy prestemos un gran interés en este tema de investigación.

- HIPÓTESIS ENUNCIATIVA Y ANTE FACTO: La necesidad de implementación de medidas cautelares anteriores a la ejecución de la sentencia en la jurisdicción contenciosa administrativa en la legislación ecuatoriana, constituye una grave desatención a la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, creando inseguridad jurídica en la administración de justicia.
- HIPÓTESIS ENUNCIATIVA ANTE FACTO: En algunos casos los efectos producidos por un acto administrativo pueden dejar en la indefensión a una persona o una colectividad hasta el momento procesal de dictarse una sentencia, donde justamente aquí se ratifica o no la legalidad de dicho acto administrativo; esta vulneración al principio constitucional de tutela judicial efectiva y a los derechos de una persona se podrían evitar si se contara con técnicas necesarias de justicia cautelar y procesal.

Por ello creemos que la implementación de medidas cautelares, orientadas a la suspensión del actuar administrativo son de vital importancia, ya que con ellas se efectivizaría todos aquellos principios de derecho consagrados en nuestra legislación, haría de nuestro sistema de justicia un sistema más eficiente. La suspensión del acto administrativo debe darse en la práctica procesal para con ello evitar se siga violentando nuestros derechos.

A un lado quedarían las presunciones de legalidad y ejecutividad, para transformarse en un hecho de seguridad jurídica, el dar un salto cualitativo y cuantitativo en respeto a la juridicidad será un logro importante en nuestra legislación.

Si el derecho escrito contribuye a la garantía de la seguridad jurídica, en igual importancia lo hace el derecho a acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, pues existe equivalencia entre la seguridad jurídica y la concreción de la justicia individual “justicia material” (Zavala, 1999, p. 158)

Las garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos y que son eficaces porque producen el resultado

previsto, que es reparar la violación de derechos (Santamaría, R., Grijalva, A. & Martínez, R., 2008, p. 91).

La falta de normas referente a medidas cautelares anteriores a una sentencia tienen una afectación tanto en el aspecto subjetivo como el aspecto objetivo. Subjetivamente se violenta con la tutela efectiva de los derechos que tiene una persona en el campo procesal y en el campo de administración de justicia; objetivamente la falta de dichas medidas, provocan que el derecho no llegue a cumplir con los fines deseados, fines como la justicia, la equidad, la igualdad se ven mancillados por la carencia de normativa legal. Es así que el derecho en razón a aquellos fines que persigue y pretende lograr también se encuentra vulnerado, que como consecuencia y resultado de los dos tengamos hoy en día “inseguridad jurídica”.

- *Al Analizar la situación actual de la normativa jurídica referente al proceso legal y la procedencia de medidas cautelares en la vía contenciosa administrativa, tenemos que el Art. 64 de la LJCA determina que los miembros de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, harán uso de esta figura para hacer sus sentencias efectivas. Con ello el espectro tutelador queda limitado y el uso de estas para suspender el actuar administrativo es improcedente; cuando nuestra Constitución manifiesta en su artículo 87 que dichas medidas se podrán solicitar para evitar o cesar la violación o amenaza de derechos, que en un proceso contencioso administrativo al limitarse una justa tutela se violenta a lo establecido en los artículos 75, 76, y 87 de nuestra carta magna, quien pone en manifiesto que toda persona gozará y tendrá derecho a una tutela judicial efectiva así como un debido proceso, mismos que no se dan en los procesos contenciosos administrativos.*

Por otro lado nuestra Constitución determina en su artículo 424 que las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica. Por ello determinamos que es de vital importancia reformar y

contar con este tipo de garantías en nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de ahí que el suspender un acto administrativo constituirá un pleno ejercicio a nuestros derechos y garantías constitucionales.

- *Al Estudiar a las medidas cautelares como medio de justicia cautelar y razón constitucional, tenemos que estas buscan y pretenden cautelar los derechos de los individuos, frente a todos aquellos actos lesivos de derechos, que provoquen indefensión o grave daño al administrado.*
- *Al Analizar, los principios generales del derecho necesarios para entender a las medidas cautelares anteriores a la sentencia como pertinentes en el proceso contencioso administrativo, tenemos que cada uno de ellos se configura la salvaguarda y protección al individuo, y la seguridad jurídica de un país.*
- *Al Analizar los efectos que produciría la implementación de medidas cautelares anteriores a una sentencia en la jurisdicción contenciosa administrativa, determinamos, que si se trata de velar y salvaguardar el derecho de las personas y la juridicidad del marco legal, estas medidas son necesarias y de vital importancia, ya que con ello evitaremos se siga violentando al administrado en sus derechos y a la normativa procedimental en sus normas y principios bases.*

Con ello concluimos, que la necesidad de medidas cautelares orientadas a la suspensión del actuar administrativo hasta llegar a una sentencia son de vital importancia en cuanto estas responden a la tutela judicial efectiva que se merece cada uno de los accionantes del sistema de justicia, así como por el respeto a sus derechos fundamentales.

La inclusión de este tipo de medidas bajo una reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es necesaria, ya que con ello se estaría en completa armonía con nuestro marco Constitucional. A más de eso cumpliríamos con todos aquellos preceptos que configuran a la justicia, donde la parte más débil que son los administrados estaría en igualdad de condiciones frente al Estado.

La suspensión del acto administrativo supone el pleno goce de derechos y garantías que un Estado otorga, más cuando el nuestro necesita de normas claras a favor de sí mismo, la seguridad sería el camino que siga nuestro Estado en busca de mejores días.

La Administración Pública y las entidades del Estado están llamadas a asegurar el debido proceso, a crear y aplicar los mecanismos adecuados a prestar servicios públicos a la colectividad con calidad, eficiencia, eficacia y transparencia que les impone el Art. 226 de la Constitución de la República; a respetar los derechos de las personas con estricto apego a la ley y al elemento de aglutinamiento social que relaciona a los individuos con la sociedad política que hemos formado en procura de asegurar nuestro bienestar colectivo e individual, precisamente mediante la declaración de nuestra voluntad soberana de someternos a las normas que nos permitan vivir en una sociedad en paz y en orden, sometida al Derecho, a la Justicia, a la Democracia; que abomine del desorden, de la injusticia, del abuso y autoritarismo (García, R; 2010, pp: 7,8, VÉASE: Actualidad Jurídica).

