

Universidad de las Américas

Facultad de Ciencias Jurídicas

“El Control de los Actos Políticos”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos

Para obtener el título de Doctora en Derecho

Dr. Rómulo García Sosa

Karina Angelica Ruilova Vidal 100134 561

2005

Yo, Rómulo García Sosa, en mi calidad de profesor guía del trabajo de titulación denominado "El Control de los Actos Políticos" declaro por medio de la presente que el trabajo en mención, fue elaborado por la señorita Karina Ruilova Vidal bajo mi orientación y guía.

Atentamente,



Dr. Rómulo García Sosa

Profesor Guía

Agradecimientos

Dr. Rómulo García Sosa

Dr. Edgar Neira Orellana

Dr. Juan Manuel Marchan Maldonado

Dr. Marcelo Garrido Villagómez

El sistema legal ecuatoriano aún no da importancia suficiente a las instituciones del Derecho Administrativo, prueba de ello, es que ninguna ley ha regulado conceptos que permitan diferenciar al “acto administrativo” del “acto político”. En nuestra legislación, tanto el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como la Ley de Control Constitucional definen al “acto administrativo”, pero no lo hacen respecto al acto político.

La importancia de esta investigación académica radica en definir al “acto político”, diferenciarlo del “acto administrativo” y principalmente establecer qué tipo de control puede ser ejercido sobre los “actos políticos” para dar cumplida realización a los ideales de un Estado de Derecho como es el Ecuador.

El “acto político”, considerado por varios tratadistas como aquel que proviene del poder gubernativo, debe sujetarse a los límites del orden constitucional. En definitiva es necesario profundizar en la naturaleza del “acto político” y determinar cómo estos actos pueden cumplir sus fines específicos sin afectar el valor de la seguridad jurídica.

Dentro de los métodos a utilizarse para cumplir con los propósitos enunciados, se partirá del análisis general de los actos administrativos y políticos, sus definiciones, características, semejanzas y elementos diferenciadores, para poder elaborar las conclusiones y recomendaciones. El método a utilizarse será el deductivo. Se utilizará de igual manera en método exegético y dogmático.

INTRODUCCIÓN.....	1
1. CAPITULO I.....	8
1.1. Los actos políticos en la legislación ecuatoriana.....	8
1.1.1. Origen de los actos políticos.....	8
1.1.2. Definiciones.....	14
1.1.3. Características:.....	22
1.1.3.1. Características de los actos administrativos:.....	22
1.1.3.2. Características de los actos políticos:.....	23
1.1.4. Semejanzas entre "acto administrativo" y el "acto político":.....	26
1.1.5. Elementos Diferenciadores:.....	26
2. CAPITULO II.....	30
2.1. El control constitucional de los actos administrativos y de los actos políticos.....	30
2.1.1. La ley de Control Constitucional.....	30
2.1.2. Tribunal Constitucional.....	33
2.2. Acciones.....	40
2.2.1. Inconstitucionalidad de los actos administrativos y los actos políticos 40	
2.2.1.1. Inconstitucionalidad de los actos administrativos:.....	40
2.2.1.2. Inconstitucionalidad de actos políticos:.....	47

2.2.2. Amparo:	55
2.2.3. Habeas Data	69
3. CAPÍTULO III	73
3.1. Control de legalidad de los actos administrativos y políticos. .	73
3.1.1. Legalidad de los actos:	73
3.1.2. Control de legalidad de los actos políticos.	85
4. CAPÍTULO IV	95
4.1. Control político de los actos administrativos y de los actos políticos.	95
4.1.1. ¿Cabe el control político de los actos administrativos y de los actos políticos? y ¿En qué condiciones?.....	95
5. CAPÍTULO V	108
5.1. Conclusiones y recomendaciones.....	108
6. BIBLIOGRAFIA	118
6.1. Doctrina.....	118
6.2. Paginas Web	123

6.3. Legislación 123

6.4. Jurisprudencia y casos prácticos 124

Introducción

Breve análisis del Estado de Derecho

Las ideas que le han dado forma al Estado de Derecho datan de la modernidad y contemporaneidad, entre ellas encontramos el deslinde del derecho y la moral, la separación del Estado y la sociedad, la igualdad entre los hombres, la soberanía popular, la neutralidad estatal, entre otras. La idea del Estado de Derecho se desarrolló con este nombre durante el siglo XIX, con un gran aporte por parte de las conquistas políticas de siglos anteriores, en donde encontramos un ejemplo muy claro, que es la Revolución Francesa, con aportes al Estado de derecho que consistieron en el principio determinado en el artículo XVI de la Declaración de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano que determina que la sociedad en que la garantía de los derechos no esta asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución. Este principio establece la garantía de los derechos humanos y la división de poderes, con la finalidad de que la concentración de poder no se derive en la violación de derechos. Podemos concluir que en la etapa primaria del Estado de Derecho el objetivo fundamental era la limitación de los poderes absolutos de la corona, de forma que se asegurara un mínimo de libertades ciudadanas.¹

¹ **Diego Pérez Ordóñez.** *Sobre el Estado de Derecho.* Revista Juris Dictio de la Universidad San Francisco de Quito. Paginas de la 88-97.

A pesar de lo dicho con anterioridad, los alemanes se atribuyen el invento del Estado de Derecho y determinan como antecedente la teoría kantiana del Estado racional e ilustrado, ya que Kant consideraba al Estado de Derecho como una unión de los hombres bajo las leyes, en donde ley la definía como la expresión de la voluntad de las partes. Los alemanes consideran que la primera vez que se utilizó la expresión Estado de Derecho fue en el año de 1813 de la parte de Carl Th. Welcker, quien vio en el Estado de Derecho una nueva especie de Estado, un Estado de razón y entendimiento en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general.² Para concluir el pensamiento de los alemanes es necesario indicar que en la mitad del siglo XIX gran parte de los estados alemanes adoptaron documentos constitucionales contentivos de los principales rasgos del Estado de Derecho, dentro de los cuales se encuentran principios como el reconocimiento y garantía de las libertades civiles y el principio de la igualdad e independencia judicial.

El Estado de Derecho reposa en el principio de que la organización jurídica y política de la sociedad debe contar con un sistema que divida el poder y que asigne constitucional y legalmente potestades y competencias, de esta manera, se evita que el poder estatal se desborde, por estar concentrado en pocas manos, y que resulte en la violación de los derechos y libertades de sus asociados. Se traduce la división de poderes en que la autoridad pública, dentro de la organización estatal, se divide en tres, el poder legislativo, el poder

² **Bockenforde, Ernst Wolfgang**, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, Trotta, -2000, páginas 17-46.

ejecutivo y el poder judicial, en donde cada uno de ellos tiene objetivos diferentes. De acuerdo con la publicación del doctor Diego Pérez Ordóñez, la división de poderes tiene un fin administrativo y otro garantista. Administrativo porque sería en la práctica imposible que el Estado marche relativamente correctamente con el poder político instalado en una sola persona o institución. Y garantista porque la desconcentración y repartición del poder persigue que el estado no pisotee los derechos. Podríamos entonces decir que la división de poderes, busca una división equilibrada del poder político, donde no se trata principalmente de dividir el poder sino de distribuirlo entre las funciones. No podemos concluir la división de poderes sin antes nombrar a Montesquieu, quien a través de su obra titulada *El espíritu de las leyes* publicada en 1748, ideó un sistema en el que el ser humano puede ser libre a través de la distribución de poderes, buscando la armonía entre los poderes, mediante la atribución conjunta e indivisa del poder a tres órganos, la co-soberanía de tres fuerzas políticas y también de tres fuerzas sociales: rey, pueblo y aristocracia. El poder, por tanto, debe ser distribuido y equilibrado para impedir la concentración en una sola mano, con una efectiva reparación entre los poderes cuyo objetivo primordial sería el de preservar la libertad por medio de la contención de los poderes.