RECOMENDACIONES:

Como sosteníamos, la implementación de este tipo medidas cautelares suspensivas de actos administrativos constituyen el fiel reflejo de la necesidad legal y social ecuatoriana, de ahí que:

PROPUESTA INICIAL DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

HIPÓTESIS POST FACTO: El paso del tiempo y la sociedad nos impulsan a tener un ordenamiento jurídico que responda a las exigencias y necesidades sociales, de aquí que la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa necesita una reforma urgente, en cuanto a la protección que debería dar a sus recurrentes.

La carencia de medidas cautelares suspensivas de actos administrativos es uno de los factores por los cuales dicha ley debería ser reformada, para con ello dar un equilibrio entre el Estado y los particulares. Así la igualdad procesal vendría a ser una realidad, donde no solo el Estado en goce de sus prerrogativas podrá hacer valer las presunciones de legalidad, ejecutividad, ejecutoriedad de sus actos, sino también el administrado en solicitar que dichas presunciones del acto que emanó de la administración sean suspendidas, hasta que bajo una sentencia se determine claramente que dicho actuar se dio bajo un correcto proceder legal.

Con ello la recomendación que planteamos, es una reforma a la normativa jurídica respecto a la implemente medidas cautelares suspensivas de actos administrativos.

Si nos enfocamos mas allá de la reforma antes planteada, podemos hablar de la creación de un Código Administrativo, donde en un solo cuerpo normativo se compile tanto la norma administrativa, como la contenciosa administrativa de nuestro país, para así evitar la dispersión de normas de derecho administrativo. Dicho código también nos ayudaría a la estandarización y universalidad en procedimientos administrativos y judiciales,

donde todos los entes y organismos que conforman el aparato estatal tengan una sola normativa.

El código del cual hablamos haría que el Estado gane en claridad y celeridad procesal administrativa. Incluso en este se puede hacer un compendio de todas aquellas leyes y reglamentos para nutrir nuestra justicia administrativa así como la implementación de medidas cautelares orientadas a la suspensión del actuar estatal.

Por lo cual recomendamos, una reforma a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o la creación de dicho Código Administrativo, mismos que actuaran en completa sinergia y armonía con nuestra actual normativa constitucional a favor del respeto y la vigilancia a una tutela judicial efectiva, haciendo que gane la seguridad jurídica y el desarrollo jurídico institucional de un país.

Referencias:

Libros.

1. Arana, J. R. (2005). Los derechos Fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional. *Revista Juridica* , 101-119.
2. Ávila Santamaria, R., Grijalva Jiménez, A., & Martínez Dalmau, R. (2008). *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos - avances conceptuales en la Constitución del 2008*. Quito: Imprenta V&M Graficas.
3. Bernal Torres, C. (2006). *Metodología de la Investigación para administración, economía, humanidaes y ciencias sociales*. Mexico: Pearson Educación.
4. Borja Borja, R. (1995). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Quito: Pudeleco S.A.
5. Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Juridico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
6. Cabanellas, G. (1959). *Repertorio Juridico de locuciones, maximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires: Bibliografica Argentina.
7. Carnelutti, F. (1997). *Instituciones del Proceso Civil Volumen II*. Buenos Aires: El Foro S.A.

8. Comodira, J. (2007). *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, entre otros estudios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
9. Couture, E. (1978). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma.
10. Cueva Carrion, L. (2001). *El Debido Proceso*. Quito: Artes graficas señal - Impreseñal Cia. Ltda.
11. Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de Derecho Procesal Civil volumen II*. Mexico: Cardenas .
12. Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Hispana libros.
13. Ferrajoli, L. (2001). *Derechos fundamentales y garantía*. Madrid: Trotta.
14. Hernández Terán, M. (2004). *Seguridad Jurídica*. Guayaquil: Edino.
15. Jaramillo Ordoñez, H. (2003). *La justicia Administrativa el Procedimiento y el Proceso contencioso Administrativo*. Loja: Offset Grafimundo.
16. Leiva Zea, F. (2008). *Nociones de Metodología de Investigacion Cientifica*. Quito: Grupo Leer .
17. Mantilla Pineda, B. (1991). *Filosofía del Derecho*. Medellin: Pascua de Resurreccion.
18. Morán Sarmiento, R. (2003). *Derecho Procesal Civil Practico Tomo I*. Guayaquil: Imprenta Imagen.

19. Pera Verdaguer, F. (1977). *Jurisdiccion Contenciosa Administrativa*. Madrid: Bosch.
20. Pérez Camacho, E. (2007). *Derecho Adminstrativo*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
21. Rey Cantor, E., & Rey Anaya, A. (2005). *Medidas Provicionales y Medidas Cautelares en El Sitema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogota: Temis S.A.
22. Rojas Franco, E. (2007). *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Guayaquil: Edilex S.A.
23. Sarria, E., & Sarria, M. (1978). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Ceida.
24. Secaira Durango, P. (2004). *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.
25. Vega de Herrera, M. (2000). *Manual de Procedimiento Contencioso administrativo*. Bogotá: Leyer.
26. Villareal, R. (2010). *Medidas Cautelares - Garantias Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Editora Juridica Cevallos.
27. Zavala Egas, J. (2007). *Derecho Administrativo tomo II*. Guayaquil: Edino.
28. Zavala Egas, J. (1999). *Derecho Constitucional tomo I*. Guayaquil: Edino.

Leyes:

- Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial Nro 449 de 20 de octubre (2008).
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en Registro Oficial Nro 536 de 18 de Marzo (2002).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en Registro Oficial Nro 449 de 20 de octubre (2008).
- Ley de Modernización del Estado, en Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en Registro Oficial Nro 449 de 20 de octubre (2008).
- Código Orgánico de la función judicial, en Registro Oficial Nro 449 de 20 de octubre (2008).
- Código civil Ecuatoriano 2011.
- Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano 2011.

Tesis:

- Benalcazar Guerron. J. (1997). *El Proceso Contencioso Administrativo y la tutela Jurisdiccional del Administrado. (Tesis previa a la obtención al título de Doctor en Jurisprudencia)*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito.

- Fonseca, J. (2009). *Funciones y límites del principio de legalidad administrativa* (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar Quito - Ecuador.
- Galarza, S. (2008). *La Acción de Amparo sobre los Actos Administrativos en el derecho Ecuatoriano*. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar Quito - Ecuador.
- Guevara Carrillo, J. (2006). *Motivación de las decisiones de la Administración Pública en la legislación Ecuatoriana* (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad Andina Simón Bolívar Quito – Ecuador.
- Muñoz Sánchez, G. (1985). *El Proceso Contencioso Administrativo*. (Tesis previa a la obtención al título de Doctor en Jurisprudencia). Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito.
- Navas Romero. A. (1989). *Las partes en el Proceso Contencioso Administrativo. (Tesis previa a la obtención al título de Doctor en Jurisprudencia)*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito.
- Peñafiel Villarroel, J. (2009). *Inseguridad Jurídica en la Ejecución de la Sanción Administrativa en la Terminación Unilateral del Contrato Administrativo*. (Tesis de Maestría en Contratación Pública y Modernización del Estado). Universidad Andina Simón Bolívar Quito - Ecuador.
- Villareal, R. (2009). *Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos*. (Tesis de Maestría en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar Quito - Ecuador.

Revistas:

- Arana, J. R. (2005). *Los derechos Fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional*. Revista Juridica, 101-119.
- García, R. (2010). *La notificación de los Actos Administrativos*. Actualidad Jurídica, 7, 8.
- Meythaler, J. (2002). *La legalidad y la seguridad Jurídica a Partir de Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. *Iuris Dictio* 120 - 124.

Documentos de Internet:

- Cenizo, S. *Las medidas cautelares en general y la suspensión del acto administrativo en singular en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa*; http://noticias.juridicas.com/articulos/15Derecho%20Administrativo/199812eaj34_01.html. Año de Publicación: 1998; Fecha de la Consulta: Miércoles, 15 de Diciembre del 2010.
- Carrillo, M. *La justicia Cautelar como garantía de los Derechos Fundamentales*; <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2558/14.pdf>. Año de Publicación: 21 de Agosto del 2008; Fecha de la Consulta: Martes, 18 de Enero del 2011; p. 236, 237
- Rodríguez Arana, J. *Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España*; <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1624/14.pdf> Año de Publicación: 14 de Marzo del 2005; Fecha de Consulta: Jueves 24 de Marzo del 2011.

- Ordoñez, M. *La Tutela Jurisdiccional*; http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=34831; Año de Publicación: 5 de Agosto del 2010; Fecha de Consulta: Jueves 24 de Marzo del 2011.
- Aguirre, V. *La Tutela Judicial Efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador*; <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/925/1/Art.1AguirreLa%20tutela%20judicial.pdf>; Año de Publicación: 16 de Julio del 2010; Fecha de Consulta: Miércoles 22 de Junio del 2011; p. 27
- Meseguer, J. (1999). *Tutela cautelar y medidas provisionales previas al procedimiento administrativo*; Noticias Jurídicas; <http://noticias.juridicas.Com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/199904-tutelacautelar.html>; Fecha de Consulta: jueves 23 de junio del 2011.
- *El derecho Administrativo*; <http://www.prociuk.com/Derecho%20Administrativo.pdf>; Año de Publicación: 22 de Agosto del 2005; Fecha de Consulta: Domingo 2 de Octubre del 2011.

ANEXOS

ANEXO 1

PRINCIPALES COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LOS DIFERENTES CUERPOS NORMATIVOS:

Código Orgánico de la Función Judicial:

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

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

2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad;

3. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público;

4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las

controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado;

5. Conocer de las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público;

6. Conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual;

7. Conocer las demandas que se propongan contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, las Comisiones Especializadas, el Director General y los Directores Provinciales;

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos;

9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal;

10. Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías;

11. Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración;

12. Conocer de las impugnaciones a las declaraciones de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles;

13. Conocer de las impugnaciones a sanciones administrativas firmes contra las servidoras y los servidores públicos, emanadas de las instituciones del Estado que conforman el sector público, cuando tales cuestiones de personal no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de servidoras y servidores públicos; salvo lo dispuesto en normas especiales;

14. Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos; y,

15. Los demás asuntos que establezca la ley.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 104.- Métodos alternativos de solución de controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 164.- Contencioso administrativo.- De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo,

con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia.

Ley de Desarrollo Agrario:

Art. 54.- Controversias.- Todas las controversias de materia agraria que no tengan como causa la impugnación de una resolución del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, se sustanciarán ante los jueces civiles competentes.

Código de Procedimiento Civil

Art. 33.- No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:

1.- El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y,

2.- Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal.

Jurisprudencia 1.

Fallo de Casación:

21-VI-2002 (Res. 222, R.O. 715, 29-XI-2002).

"PRIMERO: En lo que hace relación a la falta de aplicación de los Arts. ... y de los precedentes jurisprudenciales obligatorios constantes en los fallos señalados en el libelo de casación, cabe señalar que el objeto de la acción deducida en el presente es la impugnación a la resolución adoptada por el Ministro de Bienestar Social mediante la cual se declaró la extinción de la Fundación F.E.E.R., acción para el ejercicio de la cual era indispensable que quienes lo intenten tengan la calidad jurídica que dicen poseer en el libelo, presupuesto procesal éste que en consecuencia debe ser cumplido como condición para permitir al juzgador entrar a conocer la materia de fondo respecto del acto administrado impugnado, entre las cuales merecía singular importancia la consideración de la competencia que haya tenido el órgano