A pesar de que lo trataremos con mayor detenimiento en el capítulo II de este trabajo investigativo, es necesario que tratemos acerca de la jurisdicción y control constitucional. La jurisdicción constitucional debe ayudar al Estado a cumplir con sus fines de libertad, igualdad, solidaridad y justicia, su objetivo no

debe ser únicamente controlar, sino controlar para que el Estado de Derecho pueda desarrollarse. Lo que quiero decir es que para la vigencia del Estado de Derecho es fundamental la existencia de control, y por lo tanto de la jurisdicción constitucional, porque supone la defensa de los derechos de los individuos frente al poder estatal y la garantía constitucional de las actuaciones públicas. El control constitucional por tanto, contribuye a la legitimidad de los actos de poder y a la defensa de la voluntad soberana de los integrantes del Estado frente a las arbitrariedades de sus mandatarios y autoridades.³

Es vital para la eficacia del Estado de Derecho que las actuaciones del poder público estén sujetas al ordenamiento jurídico. Las autoridades solamente pueden hacer o dejar de hacer algo cuando la ley les ha dado una competencia determinada. El origen de esta competencia es la ley y no la voluntad de la autoridad en particular. Es decir, que las autoridades han sido limitadas a través del principio de legalidad, tema que lo trataremos en el capítulo III de este trabajo.

Es de importancia también el nombrar la seguridad jurídica que de una manera simple se traduce en la certeza de que la ley será siempre aplicada en igual sentido, en situaciones iguales, en otras palabras la seguridad de la aplicación objetiva de la ley.

El Estado de Derecho en el Ecuador:

³ **Diego Pérez Ordóñez.** *Sobre el Estado de Derecho.* Revista Juris Dictio de la Universidad San Francisco de Quito. Páginas de la 88-97.

En el Ecuador, el presidente Sixto Durán Ballén conformó una comisión para preparar un proyecto de reforma integral de la constitución de 1978, que fue posteriormente discutida por el Congreso sin llegar a aprobarla en su totalidad. Así que se consideró la posibilidad de llamar a una Asamblea Constituyente para aprobar el nuevo texto de la norma suprema, que constituyó un tema polémico, razón por la cual se tuvo que llamar a una consulta popular, que dio origen a la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea sesionó por varios meses y aprobó una nueva Carta Constitucional que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998 y que se encuentra vigente en la actualidad.⁴ La Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 1 define:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en la Constitución.

El estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.

La bandera, el escudo y el himno establecido por la ley, son los símbolos de la patria.

⁴ **Juan Larrea Holguin**, Manual de Derecho Constitucional. *La Constitución de 1998*. Segunda Edición actualizada. Volumen I, año 2000. Páginas 26 y 27.

De esta larga definición, nos interesa la parte pertinente a que el Ecuador es un *Estado social de derecho*. Se entiende como Estado social de derecho, aquel Estado que tiene la obligación constitucional y legal de dar satisfacción universal a su población en el goce de los derechos sociales, de respetar las garantías constitucionales y legales de las libertades democráticas y de la seguridad jurídica en general.⁵

En conclusión, para que podamos hablar de Estado de Derecho no basta con que exista un Estado y exista un derecho, tampoco es suficiente de que el Estado se rija por normas jurídicas. Se lo puede definir mejor al Estado de Derecho como una organización jurídico política de la sociedad regida por el derecho.

El Estado de Derecho es un estado sometido al imperio del derecho. La actividad estatal esta regulada y controlada por una Constitución y por un ordenamiento jurídico definido de antemano. El derecho que norma este tipo de estado es producto de la voluntad general. En el caso hipotético de que no se tome en cuenta la voluntad de la población se corre el riesgo de convertirse en un estado totalitario o, por lo menos, autoritario.

Es de importancia entonces en un Estado Derecho determinar una Constitución y un ordenamiento jurídico que pueda regular las actuaciones del Estado y sus

⁵ www.cut.org.co. Gran Coalición democrática. Seminario Nacional de construcción programática. Defensa de los Estados de Derecho. Bogota 4-5 de marzo de 2005.

administrados. Lamentablemente en el Ecuador no se ha definido con claridad al acto político, trayendo como consecuencia una confusión con el acto administrativo. Pero no nos adelantemos realizando definiciones apresuradas que se darán poco a poco en el desarrollo de este trabajo investigativo.

1. CAPITULO I

1.1. Los actos políticos en la legislación ecuatoriana

1.1.1. Origen de los actos políticos

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés, elaboró a partir del año de 1815 una doctrina, sobre los llamados "Actos Políticos". Su antecedente fue la presión de los Borbones quienes consideraban que todas las decisiones del poder político eran legítimas. Los actos políticos eran considerados inmunes a todo control de legalidad, sea que este control provenga de la justicia administrativa o de la justicia ordinaria. Este planteamiento entraba en colisión con los principios de la Revolución Francesa que defendía la legalidad como fundamento constitutivo de la administración.

Después de la caída del Emperador Bonaparte, el Consejo de Estado de Francia estatuyó por la vía jurisprudencial que existía una clase de actos que quedaban excluidos del conocimiento del Consejo. El Consejo de Estado negaba su competencia para conocer y resolver sobre los actos políticos, creando así un vacío que afectaba el control jurisdiccional.⁶ La época en la que

⁶ **Penagos, Gustavo.** Los Actos Políticos. *Origen de los Actos Políticos.* Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985. Pagina 15

se evidencia que el Consejo de Estado se negaba a conocer un acto administrativo por considerarlo político, se lo puede dividir en lo que los autores denominan "teoría del móvil" que surgió en la segunda mitad del siglo XIX, teoría según la cual un acto administrativo se convierte en político por el fin que se propone su autor. A partir de 1872 se introdujo la "teoría de la naturaleza intrínseca del acto" que sostiene que existen criterios importantes que permiten diferenciar la función administrativa de la que provienen los actos administrativos y la función de gobierno que da origen a los actos políticos.⁷

Uno de los casos más famosos que fue llevado al conocimiento del Consejo de Estado francés fue promovido por el Príncipe José Bonaparte quien demandó la anulación de la decisión del gobierno en virtud de la cual se le había privado del título de General de División otorgado por el Emperador. El Consejo de Estado en este caso rechazó la tesis del gobierno quien sostenía que se trataba de un acto político, no sometido al control jurisdiccional. El Comisario de Gobierno fue quien debatió las apreciaciones políticas del Consejo de Estado, y sostuvo en esta ocasión que la jurisprudencia del Consejo de Estado había admitido como principio que los actos políticos no dan lugar a ningún recurso contencioso, aún cuando dichos actos se refieran a derechos individuales. Pero si los actos calificados como "políticos", confieren o niegan un derecho particular, y son por naturaleza discrecionales, la esfera jurídica a la cual pertenecen no puede ser calificada en forma arbitraria por el gobernante,

⁷ **Penagos, Gustavo.** Los Actos Políticos. *La doctrina de los actos políticos es francesa y jurisprudencial.* Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985. Pagina 54 y 55.

sino que está subordinado a la ley, en interés no solo del Estado, sino de los ciudadanos.

Respecto de la casuística sobre el origen de los actos políticos, existe el caso de un estudiante llamado Barrel a quién se le había excluido del concurso para ingresar a la función pública por profesar determinadas ideas políticas diferentes a las del gobierno. El Consejo de Estado mediante resolución de 28 de mayo de 1954 rechazó la decisión del gobierno, anulando el acto y restableciendo el derecho, por considerar que no se trataba de un "acto político", ya que se confería de un derecho individual.

Para concluir con la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia en materia de actos políticos y estudiar su influencia en otros países, es necesario, destacar que se consideraran actos políticos según ese mismo Consejo:

Los concernientes a las relaciones del gobierno con el parlamento.

Los referentes a las relaciones internacionales.

De acuerdo con el autor Gustavo Penagos existe influencia de la jurisprudencia francesa en varios países, entre ellos España, Estados Unidos de Norteamérica, Venezuela, Argentina, Colombia.⁸ En su análisis referente a la influencia de la jurisprudencia francesa en España, cita a Eduardo García de

⁸ **Penagos, Gustavo.** Los Actos Políticos. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985. Páginas 17-22.

Enterría quien opina que la doctrina de los actos políticos también fue planteada por el Tribunal Supremo de España, como se observa de varias sentencias como las de 18 de junio de 1959, 10 de noviembre de 1959, 23 de marzo de 1960 y 25 de abril de 1961. Según García de Enterría no existe principio jurídico que justifique que el acto político sea inmune al control.