administrativo para expedir el acto objeto de la impugnación. Ahora bien, como se dijo antes, los acuerdos expedidos por el Ministro de Bienestar Social cuya impugnación motivó esta acción tiene un objetivo concreto, el declarar la extinción de la Fundación F.E.E.R., y teniendo el acto administrativo la característica de ejecutoriedad, así como la presunción de legalidad, surte pleno efecto en tanto no se declare su ilegalidad o nulidad mediante sentencia judicial o de ser el caso, el mismo órgano administrativo impugnado lo deje sin efecto, así lo ha reconocido expresamente el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al señalar que en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo; lo que en esta causa significa, que en tanto no se dictara sentencia que declare ilegales o nulos los acuerdos ministeriales expedidos surten plenos efectos, por lo que jurídicamente ha dejado de existir la Fundación F.E.E.R., y en consecuencia nadie puede alegar válidamente las condiciones de Gerente, Presidente o socios de una persona jurídica extinguida. Por consiguiente al desechar la demanda el Juez "a quo" por no cumplir la acción este requisito primario, es evidente que no tenía porque entrar a considerar el fondo del asunto, dada la inviabilidad por improcedencia de la acción propuesta. Revisados los autos para mayor certeza no se encuentra que quienes dedujeron esta acción lo hayan hecho por sus propios derechos, pues de haberlo hecho así es evidente que habría tenido viabilidad la acción deducida. ..."

Jurisprudencia 2.

Fallo de Casación:

1-IV-2002 (Resolución No. 140, R.O. 644, 20-VIII-2002).

TERCERO.- El recurrente alega en su escrito de interposición del recurso que de conformidad con el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es la impugnación de reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública y que en el caso se ha impugnado un hecho administrativo y por lo tanto la demanda se tornaba inadmisibile por no cumplir los requisitos determinados en

el Art. 30 de la ley de la materia. En el caso es evidente que existe una confusión del recurrente en cuanto al acto administrativo y al hecho administrativo, con fines meramente doctrinarios conviene referirse a ello. El tratadista argentino Agustín Gordillo, claramente define el hecho administrativo a través de su distinción con el acto administrativo de la siguiente manera: a) En primer lugar advierte que existe una razón de certeza jurídica que en algunos casos hace desaconsejable otorgarle a una mera actuación material de la administración el carácter de expresión de voluntad formal, que pueda ser controvertible mediante recurso. Es verdad que la voluntad administrativa sólo estará claramente especificada a través de los actos; esa voluntad también puede ser inferida de ciertos comportamientos materiales de la administración; tal interpretación como es obvio no tiene la certeza que confiere la expresa manifestación de voluntad: en consecuencia, el principio o regla general es que el recurso contencioso administrativo debe interponerse de aquellas actividades que confieren esa certeza o sea de los actos administrativos; sin perjuicio de que, por excepción, se apliquen también sus principios a algunos comportamientos materiales susceptibles de una interpretación clara y precisa en cuanto a la voluntad que los origina y emana; b) Existe una diferencia en la índole e importancia de los efectos jurídicos que emanan de un acto y de un hecho administrativo. En el caso del acto, su efecto jurídico principal y fundamental es operar una modificación en el orden jurídico, creando derechos o deberes de otros sujetos de derecho: el hecho, en cambio, normalmente no produce tales consecuencias jurídicas: sus efectos jurídicos, cuando los tiene, son débiles, tales como crear derechos por vía consuetudinaria, o generar responsabilidad administrativa si ha ocasionado un daño; c) En tercer lugar se advierte que el acto administrativo goza de la presunción de legitimidad y consiguientemente el administrado está en la obligación de cumplirlo, a partir de su notificación nacen también los términos para impugnarlo. Esto no ocurre con el mero hecho administrativo, pues no existen normas positivas que le otorguen tal presunción. Tampoco proceden recursos contra ellos ni empiezan a correr los términos de impugnación para interponer recursos, finalmente el hecho administrativo no tiene fecha cierta; d) Una cuarta diferencia que puede

recogerse entre actos y hechos es que los primeros reciben como primera sanción la nulidad o anulación, mientras que los segundos no se 'anulan' sino que generan en todo caso responsabilidad de la administración. ('Tratado de Derecho Administrativo', Tomo III, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1979, pp. III-7 a III-11). CUARTO.- Ahora bien, de autos aparece claramente que lo que se impugnó no fue un hecho sino un acto de la administración mediante el cual se realizó la indemnización por supresión de partida a los recurrentes, sin tomar en consideración todos los valores que se les debía abonar. Como se colige de la doctrina administrativa antes transcrita, el hecho es la ejecución material de la administración, por lo que no se puede aceptar que el presente caso se trate de un hecho administrativo, así como tampoco es admisible la pretensión que en reiteradas ocasiones ha efectuado el IESS en el sentido de que no es materia de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de hechos, porque no se encuentran enumerados de manera concreta en el Art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Cabe mencionar que si bien el hecho administrativo no está previsto en la ley ibídem, sí lo está en leyes referentes a la jurisdicción contencioso administrativa como el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado y 78 y 79 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva."

ANEXO 2

JURISPRUDENCIA.

EL DEBIDO PROCESO.



FICHA DE PROCESAMIENTO	
DEPJUR	
ÁREA: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
REGISTRO ADMINISTRATIVO	
RESOLUCIÓN No.:	0010-2009
JUICIO No.:	0560-2006
PROCEDENCIA:	Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia
FECHA DE LA RESOLUCIÓN:	21 de Febrero de 2011
TIPO DE RESOLUCIÓN:	Sentencia
TIPO DE JUICIO (TRÁMITE):	Administrativo.
ASUNTO:	Reclamo Administrativo
ACTORES(S) / AGRAVIADO(S):	LUCAS PAREDES DARWIN
DEMANDADO(S) / PROCESADO(S):	MUNICIPIO DEL CANTÓN MONTECRISTI
DECISIÓN:	Casa Parcialmente la Sentencia
JUEZ PONENTE:	Dr. Yépez Andrade Manuel
TEMA PRINCIPAL: (Restrictor)	<ol style="list-style-type: none">1. <u>EFFECTO DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE SEPARACIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO NO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN (1)</u>2. EFECTO DE LA NO REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA ADMINISTRATIVA DE JUSTIFICACIÓN Y DEFENSA. (2)3. CASACIÓN DE OFICIO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. (3)

JURISPRUDENCIA: (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	<p>1. En el caso de la separación de un servidor público que no es de libre nombramiento y remoción, si no consta de autos el haberse realizado la audiencia señalada en el artículo 64 del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, al ser la oportunidad para que dicho servidor pueda ejercer en la propia sede administrativa su legítimo derecho de defensa garantizado por la Constitución Política de la República (numeral 10 del artículo 24, 1998), lo coloca en estado de indefensión, y contraría los preceptos contenidos en los artículos 6 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que sitúa al acto administrativo en la condición de nulo, lo que puede ser declarado por la Sala de Casación aún cuando no haya sido alegado por las partes o los recurrente, debiendo en tal caso disponerse su reintegro y el pago de las remuneraciones a que tiene derecho desde que fue separado de su cargo, hasta su reintegro a él u otro similar.</p>
OTROS TEMAS TRATADOS: (Obiter Dicta - Criterios Complementarios)	<p>1. ALCANCE, CONTENIDO Y FORMA DE INTERPRETACIÓN DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL (4)</p> <p>2. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LAS LEYES ORGÁNICAS (5)</p> <p>3. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL (6)</p> <p>4. OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN EN CASO DE FALTA DE LEY. (7)</p> <p>5. JUEZ COMPETENTE PARA VALORAR LA PRUEBA EN LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. (8)</p>
SECRETARIA RELATORA (DIRECTORA E.):	Dra. Lucía Toledo
RESPONSABLE:	Dra. Sayra Aumala
AYUDANTE JUDICIAL TRES:	Dra. Sayra Aumala
FECHA DE PROCESAMIENTO:	10 de Febrero de 2009

RATIO DECIDENDI – RAZÓN DE LA DECISIÓN	
ÁMBITO JURÍDICO: (Descriptores)	DEBIDO PROCESO / DERECHO A LA DEFENSA
TEMA PRINCIPAL: (Restrictor)	<u>EFECTO DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE SEPARACIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO NO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN</u>
HECHOS:	<p>La parte demandada y la Procuraduría General del Estado, interponen en su orden recursos de casación, contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo, que declara con lugar la demanda; la primera con fundamento en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos: 142, 143, 272 y 273 de la Constitución Política de la República, y, 63, número 45, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; y, la segunda, fundamentada en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 113 y 216, número 5, del Código de Procedimiento Civil, y 49, letra c), de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Empero, en el proceso administrativo de separación del servidor público que no es libre nombramiento y remoción, no se ha cumplido con el artículo 64, del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, esto es el derecho de los servidores públicos para no ser sancionados sin antes proporcionárseles la oportunidad de justificarse, lo que no ha sido alegado.</p>
JURISPRUDENCIA: (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	<p>En el caso de la separación de un servidor público que no es de libre nombramiento y remoción, si no consta de autos el haberse realizado la audiencia señalada en el artículo 64 del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, al ser la oportunidad para que dicho servidor pueda ejercer en la propia sede administrativa su legítimo derecho de defensa garantizado por la Constitución Política de la República (numeral 10 del artículo 24, 1998), lo coloca en estado de indefensión, y contraría los preceptos contenidos</p>

	<p>en los artículos 6 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que sitúa al acto administrativo en la condición de nulo, lo que puede ser declarado por la Sala de Casación aún cuando no haya sido alegado por las partes o los recurrente, debiendo en tal caso disponerse su reintegro y el pago de las remuneraciones a que tiene derecho desde que fue separado de su cargo, hasta su reintegro a él u otro similar.</p>
EXTRACTO DEL FALLO:	<p>VISTOS: (560-2006) Tanto el Alcalde y el Procurador Síndico de la Municipalidad de Montecristi, como el Director Regional de la Procuraduría General del Estado para Manabí y Esmeraldas, interponen sendos recursos de casación respecto de la sentencia expedida, el 19 de agosto de 2006, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo, fallo que declara con lugar la demanda planteada por Darwin Efrén Lucas Paredes contra el Alcalde y el Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Montecristi, y declara la ilegalidad del acto administrativo contenido en el oficio número 222-AMM, de 31 de enero de 2005, con el que se separa al señor Lucas Paredes del cargo de Oficinista 2 del Departamento de Educación y Cultura de la Municipal del Cantón Montecristi. Concedidos dichos recursos y por encontrarse la causa en estado de resolver, se considera: (...) SEGUNDO: De conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Ley de Casación, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de marzo de 2008 admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Alcalde y el Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Montecristi, por las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; en el caso de la causal primera por falta de aplicación de los artículos: 142, 143, 272 y 273 de la Constitución Política de la República, y, 63, número 45, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.- De su lado, el recurso de casación presentado por el doctor José Raúl Zambrano Figueroa, por los derechos de la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado para Manabí y Esmeraldas a cuyo nombre actúa, se funda en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y manifiesta que en la sentencia de la que recurre, se registran: falta de aplicación</p>

	<p>de los artículos 113 y 216, número 5, del Código de Procedimiento Civil, y 49, letra c), de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. (...) SEXTO: Esta Sala no puede dejar de señalar el incumplimiento, por parte de la Autoridad Nominadora, del artículo 64, del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que reitera el derecho de los servidores públicos para no ser sancionados sin antes proporcionárseles la oportunidad de justificarse, pues, el inciso segundo de tal norma establece: “para imponer a un servidor que no sea de carrera cualquiera de las sanciones previstas en el Art. 62 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa se le escuchará previamente en Audiencia de lo cual se dejará constancia escrita”; y no consta de autos que ella se hubiere realizado; no obstante que era la oportunidad para que dicho servidor pudiera ejercer en la propia sede administrativa su legítimo derecho de defensa garantizado por la Constitución Política de la República, tanto más que en el caso del demandante, el no era un servidor de libre nombramiento y remoción, porque no se hallaba dentro de los enumerados en el artículo 92 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.- “Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento” preceptúa el numeral 10 del artículo 24 de la Constitución Política del Estado vigente a esa fecha. El desconocimiento de este derecho y la violación de la garantía constitucional que él consagra colocan a una persona en estado de indefensión, que se dará siempre que una persona no haya podido defender sus derechos conforme a las leyes que rigen su ejercicio, lo cual además, contraría con los preceptos contenidos en los artículos 6 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 que dice: Art. 6: “ Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; y, Art. 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que</p>
--	---