En los Estados Unidos de América la Corte Suprema de Justicia reconoce a los actos políticos siempre y cuando hayan sido decididos por otro órgano de gobierno y éste haya tomado su decisión en ejercicio de funciones políticas. Esto quiere decir que la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de asuntos de gobierno, sus decisiones son conciliables con los de los otros órganos, ya que de esta manera se evita que existan contradicciones en las decisiones de diferentes órganos. Un ejemplo muy claro es que un país extranjero podría ser considerado en paz con los Estados Unidos, mientras el otro órgano (judicial) podría considerarlo en estado de guerra. Como se puede observar la Corte Suprema no ha establecido una teoría general de los actos políticos, lo que ha procedido a realizar es un análisis de cada caso de manera particular.⁹

De acuerdo con el Profesor Brewer Carías la Corte Suprema de Venezuela ha determinado que existen actos estatales no susceptibles de control constitucional, en los cuales el poder público no está sometido al control de la jurisdicción constitucional. Una crítica es realizada por el Profesor Brewer, que

⁹ **Ghigliani Alejandro**. Control Jurisdiccional de Constitucionalidad. Editorial Depalma, 1952, página 88 y siguientes.

consiste en que el sistema de control jurisdiccional venezolano no admite fisuras, por lo tanto, sea por la vía de acción directa, por la contenciosa o por los recursos judiciales, la constitución no admite que existan actos carentes de control. Aparece un pronunciamiento a este respecto, en una sentencia de 15 de marzo de 1962.¹⁰

El tratadista argentino Roberto Dromi en su obra "Instituciones de Derecho Administrativo" sostiene que debemos distinguir entre "actos políticos" y "actos institucionales". "Dentro de la actividad de los órganos legislativo y ejecutivo, hay actos superiores de dirección y de iniciativa, que reflejan una especial y primordial intensidad del poder estatal e integran la función política diversa de la función administrativa."¹¹ De acuerdo con Dromi los actos políticos aparecieron de la doctrina francesa y norteamericana. Dromi considera como ejemplos de actos políticos a los siguientes:

- La declaración de estado de sitio.
- Intervención federal.
- Tratados Internacionales.
- Nombramiento y remoción de ciertos funcionarios.
- Relaciones entre órganos ejecutivo y legislativo.

¹⁰ **Brewer-Carias, Allan R.** *El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales.* Colección de Estudios Jurídicos, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1977, Páginas 108 a 114.

¹¹ **Dromi, José Roberto.** *Instituciones de Derecho Administrativo.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, páginas 118 a 120.

Por otro lado el profesor Agustín Gordillo, tratando también del caso de la República de Argentina considera que los actos políticos inmunes al control constitucional conducen al totalitarismo y a regímenes despóticos, dice también que " El Juez debe decidir, sin que ello signifique intervención en política".¹²

El Consejo de Estado de Colombia, en varios pronunciamientos se ha declarado incompetente para juzgar "actos políticos", ya que su antiguo Código Contencioso Administrativo no le autorizaba a enjuiciar estos actos. Un caso célebre a este respecto fue el acto del 28 de enero de 1976 relativo al archipiélago de Los Monjes, en donde la Cancillería de Colombia reconoció la soberanía de Venezuela sobre el archipiélago, pero el Consejo de Estado se declaró incompetente para pronunciarse sobre este acto del Gobierno Nacional cuyo contenido resultaba más político que administrativo. En la actualidad el Código Contencioso Administrativo determina que su jurisdicción contenciosa administrativa podrá juzgar, inclusive las controversias que se originen en los actos políticos.

En el año 1914 la Corte Suprema de Justicia de Colombia por primera vez declaró su incompetencia para conocer las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales, al abstenerse de conocer sobre la constitucionalidad de la Ley 14 aprobatoria del Tratado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, relacionado con el tratado bilateral de extradición entre los dos países.

¹² **Penagos, Gustavo.** Los Actos Políticos. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985. Página 20.

1.1.2. Definiciones

Para definir el acto administrativo debemos distinguir primeramente desde el punto de vista material y del punto de vista formal. En el sentido material se considera como acto administrativo a toda manifestación de voluntad de un órgano del Estado, sea este administrativo, legislativo o judicial, con tal que la substancia, el contenido del mismo, sea de carácter administrativo. Ejemplo: La aprobación de un presupuesto por parte del legislativo. En el sentido formal se caracteriza al acto administrativo teniendo en cuenta la naturaleza del órgano que emana y, por lo tanto, serán actos administrativos los que emanen de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones. Ejemplo: nombramiento, ascenso o licencia de personal. Se podría decir que el acto administrativo puro (así lo define la enciclopedia OMEBA) es una declaración concreta de voluntad de un órgano de la administración activa en el ejercicio de su potestad administrativa.¹³

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva publicado en el Registro Oficial 733 del 27 de diciembre de 2002, define en su artículo No. 65 al acto administrativo y textualmente dice:

¹³ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Definición de acto administrativo. Bibliografica Ameba. Páginas 327-350.

"Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa."

Por otro lado la Ley de Control Constitucional, determina en su artículo 24 que para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad "*se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final.*"

Cabanellas, define al acto administrativo como la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades publicas. Sostiene este autor que dentro de la división tripartita de los poderes públicos, es el que procede del ejecutivo a diferencia del acto legislativo (ley) y del judicial (resolución, providencia, auto o sentencia),¹⁴ sin que esto pueda significar que las otras funciones expidan actos administrativos.

El Acto administrativo es definido también como aquel realizado en forma general o especial por parte de la autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones, afectando a derechos, deberes o intereses de particulares o entidades publicas.¹⁵

¹⁴ **Guillermo Cabanellas.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Vienteaba edición. Editorial Heliasta S.R.L. Tomo I, pagina 133.

¹⁵ **Anbar, Diccionario Jurídico.** Volumen I. Fondo de Cultura Ecuatoriana 1997. Pagina 132.

Joaquín Escriche define al acto administrativo como las decisiones, providencias o hechos de cualquier autoridad administrativa o agente del gobierno toma o ejecuta en desempeño de sus funciones. Los jueces no deben mezclarse de modo alguno en las operaciones de las autoridades administrativas, ni tomar conocimiento de sus actos, porque los poderes de la administración están separados y son independientes de los tribunales de justicia.¹⁶

Hernan Jaramillo Ordoñez, en su obra *"La actividad Jurídica de la Administración"*, define a los actos administrativos como medios utilizados por la administración para expresar su voluntad con la propiedad de ser ejecutivos por cuanto se ejecuta algo y forman parte de las normas jurídicas de Derecho Público. Los actos administrativos ejecutivos como los llama el doctor Jaramillo se distinguen de los actos legislativos por cuanto estos se concretan a expedir, reformar, derogar e interpretar las Leyes de la República; y se diferencian de los actos judiciales ya que estos sirven para aplicar las leyes por medio de decretos, autos y sentencias con la finalidad de hacer prevalecer la justicia.¹⁷

Los actos administrativos tienen lugar cuando la administración pública decide, mediante resoluciones de carácter particular, sobre algún derecho o interés de los administrados. El acto administrativo es pues, de acuerdo con Mario

¹⁶ **Escriche, Joaquín.** Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Temis, Bogotá 1977. Pagina 153.

¹⁷ **Jaramillo Ordoñez, Hernan.** La Actividad Jurídica de la Administración. Centenario de la Fundación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. 1995.

Cichero, un acto jurídico ya que se relaciona con la finalidad de que se produzcan efectos jurídicos.

Solón Wilches Martínez expresa que el acto administrativo es un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario de la administración; por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta positiva o negativamente a los derechos administrativos de las personas naturales o colectivas.

Los actos administrativos son los que emite la administración pública en su calidad de sujeto de derecho público, como manifestación de su voluntad.¹⁸ Gordillo, por su parte define al acto administrativo como una declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

Puede definirse al acto administrativo como un acto jurídico realizado por la administración con arreglo al derecho administrativo. De acuerdo al estudioso Entrena Cuesta, el acto administrativo se lo puede ver desde dos puntos de vista; desde el punto de vista subjetivo donde el acto administrativo lo realiza la administración y desde el punto de vista objetivo, en donde el acto administrativo se encuentra sometido al derecho administrativo.¹⁹

¹⁸ **Anbar, Diccionario Jurídico.** Volumen 1. Fondo de Cultura Ecuatoriana 1997.

¹⁹ **Entrena Cuesta, Rafael.** Curso de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Quinta Edición. 1974. El Acto Administrativo.