	<p>violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”, la omisión e incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley, colocan al acto administrativo en la condición de nulo. Por las consideraciones que anteceden, y sin que sea necesario otro análisis ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa parcialmente la sentencia dictada el 29 de agosto de 2006, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo. Con fundamento a lo expuesto en el considerando SEXTO de esta resolución y del segundo inciso del artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se dispone el reintegro del señor Darwin Efrén Lucas Paredes al cargo de Oficinista 2 del Departamento de Educación y Cultura de la Municipalidad del Cantón Montecristi y el pago de las remuneraciones que tiene derecho desde que fue separado de su cargo, hasta su reintegro a él u otro similar. Notifíquese, publíquese y devuélvase.</p>
REFERENCIAS:	0010-2009
RESOLUCIÓN No.:	0010-2009

FICHA DE PROCESAMIENTO	
DEPJUR	
ÁREA: PENAL	
REGISTRO ADMINISTRATIVO	
RESOLUCIÓN No.:	0008-2009-1SP
JUICIO No.:	0166-2009
PROCEDENCIA:	Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia
FECHA DE LA RESOLUCIÓN:	19 de Enero de 2009
TIPO DE RESOLUCIÓN:	Auto
TIPO DE JUICIO (TRÁMITE):	Acción Pública.
ASUNTO:	Peculado
ACTORES(S) / AGRAVIADO(S):	COMISIÓN ANTICORRUPCIÓN
DEMANDADO(S) / PROCESADO(S):	VELIZ VELIZ EDUARDO / ALMEIDA DELGADO JOSÉ / YAPUR FREDDY / SAUD GALINDO MICHAEL / GARCÍA HÉCTOR / BUCARAM SANTIAGO / ROSERO SANTACRUZ CÉSAR / CÁRDENAS AGUAS RENÉ GUILLERMO
DECISIÓN:	Prescripción de la acción y de la pena
TEMA PRINCIPAL: (Restrictor)	1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA (1)
JURISPRUDENCIA: (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	1. En los delitos de acción pública prescribe la acción: 1.- En caso que no se haya iniciado el enjuiciamiento: a) si el delito es reprimido con reclusión en diez años b) si el delito es reprimido con reclusión mayor especial en quince años c) si el delito es reprimido con prisión en cinco años 2.- Si se ha iniciado el enjuiciamiento: La acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso.
OTROS TEMAS TRATADOS: (Obiter Dicta - Criterios Complementarios)	1. FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO PENAL EN EL PERÍODO DE TRANSICIÓN (2) 2. APLICACIÓN DE LA LEY VIGENTE COMO

	<u>GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO (3)</u>
SECRETARIA RELATORA (DIRECTORA E.):	Dra. Lucía Toledo
RESPONSABLE:	Dra. Carmen Romero
AYUDANTE JUDICIAL TRES:	Dra. Carmen Romero
FECHA DE PROCESAMIENTO:	09 de Febrero de 2011

OBITER DICTA – CRITERIOS COMPLEMENTARIOS	
DESCRIPTORES:	TEMPORALIDAD DE LA LEY / DEBIDO PROCESO
TÍTULO / RESTRUCTOR:	<u>APLICACIÓN DE LA LEY VIGENTE COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO</u>
ABSTRACT / RESUMEN:	El artículo 76 de la Constitución de la República establece las garantías básicas del debido proceso, y entre ellas, la garantía de que toda persona debe ser juzgada de conformidad con la ley vigente al tiempo de la comisión de la infracción.
EXTRACTO:	“(…) FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS.- El ejercicio del poder punitivo estatal tiene límites temporales, que deben ser celosamente respetados para consolidar la vigencia plena del Estado constitucional de derecho y justicia social democrática consagrado en el Art. 1 de la Constitución de la Republica del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, que reconoce como uno de los derechos civiles el derecho a la seguridad jurídica y trata in extenso los principios rectores y las garantías del debido proceso en su Art. 76, cuyo numeral 3 garantiza el derecho de toda persona para ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente al tiempo de los hechos, vale decir, de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la comisión del delito. En el caso presente, debe entenderse de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la comisión del delito de cohecho. De manera que, si una ley vigente al tiempo de la comisión de un hecho delictivo, tiene un límite de validez temporal para la persecución de la acción, vencido el cual opera la prescripción o renuncia obligatoria del Estado al ejercicio de la

	acción penal, y del poder punitivo que surge de la misma; esta garantía constitucional es de forzoso y obligatorio cumplimiento. (...)"
RESOLUCIÓN No.:	0008-2009-1SP

ANEXO 3

**REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS
ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Año III-Quito, viernes 18 de octubre del 2002 No. 686

Administración del Sr. Dr. Gustavo Noboa Bejarano

Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DR. JOSÉ A. MOREJÓN MARTÍNEZ

DIRECTOR

No. 3179

Gustavo Noboa Bejarano

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

Considerando:

Que el Ecuador es un Estado social de derecho cuyas instituciones, organismos y dependencias fichen la obligación de someterse en sus actuaciones al principio de legalidad que consagra el artículo 119 de la Constitución Política de la República;

Que no obstante el principio de legalidad, es evidente que la determinación legislativa de la totalidad de la actividad administrativa aparece como una utopía que debe ser dejada de lado en la medida que existan elementos operativos de racionalización del poder, en el entendido de que un margen de discrecionalidad es inevitable en el diseño de la actividad administrativa del Estado;

Que la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que, puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el

marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, aparte de racional como razonable;

Que en todo acto concurren elementos reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales puros, por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano;

Que el sometimiento de la actividad administrativa al derecho, hace que las potestades discrecionales puedan ser controladas a través de un conjunto de técnicas a la luz de los principios generales del derecho, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en un fallo reciente;

Que la propuesta de la Cámara de Comercio de Quito de eliminar la discrecionalidad a través de reemplazar la expresión “podrá” por “deberá” en las normas que la contienen, no soluciona el problema de la arbitrariedad en la expedición de actos administrativos, no siendo en consecuencia una propuesta técnicamente aceptable;

Que la Comisión Jurídica de Depuración Normativa ha recomendado la expedición de este decreto; y. En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 171, numeral 9 de la Constitución Política de la República,

Decreta:

EXPEDIR EL REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Art. 1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.- Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán a todo acto administrativo que emane de la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva.