Para terminar con las definiciones otorgadas por varios autores cabe señalar que el autor, Efraín Pérez en un artículo publicado en la revista *Juris Dictio* publicada en el mes de febrero de 2002, en un artículo denominado "La noción de acto administrativo en el derecho público ecuatoriano", quien concluye luego de un profundo análisis que:

Tanto la legislación vigente como la jurisprudencia, así como la mayor parte de los autores ecuatorianos que han tratado sobre el acto administrativo lo consideran como la declaración de un órgano competente que crea, modifica o extingue una situación jurídica individual. No obstante, en algunas ocasiones, se ha extendido la interpretación de acto administrativo para que abarque también a los actos normativos o reglamentarios.²⁰

Del aporte de los autores citados se puede concluir que un importante sector de la doctrina coincide en que el acto administrativo es una declaración de voluntad emanada de autoridad administrativa, la cual toma determinada resolución en el ejercicio de su potestad administrativa, y que su decisión como tal, produce efectos jurídicos para el administrado. Algunos de los autores citados coinciden en que estos actos para ser administrativos deben proceder del poder ejecutivo que ejerce funciones propiamente administrativas, y no del legislativo y del judicial. En mi opinión esta última apreciación no es lo suficientemente precisa pues tanto la Función Judicial como la Función Legislativa expiden actos administrativos.

²⁰ **Pérez, Efraín.** Artículo denominado *La noción de acto administrativo en el Derecho Público Ecuatoriano* publicado en la Revista *Juris Dictio* de la Universidad San Francisco de Quito. Febrero 2002 Año III No. 5. Páginas 76-86.

Por mi parte considero que la definición más clara y precisa es la siguiente:

*Toda declaración de un órgano estatal en el ejercicio de la función materialmente administrativa y característica de un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto.*²¹

Varios autores definen al acto político de las siguientes maneras:

El autor Pablo Pérez Tremps en su obra *Los derechos Fundamentales*, considera que los actos políticos fueron en último término señalados por el Consejo de Estado Francés para excluirlos de todo control sin otro fundamento más que el que puede otorgar de acuerdo con este autor, la arbitrariedad. La doctrina contemporánea de Derecho Administrativo de acuerdo con Pérez Tremps acepta de modo general que los actos políticos no son más que actos administrativos, e incluso legislativos, de contenido político.²²

De acuerdo con Rafael Entrena Cuesta, los actos administrativos no son actos políticos de gobierno, ya que los actos políticos son dictados por el Consejo de

²¹ Notas de la Cátedra de Derecho Administrativo dictada en la Universidad de las Américas por el doctor Rómulo García.

²² **Pablo Pérez Tremps.** *Los derechos fundamentales.* Corporación editora nacional, Quito 2004. Los actos de Gobierno. Páginas 207-209.

Ministros, a quienes considera que no forman parte de la administración.²³ La enciclopedia jurídica OMEBA de igual manera coincide con Entrena Cuesta ya que considera que los actos administrativos no son políticos ya que son dictados por el poder ejecutivo en ejercicio de su potestad política. También considera que el órgano administrativo debe obrar en ejercicio su potestad administrativa que es pública, dando lugar su ejercicio al nacimiento de actos de derecho público, es por ello que quedan excluidos del campo de los actos administrativos, aquellos que resulten de la actividad privada de la administración (los actos políticos).²⁴

De acuerdo con Guillermo Cabanellas el acto político es el proveniente de los gobernantes cuando afecta a los gobernados. Lo define también como el de la iniciativa de los gobernados cuando puede trascender al gobierno. Determina de igual manera que los actos políticos gubernamentales deben ajustarse al bien común, a la utilidad pública y al beneficio nacional.²⁵

Alberto Wray, considera que existen algunos actos que tienen naturaleza eminentemente política, como la elección de autoridades dentro de un cuerpo colegiado. Otros son actos de gobierno en los cuales la autoridad, dentro de un marco de discrecionalidad, define un rumbo, una política: crear o no un nuevo Ministerio, bajar o no el encaje bancario, son actos respecto de cuyo ejercicio

²³ **Entrena Cuesta, Rafael.** Curso de Derecho Administrativo. *El Acto Administrativo*. Editorial Tecnos. Quinta Edición. 1974.

²⁴ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Definición de acto administrativo. Bibliografica Ameba. Páginas 327-350.

²⁵ **Guillermo Cabanellas.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Vienteaba edición. Editorial Heliasta S.R.L. Tomo I, pagina 146.

está reconocida la facultad para determinado órgano o autoridad, pero no determinadas normativamente las condiciones para decidir en uno u otro sentido.²⁶

De acuerdo con Severo Giannini el poder gubernativo tiende a escindirse en dos poderes: un poder gubernativo en sentido restringido y un conjunto de poderes administrativos. Frente a lo cual establece una delimitación radical entre ambos "poderes", puesto que el poder gubernativo actuaría a través de los "actos políticos" cuyas características diferirían de la de los actos "actos administrativos". Efraín Pérez concuerda con este pensamiento al determinar que las políticas públicas estatales se manifiestan jurídicamente a través de los "actos políticos".²⁷

Aunque en este momento de la presente investigación resulte apresurado cualquier definición de "actos políticos", según los autores citados, quedan manifiestas algunas de sus más importantes características: i) que el acto político es de naturaleza política; ii) proviene de los gobernantes en el ejercicio de su actividad política; iii) debe ajustarse al bien común, la utilidad pública y el beneficio nacional; iv) no está exento del control jurisdiccional y afecta directamente a los gobernados.

²⁶ **Alberto Wray.** *Derecho Procesal Constitucional*. Volumen 2. Pro Justicia y el Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. El acto de autoridad de Alejandro Ponce Martínez. Páginas 93-112.

²⁷ **Efraín Pérez.** *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución*. Ediciones Estade, Quito. Los actos políticos. Páginas 62-65.

En esta tesis demostraremos que muchas de las características del acto político no son del todo precisas y trataremos de desmentir la doctrina contemporánea de derecho administrativo que considera a los actos políticos no son más que actos administrativos y legislativos de contenido político

1.1.3. Características:

1.1.3.1. Características de los actos administrativos:

- Es una declaración de la voluntad de la administración. De acuerdo con la enciclopedia jurídica Omeba, declarar un pensamiento, quiere decir "traducirlo en signos perceptibles para la actividad de los demás, quienes podrán interpretarlo". Mientras que la voluntad comprende la exteriorización (en este caso del acto administrativo) a través de la palabra oral o escrita. Nuestra legislación al respecto determina que para que los actos administrativos sean validos, deberán constar por escrito y ser notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación.²⁸

- El acto administrativo supone el ejercicio de una actividad concreta.

- El acto administrativo es dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar que órgano la ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano

²⁸ **Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.** Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa, con sometimiento a las leyes vigentes.²⁹

- La declaración debe ser unilateral, es decir, que debe contener la expresión de voluntad de un solo sujeto (Administración Pública).

- La voluntad del administrado no interviene en el acto administrativo.

- Produce efectos jurídicos, esto quiere decir que crea derechos u obligaciones para ambas partes: la administración y el administrado.³⁰

- Los efectos jurídicos del acto administrativo son directos, ya que surgen de la administración y no se encuentran subordinados a la expedición de un acto posterior. Los efectos jurídicos también son subjetivos, concretos y de alcance individual, se producen dentro o fuera del ámbito de la Administración pública.³¹

1.1.3.2. Características de los actos políticos:

De acuerdo con el autor Efraín Pérez, son características de los actos políticos las siguientes:

²⁹ Dromi, José Roberto. Op. Cit. página 222.

³⁰ Dromi, José Roberto. Op. Cit. página 223.

³¹ Dromi, José Roberto. Op. Cit. página 223.

- Ejecutan directamente la norma constitucional, esto quiere decir que sólo existe bajo la condición y dentro de los límites de las habilitaciones constitucionales.

- Son dictados en ejercicio de una actividad discrecional, indelegable, de los órganos ejecutivo y/o legislativo, sin límites jurídicos y por motivo de oportunidad o mérito. Pero en realidad, ¿Qué es la actividad discrecional? De acuerdo con el Reglamento para el Control de la discrecionalidad; la discrecionalidad 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 y judicial.³² Lo que quiere decir que el acto político implica el escogimiento que realiza el ejecutivo y/o legislativo dentro de su potestad y competencia, sin límites legales.

Cabe señalar que comparto la idea de que el acto político sea discrecional, difiero en que provenga exclusivamente de la función legislativa y/o del ejecutivo, ya que en varias ocasiones proviene también de la Función Judicial. Ejemplo: Las diferentes resoluciones provenientes del Consejo Nacional de la Judicatura órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, como es la designación del Director Ejecutivo del órgano. Necesariamente los actos políticos deben de estar determinados o reglados por una ley, razón por la cual

³² **Reglamento para el Control de la Discrecionalidad.** Decreto Ejecutivo No. 3179 publicado en el Registro Oficial No. 686 del 18 de octubre de 2002.

bajo ningún concepto deberían no tener límites legales, como lo sostiene Efraín Pérez.

- Se vinculan a la propia "organización y subsistencia del Estado", y se justifican por una finalidad política vital para la seguridad, defensa y orden del Estado. No se trata de asuntos atinentes a la simple marcha de la buena administración.

- No inciden directa ni inmediatamente en la esfera jurídica del administrado, "cuyo status no se altera ante la emisión del acto político, de gobierno o institucional".

- Son unilaterales en su estructura y de alcance o efecto general.

- Son irreversibles, no judiciales, no justiciables o no invalidados judicialmente. Están exentos del control jurisdiccional. Este autor considera que estos actos no pueden ser conocidos por el poder judicial por ser de naturaleza discrecionales, que atañen a la oportunidad política. Ejemplo: El estado de sitio, que es de potestad exclusiva del Presidente de la República y que no puede ser evaluado por el poder judicial.³³

³³ Efraín Pérez. *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución*. Ediciones Estade, Quito. Los actos políticos. Páginas 62-65.

Respecto a esta última característica, no estoy de acuerdo ya que la doctrina administrativa contemporánea considera que no cabe en un estado de Derecho la existencia de actos de gobierno exentos de la revisión judicial.

1.1.4. Semejanzas entre "acto administrativo" y el "acto político":

- Tanto el acto administrativo como el acto político se ejercen de conformidad con el orden jurídico establecido por el Estado. Ambas clases de actos tienen como cualidad común que, tanto el uno como el otro, derivan su derecho a la existencia de una norma jurídica superior.³⁴

- El Gobernante que ejecuta un acto administrativo y un acto político debe respetar las reglas del Estado de Derecho.³⁵

- Ambos actos son declaraciones provenientes de las funciones del Estado.

- Ambos actos están sujetos al control de un órgano competente.

1.1.5. Elementos Diferenciadores:

³⁴ **Malberg de Carré R.** *Teoría General del Estado*. Prefacio de Hector Gros Espiell. Facultad de derecho UNAM, fondo de cultura económica. México 1998 páginas 480-520.

³⁵ **Penagos, Gustavo.** *Los Actos Políticos*. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985.

- El acto administrativo es dictado por la administración en ejercicio de la potestad administrativa mientras que el acto político se dicta en el ejercicio de una potestad política, prevista en la Constitución.

- Existen actos del Jefe del Ejecutivo (Presidente) que declaran la orientación que su Gobierno tendrá respecto a determinados temas; estas declaraciones por lo general se abstiene de determinar acciones específicas, de esta manera carecen de un elemento esencial del acto administrativo que es el afectar a una situación subjetiva, en forma directa.³⁶

- Los actos administrativos provienen de la actividad pública de la administración y los actos políticos de la actividad política de la administración.

37

- En el caso de los actos administrativos la manifestación de la voluntad puede ser expresa (resolución) o tácita (silencio administrativo). Mientras que en el acto político por lo general la manifestación de la voluntad es expresa.

- Los actos administrativos deben estar sometidos a las leyes vigentes, mientras que los actos políticos se mueven libremente y no necesariamente se

³⁶ **Efraín Pérez.** *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución.* Ediciones Estade, Quito. Los actos políticos. Páginas 62-65.

³⁷ **Enciclopedia Jurídica OMEBA.** Definición de acto administrativo. Bibliográfica Ameba. Páginas 327-350.

deben de ajustar a la idea de la ejecución de las leyes, sino de la Constitución o un Tratado Internacional.³⁸

- De acuerdo con Gustavo Penagos, es claro al indicar que los actos políticos no versan sobre materia administrativa, a diferencia de los actos administrativos.³⁹

- La doctrina sostiene que los actos políticos quedan fuera del recurso contencioso que por ley pueden entablarse por los administrados contra los actos de autoridades administrativas viciados de ilegalidad.

- La finalidad del acto administrativo debe ser únicamente las previstas en la ley, es decir siempre conlleva un presupuesto de legalidad. Por otro lado el acto político tiene una finalidad política vital para la seguridad, defensa y orden del Estado.

Como lo determinó el Consejo de Estado de Francia hace doscientos años, cuando trató el caso de José Bonaparte, un acto administrativo no puede tener fines políticos, y la administración no debe tomar decisiones en función de consideraciones políticas. En el caso supuesto de que el acto administrativo se

³⁸ **Malberg de Carré R.** *Teoría General del Estado*. Prefacio de Hector Gros Espiell. Facultad de derecho UNAM, fondo de cultura económica. México 1998 páginas 480-520.

³⁹ **Penagos, Gustavo.** *Los Actos Políticos*. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985

origina en móviles políticos, estaría viciado de nulidad, ya que se trataría de una desviación de poder al no ceñirse a la finalidad del acto administrativo.⁴⁰

⁴⁰ **Penagos, Gustavo.** Los Actos Políticos. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985.

2. CAPITULO II

2.1. El control constitucional de los actos administrativos y de los actos políticos.

2.1.1. La ley de Control Constitucional

El control constitucional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales en especial de los derechos y garantías establecidas a favor de las personas, los cuales son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública.⁴¹

La denominada Ley de Control Constitucional, fue promulgada el 2 de julio de 1997 en el Registro Oficial 99 y desde entonces se encuentra vigente, y no ha sido sometida a reforma alguna. En lo posterior fue calificada con jerarquía y carácter de ley orgánica por el Congreso Nacional, en ejercicio de su facultad para determinar las leyes que tienen el carácter de orgánicas, potestad consagrada en la disposición transitoria vigésima segunda de la Constitución Política de la República del Ecuador que textualmente dice:

"El Congreso Nacional, en el plazo de seis meses, determinará las leyes vigentes que tendrán calidad de orgánicas."

⁴¹ **Reglamento Orgánico funcional del Tribunal Constitucional.** Resolución del Tribunal Constitucional 96, Registro Oficial Suplemento 189 de 7 de noviembre de 1997. Art. 1

En cumplimiento con esta disposición y el artículo 142 de la Constitución Política de la República que señala los criterios, características y condiciones de la leyes que deben tener la jerarquía de orgánicas; mediante Resolución Legislativa No. 22 publicada en el Registro Oficial No. 280 de 2 de marzo de 2001, se determina las leyes que tendrán la jerarquía y calidad de orgánicas, entre las que se encuentra la Ley de Control Constitucional.

Cabe señalar que la Constitución Política entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, y fue publicada en el Registro Oficial No. 1 del martes 11 de agosto de 1998, lo que significa que la Ley de Control Constitucional es anterior y aún no se ha expedido una ley que adecue o sustituya la norma vigente, lo que en la practica ha dado lugar a innumerables problemas para el Tribunal Constitucional, que continúa aplicando esta Ley de Control Constitucional, en todo aquello que no se opone a la norma constitucional.⁴²

En razón de lo anteriormente dicho el Tribunal Constitucional sobre la base del artículo 145 de la Constitución Política de la República del Ecuador que le faculta de forma expresa a presentar proyectos de Ley en la materia que corresponde a sus atribuciones específicas, y en aplicación de esta norma, remitió al Presidente del Congreso Nacional en el mes de julio del año 2001 el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que debe reemplazar a la Ley de Control Constitucional. Hasta la presente fecha el Congreso Nacional no

⁴² www.tribunalconstitucional.gov.ec. Ley de Control Constitucional.

ha procedido a aprobar, modificar o negar el proyecto, lo que sin lugar a duda crea un serio problema de inseguridad jurídica y da lugar a problemas de aplicación que han incidido negativamente en la aplicación de la justicia constitucional y en la propia majestad del máximo organismo de control. Basta señalar que, como se verá mas adelante, la Corte Suprema de Justicia se ha visto en la necesidad de dictar normas para regular temporalmente la acción de amparo constitucional, para evitar el abuso que venía dándose en el Ecuador.⁴³

Podríamos afirmar que de haberse aprobado la Ley, el país y el Tribunal se habrían evitado algunos contratiempos en casos concretos, que han tenido trascendencia nacional.