Art. 2.- DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.- La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse

en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.

Art. 3.- DEL CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.- De forma previa a la expedición de los actos administrativos, los funcionarios cuidarán que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.

Art. 4.- DE LA MOTIVACIÓN.- Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo es indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.

Art. 5.- ADJUDICACIONES DE CONTRATOS.- En los actos de adjudicación de contratos no basta con la adjudicación sin más, es necesario que la administración valore íntegramente el contenido de las ofertas y del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión. El control de la discrecionalidad permitirá determinar si la administración hizo un conector uso de sus potestades, la discrecionalidad reglada se ha de ejercer ponderada y racionalmente, debiendo decidir sin sobrepasar el ámbito de la legalidad.

Art. 6.- INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.- El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas.

Art. 7.- DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.- La administración se encuentra facultada para determinar los medios técnicos que empleará en la ejecución o implementación de obras o servicios públicos, sin que pueda desconocer las exigencias técnicas necesarias para que las obras o servicios presten un adecuado y eficiente servicio a la colectividad.

La discrecionalidad técnica no debe implicar arbitrariedad, sino que es un supuesto especial de discrecionalidad reglada caracterizado por la presencia de un criterio económico, técnico o social permitido por la ley o norma aplicable. Es decir, consiste en la facultad de apreciar y exteriorizar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas igualmente válidas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos, técnicos o sociales.

Art. 8.- DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INTERPRETADOS.- Frente a los conceptos jurídicos indeterminados tales como bien público, interés público, oferta más conveniente. etc., la administración buscará su concreción a cada situación particular en función de los aspectos inequívocos que rodean cada circunstancia, procurando encontrar una única solución justa, aplicable al caso en concreto, en el marco de la potestad y competencia de la administración

Art. 9.- DEL PROCEDIMIENTO NORMATIVO.- La actuación de la administración debe respetar el procedimiento normativo establecido como

previo a la emisión del acto, valorando las alternativas posibles, la relación costo-beneficio que suponen cada una de esas alternativas, no solamente desde el punto de vista económico, sino frente a efectos que pueden merecer otra valoración principal, como el impacto ecológico, cuestiones relativas a la seguridad y defensa, políticas demográficas, etc. La decisión debe ser, en consecuencia, ponderada.

Art. 10.- FINALIDAD.- El acto discrecional debe ser cierto y jurídicamente posible, debiendo tender a la finalidad prevista en las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto el elemento finalidad adquiere su principal importancia en la valoración del acto discrecional

Art. 11.- PROPORCIONALIDAD.- Las medidas que el acto discrecionalidad involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida.

Art. 12.- RAZONABILIDAD.- El control de la actividad discrecional debe confirmar, finalmente, si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en este reglamento y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable.

Art. 13. - VIGENCIA.- El presente reglamento entrará en vigencia inmediatamente después de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, en el Palacio Nacional, a 10 de octubre del 2002.

f) Gustavo Noboa Bejarano. Presidente Constitucional de la República.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.

f) Marcelo Santos Vera, Secretario General de la Administración Pública

ANEXO 4

JURISPRUDENCIA.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.



FICHA DE PROCESAMIENTO	
DEPJUR	
ÁREA: CIVIL Y MERCANTIL	
REGISTRO ADMINISTRATIVO	
RESOLUCIÓN No.:	0046-2009
JUICIO No.:	0049-2006
PROCEDENCIA:	Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia
FECHA DE LA RESOLUCIÓN:	02 de Marzo de 2009
TIPO DE RESOLUCIÓN:	Sentencia
TIPO DE JUICIO (TRÁMITE):	Verbal Sumario.
ASUNTO:	Terminación de Contrato de Arrendamiento
ACTORES(S) / AGRAVIADO(S):	FLORES DONOSO ELÍAS (FLORES HEREDIA ALFONSO procurador judicial)
DEMANDADO(S) / PROCESADO(S):	NAVAS VARGAS SANDRA JANETH (Recurso: Casación)
DECISIÓN:	No casa la sentencia
JUEZ PONENTE:	Dr. Ramírez Romero Carlos
TEMA PRINCIPAL: (Restrictor)	<ol style="list-style-type: none">1. EXCEPCIÓN NO ALEGADA ES CUESTIÓN NUEVA EN CASACIÓN (1)2. TERMINACIÓN DE CONTRATO ARRENDAMIENTO CON PLAZO RENOVADO (2)3. DEFINICIÓN DE LA REFORMA DE LA DEMANDA (3)4. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 849 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (4)5. FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 47 DE LA LEY DE INQUILINATO (5)6. APLICACIÓN INDEBIDA DE LOS PRINCIPIOS DE ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA

	<u>JUDICIAL EFECTIVA (6)</u>
JURISPRUDENCIA: (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Las alegaciones que no han sido materia de excepción a la demanda, ni del debate litigioso, jurídicamente es imposible que fuesen objeto de consideración en la sentencia y por tanto constituyen cuestiones en casación, recurso en el que no es procedente hacer una nueva y distinta valoración de la prueba que obra de los autos; lo cual es una facultad privativa de los jueces de instancia. 2. Acorde con el Art. 33 de la Ley de Inquilinato, transcurrido el plazo de renovación del contrato “cualquiera de las partes podrá darlo por terminado mediante el desahucio respectivo”. 3. El hecho de que en el término de prueba se presentó el primer contrato de arrendamiento entre las partes diferente del que se presentó en el trámite de desahucio, no implica reformar la demanda; pues, según la doctrina y la jurisprudencia la reforma de demanda implica cambiar la acción, reemplazarla por otra diversa; en tanto que reformarla es mudar en ella lo accesorio conservando lo esencial, lo que supone un vicio “in procedendo” que debe acusarse con sustento en la causal segunda. 4. La violación del artículo 849 del Código de Procedimiento civil que trata de la reforma de la demanda en el juicio verbal sumario, supone un vicio “in procedendo” que debe acusarse con sustento en la causal segunda y no en la primera. 5. La no aplicación del Art. 47 de la Ley de Inquilinato, no se trata de un vicio “in iudicando” que pueda formularse por la causal primera. 6. La aplicación indebida del precepto constitucional establecido en el numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador (1998) que establece el acceso a los órganos judiciales y la tutela judicial efectiva, es un vicio que configura la causal segunda de la Ley de Casación, que debe invocarse expresamente por el casacionista.
OTROS TEMAS TRATADOS: (Obiter Dicta - Criterios Complementarios)	<ol style="list-style-type: none"> 1. FUNDAMENTACIÓN ADECUADA DE LA CAUSAL TERCERA (7) 2. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DEL DESAHUCIO (8)