Asimismo el Reglamento Orgánico Funcional del Tribunal Constitucional, que fuera promulgado en el Registro Oficial número 189 de 7 de noviembre de 1997, y que es la norma reglamentaria que se dictó para la aplicación de la Ley de Control Constitucional, continúa en vigencia, pero en muchas de sus disposiciones ha sido superado por la norma constitucional de 1998, y deberá ser sustituido o actualizado, tan pronto como se dicte la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Hasta tanto sus disposiciones están siendo aplicadas en todo aquello que no se opone a la norma constitucional y al Reglamento de Trámite de Expedientes.

⁴³ www.tribunalconstitucional.gov.ec. Ley de Control Constitucional.

2.1.2. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es un órgano consagrado en la constitución del Estado y la naturaleza de sus funciones se determinan en dos ámbitos; ser defensor de la propia Constitución y protector de los derechos fundamentales de los ciudadanos como objetivo prioritario del Estado.⁴⁴ El Tribunal Constitucional es independiente de cualquier órgano del Estado, y en tanto se refiere a su naturaleza jurisdiccional se somete a la Constitución Política como cuerpo que contiene las normas sustantivas de su mandato, y a su Ley Orgánica que establece las normas adjetivas que dirigen el procedimiento de su actividad.

El Tribunal ejerce una jurisdicción constitucional a través de las garantías directas (amparo, habeas data) e indirectas (declaratoria de inconstitucionalidad). A través del ejercicio de la jurisdicción constitucional, contribuye al mantenimiento de la regularidad del sistema jurídico positivo, protege el derecho de las personas, oponiéndose en todo sentido a los actos antijurídicos o arbitrarios, por esta razón constituye uno de los pilares del Estado Social de derecho y del régimen constitucional democrático.

⁴⁴ www.tribunalconstitucional.gov.ec. Tribunal Constitucional.

Al tratar sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional es indispensable abordar dos temas; 1) La independencia de la magistratura; y 2) Se Trata de un órgano Jurisdiccional especializado.

Al tratar la independencia de la magistratura, en este caso del Tribunal Constitucional, es indispensable señalar que las funciones del Estado actúan de manera independiente unas de otras, a la vez que se controlan entre sí, siendo en el Ecuador la forma más adecuada para el control del poder. En un sistema constitucionalista como el nuestro las leyes fundamentales otorgan poder a los órganos estatales, y a la vez los limitan en el ejercicio del mismo mediante las atribuciones que se confieren a otros, lo que tiene como finalidades controlar el poder y encausarlo por vías predeterminadas, de esta manera cada sistema encausa su sistema institucional y normativo al control de la constitución. Cabanellas en su obra "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" define a la independencia como "la autonomía en el ejercicio de las funciones o en la actividad que se despliega."

En el Ecuador la forma que se ha establecido para el control ha sido mixta, entre el sistema de control concentrado europeo y el sistema de control difuso norteamericano. La experiencia de control concentrado de la constitucionalidad se da no solo en Ecuador sino también en el resto de países de América Latina, en general han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido y en los casos en los cuales se han atribuido a los Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, éstos están dentro del Poder Judicial

como es el caso de Guatemala, Colombia y Bolivia, con la excepción de los casos de Chile, Perú y del Ecuador que regulan a los Tribunales Constitucionales fuera del Poder Judicial. De esta manera el Tribunal Constitucional ecuatoriano a pesar de ejercer jurisdicción, no es parte de la función judicial, ni es parte del poder legislativo a pesar de controlar los actos administrativos del ejecutivo y de que la elección de sus miembros se produce en el Congreso Nacional, garantizando de esta manera la independencia en relación a las demás funciones.

El poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución, puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral, que además de control concentrado admite el control difuso de la constitucionalidad. En América Latina el control concentrado se ha configurado en esas dos formas. Además existe una tercera forma de control concentrado que ejercen en forma paralela y exclusiva tanto la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal Constitucional. La Constitución ecuatoriana de manera clara en los artículos 272 y 274 trata sobre la supremacía de la Constitución sobre cualquier norma legal, y le otorga a cualquier juez o tribunal potestad, para que en el conocimiento de sus causas, pueda declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, y obligará a este juez o tribunal a remitir un informe sobre esta declaratoria de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional en

ejercicio de sus facultades resuelva con carácter general y obligatorio.⁴⁵ Por lo anteriormente dicho el Tribunal Constitucional no es el único órgano que se encarga del control constitucional, pero sí lo es en cuanto debe encargarse del control preventivo de los tratados y convenios internacionales y las objeciones de inconstitucionalidad de los proyectos de ley (Art. 276 numeral 4 y 5). Actúa de manera coercitiva cuando debe resolver sobre la inconstitucionalidad de normas vigentes y actos administrativos (Art. 1 y 2).

De esta manera se constituye al Tribunal Constitucional como un órgano de control de la supremacía constitucional, aunque no de todo el sistema institucional por encontrarse expresamente prohibido por la propia Constitución en su artículo 276, a conocer sobre providencias de la Función Judicial. En consecuencia está prohibido al Tribunal Constitucional controlar la actuación jurisdiccional de jueces y tribunales.

La independencia de esta magistratura también se refleja en que los magistrados del Tribunal Constitucional no serán responsables por lo votos que emitan y por opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo⁴⁶, ya que por el contenido de sus causas podrían ser enjuiciados políticamente.⁴⁷ A pesar de la independencia del Tribunal Constitucional, este debe de informar anualmente

⁴⁵ **Constitución Política de la República del Ecuador.** Publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998 .Art. 274

⁴⁶ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica, dado por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial 280 de 8 de Marzo del 2001. Artículo 9.

⁴⁷ www.tribunalconstitucional.gov.ec. Tribunal Constitucional.

por escrito al Congreso Nacional, sobre el ejercicio de sus funciones conforme lo dispone el artículo 279 de la Constitución Política.

Cabe señalar que en lo que corresponde a la independencia externa el Tribunal Constitucional es autónomo administrativamente, económicamente y financieramente.

Para finalizar la independencia del Tribunal Constitucional cabe señalar que no existe norma que regule la independencia interna del juzgador, el magistrado debe responder a la ética para evitar cualquier influencia externa que puede influir en la resolución de sus causas.

Por otro lado el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional especializado en razón de la materia. Es especializado porque busca alcanzar y mantener la seguridad jurídica, ya que la unidad del sistema jurídico depende del mantenimiento de la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico positivo del Estado. Su carácter especializado nace de la Constitución, que dispone que el Tribunal Constitucional se dedicará al control de constitucionalidad, separándolo de esta manera de las demás funciones y órganos del Estado a quienes les otorga atribuciones propias.⁴⁸ Esta disposición nace de la necesidad de la sociedad de poseer un sistema de control específico sobre esta materia, con procedimientos propios que permitan al ciudadano afectado en sus derechos subjetivos a demandar ante este

⁴⁸ www.tribunalconstitucional.gov.ec. Tribunal Constitucional.

órgano cualquier situación que afecte a sus derechos constitucionales. La especialidad contribuye también a proteger la seguridad jurídica, ya que permite al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional cualquier ordenamiento jurídico que contravenga a la constitución precautelando de esta manera la supremacía de la Constitución. Las resoluciones que el Tribunal Constitucional dicta pueden ser consideradas como sentencia que también deberían fortalecer la especialidad ya que poseen entre otras características las siguientes:

- a) Constituyen la instancia suprema en materia constitucional.
- b) Se producen en virtud de la interpretación constitucional, de forma que no solo se fija en el contenido de la norma o el acto impugnado, sino que lo descifra dentro del espíritu constitucional.
- c) Si bien es una sentencia elaborada de manera técnica jurídica, en última instancia es una decisión política puesto que es un acto de poder que vincula a los demás poderes del Estado.⁴⁹

Con la finalidad de delimitar la competencia del Tribunal Constitucional en el artículo 276 de la Constitución Política se determina la competencia del Tribunal Constitucional, y que consiste en:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y

⁴⁹ www.tribunalconstitucional.gov.ec. Tribunal Constitucional.

resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

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

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

4. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.

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

6. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

7. Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes.

Es importante señalar que las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional.

2.2. Acciones

2.2.1. Inconstitucionalidad de los actos administrativos y los actos políticos

2.2.1.1. Inconstitucionalidad de los actos administrativos:

Es competencia del Tribunal Constitucional conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública.

De acuerdo con la Ley de Control Constitucional, podrán demandar la inconstitucionalidad de un acto administrativo de cualquier autoridad pública:

- a) El Congreso Nacional previa resolución de la mayoría de sus miembros.
- b) La Corte Suprema de Justicia, por resolución del Tribunal en pleno.
- c) Los Consejos Provinciales o Concejos Municipales.
- d) Mil ciudadanos que se encuentren en goce de sus derechos políticos, cuya identidad se acreditará con la copia de sus respectivas cédulas de ciudadanía.
- e) Por cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre la procedencia.⁵⁰

Para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo *“las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones*

⁵⁰ **Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.** Ley 1, Registro Oficial 7 de 20 de febrero de 1997.

*jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final*⁵¹

Cabe señalar que en esta definición se incorpora a los actos de simple administración que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva los define como:

Toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos, individuales de forma directa en vista de que solo afectan a los administrados, a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados y ejecutados en su consecuencia.

Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables, sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo.⁵²

La demanda de inconstitucionalidad de un acto administrativo debe presentarse ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal dictará la resolución que corresponda dentro de quince días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento del término para contestar la demanda o de aquella fijada para la audiencia.⁵³

⁵¹ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica, dado por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial 280 de 8 de Marzo del 2001. Art. 24.

⁵² **Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.** Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536, 18/MAR/2002. Art. 70 y 74.

⁵³ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica, dado por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial 280 de 8 de Marzo del 2001. Art. 20 y 25.

La resolución del Tribunal que declare la inconstitucionalidad del acto administrativo causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación. Esta declaratoria revoca el acto declarado inconstitucional, en consecuencia no podrá ser aplicado o invocado en el futuro. Dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas firmes creadas, al amparo de dicho acto administrativo antes de su revocatoria. Ante esta declaratoria no habrá recurso alguno.

Si transcurridos 30 días de la publicación los funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal los sancionará de oficio o a petición de parte.⁵⁴ Por otro lado si los funcionarios dictaren normas o emitieren actos que afecten directa o indirectamente o dejaren sin efecto las resoluciones del Tribunal Constitucional, éste comunicará el hecho al Ministerio Fiscal para aplicación de los artículos 251 (no ejecución), 277 (prevaricato), del Código Penal.⁵⁵

Con la finalidad de entender lo detallado con anterioridad, a continuación un caso de inconstitucionalidad de un acto administrativo.

Ejemplo:

Caso No. 0009-2004

Primera Sala del Tribunal Constitucional

⁵⁴ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 26. **Constitución Política de la República del Ecuador.** Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998. Art. 276 numeral 2 y Art. 278.

⁵⁵ **Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional.** Resolución del Tribunal Constitucional 262, RO 492, 11/ENE/2002. Art. 60.

Quito, 10 de marzo de 2005

Antecedentes:

El Coronel de Policía de E.M. Paco Bolívar Terán Bustillos con el informe favorable de procedibilidad del Defensor del Pueblo, interpone demanda de inconstitucionalidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones N° 2004-431-CSG-PN y 2004-500-CSG-PN, que contienen el pronunciamiento por parte del Consejo de Generales de la Policía Nacional del ascenso de la Trigésima Séptima Promoción de Oficiales de Línea al grado de General de Distrito, en virtud de la cual se expide el Decreto Ejecutivo N° 1693 de 18 de mayo de 2004, publicado en la Orden General N° 110 del Comando General de la Policía Nacional. Esta demanda la dirige contra los miembros del Consejo de Generales de la Policía Nacional.

Resolución N° 2004-431-CSG-PN de 10 de mayo de 2004: El Consejo de Generales procedió a calificar el ascenso a la Trigésima Séptima Promoción de Oficiales de Línea al grado de General de Distrito.

De acuerdo con el Reglamento de Evaluación para el Ascenso, para poder ascender al grado de General de Distrito se requería de un puntaje mínimo de 18/20, en el caso del demandante este obtuvo una calificación superior que le permitió exonerarse para el ascenso, es decir no sujetarse al procedimiento de evaluación del Consejo de Generales.

El Consejo de Generales de la Policía Nacional, resolvió “Dejar pendiente la calificación de ascenso del señor Coronel de Policía de E.M. Terán Bustillos Paco Bolívar, por encontrarse en trámite la causa penal N° 001-2004, por presunto abuso de facultades en la H. Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional”, contradiciéndose con la misma resolución que manifiesta que el proceso de calificación ha culminado.

El General Inspector Jorge Poveda Zúñiga, Comandante General de la Policía Nacional y Presidente del Consejo de Generales de la Policía Nacional, manifestó que ningún miembro de la fuerza pública, sea Comandante General o elemento del Consejo de Generales puede dictar y expedir un decreto ejecutivo, como equivocadamente plantea el actor. Añade que, la acción carece de consistencia por falta de legítimo contradictor pasivo y reitera la excepción de falta de derecho del actor para pretender una declaratoria de inconstitucionalidad.

Base legal:

Los fundamentos de derecho citados por el demandante son; el Art. 23 de la Ley del Control Constitucional; Art. 23, numerales 26 y 27 de la Constitución; artículos 186 y 276 de la misma Constitución de la República; Art. 12 de la Ley del Control Constitucional; Art. 1 de la Ley de Personal de la Policía Nacional; Art. 62 del Reglamento General a la Ley de Personal de la Policía Nacional; Art. 1 del Reglamento de Evaluación para el Ascenso de los Oficiales de la

Policía Nacional; Art. 4 del Reglamento del Consejo de Generales de la Policía Nacional.

Del estudio de la Ley de Personal de la Policía Nacional, El Tribunal Constitucional analiza también:

1) El artículo 81 la Ley de Personal de la Policía Nacional, determina que no podrá ascender ni constar en las listas de ascensos el personal en los siguientes casos:

- a) Hallarse en situación transitoria;
- b) Encontrarse en situación a disposición;
- c) Constar en la lista de eliminación anual; y,
- d) Haber sido sancionado mediante sentencia del Tribunal de Disciplina.

2) El artículo 84 de la Ley de Personal de la Policía Nacional establece que los requisitos comunes para el ascenso en todos los grados son los siguientes:

- a) Acreditar el puntaje mínimo que para cada grado se determina en la presente Ley;
- b) Aprobar el correspondiente curso de acuerdo al Reglamento;
- c) Haber sido declarado apto para el servicio de acuerdo con la ficha médica;

3) Igualmente, el Art. 89 del citado cuerpo legal dice que, para ascender a General de Distrito, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Haber sido aprobado mediante resolución del Consejo de Generales, conforme al Reglamento;
- b) Constar en listas de clasificación anual al tiempo de permanencia en el grado de Coronel; y,
- c) Presentar un trabajo de investigación de interés institucional.

De las normas anteriormente citadas se desprende que de acuerdo con el análisis del Tribunal Constitucional, no es impedimento legal para ascender el enjuiciamiento penal del Coronel Bolívar en la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional.

Resolución del Tribunal Constitucional: El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2004-431-CSG-PN, de 10 de mayo de 2004, así como de la Resolución No. 2004-500-CSG-PN, emitida por el H. Consejo de Generales de la Policía Nacional el 31 de mayo de 2004, que resolvió dejar “pendiente” la calificación de ascenso del Coronel Paco Terán Bustillos.

Del caso anteriormente citado se desprende que el Consejo de Generales incurrió en una flagrante violación del artículo 186 de la Constitución Política de la República del Ecuador que en su segundo inciso textualmente dice: “Se garantizan la estabilidad y profesionalidad de los miembros de la fuerza pública. No se los podrá privar de sus grados, honores ni pensiones sino por las causas y en las formas previstas en la ley”, ya que al Coronel de Policía de

E.M. Paco Bolívar Terán Bustillos se le privó de su ascenso sobre la base de un enjuiciamiento penal que no se encuentra contemplado en la Ley como impedimento para ascender.