	<p>3. REQUISITOS DE LA CAUSAL PRIMERA DE LA LEY DE CASACIÓN (9)</p> <p>4. APLICACIÓN INDEBIDA (10)</p> <p>5. FALTA DE APLICACIÓN (11)</p> <p>6. ERRÓNEA INTERPRETACIÓN (12)</p> <p>7. TÉRMINO PARA SOLICITAR CONFESIÓN JUDICIAL EN EL JUICIO VERBAL SUMARIO (13)</p> <p>8. CONFESIÓN JUDICIAL AL MANDATARIO O PROCURADOR (14)</p>
SECRETARIA RELATORA (DIRECTORA E.):	Dra. Lucía Toledo
RESPONSABLE:	Dr. Pablo Vaca Acosta
AYUDANTE JUDICIAL TRES:	Dr. Pablo Vaca Acosta
FECHA DE PROCESAMIENTO:	03 de Marzo de 2011

RATIO DECIDENDI – RAZÓN DE LA DECISIÓN	
ÁMBITO JURÍDICO: (Descriptores)	DERECHO PROCESAL CIVIL / RECURSO DE CASACIÓN / VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
TEMA PRINCIPAL: (Restrictor)	<u>APLICACIÓN INDEBIDA DE LOS PRINCIPIOS DE ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA</u>
HECHOS:	La demandada interpone recurso de casación y alega la aplicación indebida del precepto constitucional establecido en el numeral 17 del Art. 24 de la anterior Constitución Política del Ecuador, que establece el acceso a los órganos judiciales y la tutela judicial efectiva, aduciendo que al no permitírsele la práctica de las confesiones a los mandatarios del arrendador, “mal interpretando los Arts. 130 y 852 del Código de Procedimiento Civil” (126 y 837, actuales, en su orden), se la dejó en indefensión.
JURISPRUDENCIA: (Ratio Decidendi - Razón de la Decisión)	La aplicación indebida del precepto constitucional establecido en el numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador (1998) que establece el acceso a los órganos judiciales y la tutela judicial efectiva, es un vicio que configura la causal segunda de la Ley de Casación, que debe invocarse expresamente por el casacionista.

**EXTRACTO DEL
FALLO:**

"VISTOS (...)En lo principal, la demandada Sandra Janeth Navas Vargas interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada el 27 de junio de 2005, a las 15H00, por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito que confirma el fallo del Juez a quo en el juicio de inquilinato que sigue en su contra Elías Flores Donoso.- Por encontrarse el recurso en estado de resolver, la Sala hace al efecto las siguientes consideraciones: (...) SEGUNDA.- La casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios determinados por el Art. 3 de la Ley de Casación: 2.1.- En la causal primera por aplicación indebida del Art. 33 de la Ley de Inquilinato, la no aplicación del Art. 849 del Código de Procedimiento Civil y del Art. 47 de la Ley de Inquilinato; por errónea interpretación de los Arts. 40, 44, 47, 852 y 130 del Código de Procedimiento Civil.- 2.2.- En la causal tercera, por aplicación indebida de los Arts. 117, 118 y 119 del Código de Procedimiento Civil e interpretación errónea del Art. 120 del mismo Código.- 2.3.- Alega también la aplicación indebida del precepto constitucional establecido en el numeral 17 del Art. 24 de la anterior Constitución Política del Ecuador.- (...)QUINTA.- La casacionista alega la aplicación indebida del precepto constitucional establecido en el numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política del Ecuador (1998) que establece el derecho de toda persona a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno pueda quedar en indefensión, aduciendo que al no permitírsele la práctica de las confesiones a los mandatarios del arrendador, "mal interpretando los Arts. 130 y 852 del Código de Procedimiento Civil" (126 y 837, actuales, en su orden), se lo dejó en indefensión.- Si existiera indefensión este vicio configura la segunda causal, que no ha sido invocada ni fundamentada por la casacionista. Por tanto, al no existir casación de oficio, la Sala no puede hacer el control de legalidad que se pide.- Además la Sala advierte que según lo dispuesto en el Art. 130 (actual 126) del Código de Procedimiento Civil, la confesión podrá pedirse "antes de fenecer el término de pronunciar sentencia o auto definitivo"; y, en el juicio verbal sumario, el ex Art. 852 (actual 837) del mismo Código dispone que el juez dictará sentencia dentro

	<p>de cinco días después de concluido el término de prueba.- De lo expuesto se desprende que la ley no establece que la confesión pueda pedirse hasta antes de dictar sentencia, sino “antes de vencerse el término de pronunciar sentencia”, término que lo fija la Ley. Respecto de la pertinencia de solicitar confesión judicial al mandatario o procurador la jurisprudencia dice: “Según el Art. 126 del Código de Procedimiento Civil, la confesión judicial es la declaración o el reconocimiento que hace una persona contra sí misma de la verdad de un hecho, o la existencia de un derecho. En el presente juicio, el confesante no hace un reconocimiento de la verdad de un hecho, o de la existencia de un derecho propio, sino de hechos de una tercera persona, de quien, si en verdad es su representante, no estaba facultado para confesar ni tenía poder especial para ello, tal como se lo requiere en derecho.” (Gaceta Judicial. Año XCII. Serie XV. No. 14. Pág. 4232). Por las consideraciones expuestas, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Quito. Intervenga el Dr. Carlos Rodríguez García, en su calidad de Secretario Relator de la Sala.- Notifíquese.- Devuélvase.”</p>
RESOLUCIÓN No.:	0046-2009