De acuerdo con la Ley de Personal de la Policía, el Consejo de Generales es el órgano competente para conocer los ascensos de los oficiales de policía al grado de General de Distrito. En este caso las resoluciones impugnadas han producido efectos jurídicos individuales al Coronel Paco Terán Bustillos, por lo tanto podemos confirmar que en este caso las resoluciones del Consejo de Generales son actos administrativos, que son de acuerdo a nuestra legislación, impugnables.

2.2.1.2. Inconstitucionalidad de actos políticos:

En la Constitución Política el procedimiento de impugnación de los “actos políticos” no ha sido regulado de modo distinto de la impugnación de los actos administrativos. Existe un solo procedimiento de impugnación para todo caso en que una ley orgánica, ordinaria, decretos - leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones etc. violen la constitución.

A pesar de proponer un mismo procedimiento, un acto administrativo y el acto político son actos de diferente naturaleza, es por esta razón que analizaremos a continuación un caso que nos permitirá entender la diferencia entre los dos actos.

Ejemplo:**Casos: Nros. 018-2001-TC, 019-2001-TC y 023-2001-TC (Acumulados)****Inconstitucionalidad de la tarifa del 14% del IVA.****Antecedentes:**

El Presidente de la República remitió al Congreso Nacional un proyecto de ley calificado de urgente en materia económica a través del oficio No. 021-DPR-2001 de 1 de marzo de 2001, que comprende la Ley de Reforma Tributaria que reforma varios temas entre ellos el impuesto de los vehículos, la Ley de Régimen Tributario Interno, el Código Tributario y la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas. Como se desprende de lo señalado se trataba de una amplia reforma, en donde se trataba en especial un tema muy polémico, que era el incremento del Impuesto al Valor Agregado (IVA) del 12% al 15%.

De acuerdo con los artículos 155 y 156 de la Constitución Política de la República, en los casos de proyectos de ley de urgencia económica, el Congreso Nacional tiene la facultad de aprobar, modificar o negar, en el plazo de treinta días. En el caso de que no modificare o negare en el plazo señalado por la ley, el Presidente podrá promulgarlo como decreto-ley.

El Congreso Nacional en sesión de 29 de marzo de 2001 con 86 votos contra 8 aprobó el proyecto sin introducir el incremento del IVA. De esta manera el Congreso remitió al Presidente de la República el proyecto aprobado por la

mayoría de diputados en el que ya no constaba disposición alguna sobre el aumento del IVA, sin embargo, el Presidente de la República al vetar parcialmente el proyecto introduce un aumento del IVA que ya no sería del 12% al 15% sino del 12% al 14%, es decir con la rebaja de un punto con relación al proyecto original. Cabe señalar que el veto no puede referirse a un proyecto distinto al remitido por el Congreso.

Una vez vetado parcialmente el proyecto por parte del Presidente de la República, existe de acuerdo con el art. 153 de la Constitución tres posibilidades:

1.- En un solo debate allanarse a ella y enmendar el proyecto, con el voto favorable de la mayoría de los asistentes a la sesión.

2.- Ratificarse en el proyecto inicial aprobado, con el voto de las 2/3 partes de sus miembros.

En los casos enumerados en los literales 1 y 2 será el Congreso quien enviará la ley para su promulgación en el Registro Oficial.

3.- Si el Congreso no considerare la objeción en el plazo señalado, se entenderá que se ha allanado a esta y el Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley en el Registro Oficial.

Una vez remitido el veto parcial el Congreso Nacional debatió esta objeción y se allanó a la misma, excepto en los numerales 7, 8, 9 y 13, constantes en la objeción parcial que remitiera la Legislatura con oficio No. 0028-DPR-2001 de 9

de abril de 2001, y que corresponden al aumento del IVA, existiendo de esta manera un allanamiento parcial al veto parcial, circunstancia que no esta contemplada en nuestra legislación.

De acuerdo con la contestación a la demanda del Presidente de la República dentro de los procesos 018-2001-TC, 019-2001-TC y 023-2001-TC (Acumulados), el Congreso no aprobó, modificó o negó el proyecto, considerando en su totalidad el veto parcial del Presidente de la República y éste presupuesto lo habilita para publicar en el Registro Oficial las normas excluidas de esa aprobación, modificación o negativa y ponerlas en vigencia con el rango de un Decreto Ley, tal como lo prevé el artículo 156 de la Constitución que textualmente dice:

Art. 156.- Si el Congreso no aprobare, modificare o negare el proyecto en el plazo señalado en el artículo anterior, el Presidente de la República lo promulgará como decreto - ley en el Registro Oficial. El Congreso Nacional podrá, en cualquier tiempo, modificarlo o derogarlo, siguiendo el trámite ordinario previsto en la Constitución.

En consecuencia, el Presidente de la República mediante oficio No. T. 812-DAJ-2001-3280 de 10 de mayo de 2001 dirigido al Director Nacional del Registro Oficial textualmente dice:

En mérito de lo resuelto por el Congreso Nacional, y en ejercicio de la atribución que me confiere el numeral 1 del art. 171 de la Constitución Política de la República, remito a usted para su publicación en el Registro Oficial, los textos de los numerales 7, 8, 9 y 13 de la objeción parcial a la Ley de Reforma Tributaria aprobada por el Congreso en virtud de que dichas disposiciones entraron en vigencia por el Ministerio de la Ley, al

no haber el Congreso alcanzado dentro del plazo constitucional el voto de las dos terceras partes de sus miembros, necesario para su ratificación.

A lo descrito con anterioridad el Tribunal Constitucional desmiente que sea en merito de lo resuelto por el Congreso Nacional, ya que el Congreso resolvió exactamente lo contrario, es decir, no se allanó a la objeción presidencial y también sostiene que no se aplicó el artículo 171 numeral 1 de la constitución que dice:

Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados y los convenios internacionales y demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia.

El Presidente de la República si bien tiene las facultades detalladas en el párrafo anterior, es un colegislador y no un legislador autentico y positivo.

Dentro del análisis de los casos materia de esta demanda el Tribunal Constitucional realiza un análisis del proceso y del contenido del oficio No. 1142-PCN suscrito por el presidente del Congreso Nacional, así como de la certificación conferida por el Secretario General del Congreso, en donde llega a la conclusión de que el Congreso Nacional no se allanó al veto presidencial en lo referente al IVA y se allanó parcialmente a la objeción presidencial respecto de las demás normas de la Ley de Reforma Tributaria. También concluye que no se ratificó en el proyecto inicialmente aprobado, por lo que corresponde al

Tribunal verificar si el Presidente de la República estaba facultado para hacer que la ley pase por el Ministerio de la Ley.

Una vez determinado la materia que debe ser resuelta, el Tribunal Constitucional sostiene que es evidente que el Congreso Nacional sí consideró la objeción del Ejecutivo, caso contrario hubiera sido imposible que resolviera no allanarse a ella, pues como es lógico si no lo hubiera considerado no habría resuelto cosa alguna. El Secretario General del Congreso certifica e indica que el asunto fue tratado en las sesiones del 2, 3, 8 de mayo de 2001, En consecuencia el Presidente de la República no estaba facultado para hacer efectiva la tercera alternativa, esto es, disponer la publicación de la ley.

Sobre la base de lo señalado anteriormente el Tribunal Constitucional mediante resolución 126, la misma que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 390 de 15 de agosto de 2001 resuelve declarar la inconstitucionalidad por la forma de la resolución presidencial contenida en el oficio No. T. 812-DAJ-2001-3280 de 10 de mayo de 2001, constante en el Suplemento del Registro Oficial No. 325 de 14 de mayo de 2001; publicado indebidamente de modo conjunto en la promulgación de la Ley de Reforma Tributaria, aprobada y ordenada por el Congreso Nacional; y, en consecuencia, suspender sus efectos. Declaratoria que tiene sus efectos señaladas en el artículo 278 de la Constitución, causa ejecutoria, entre en vigencia desde su promulgación y deja sin efecto el acto declarado inconstitucional.

Conclusiones:

Del caso podemos adicionalmente obtener las siguientes conclusiones:

- Ninguna ley ordinaria aunque sea especial puede reformar leyes orgánicas.

En este caso la Ley de Reforma tributaria planteaba reformas a las leyes orgánicas de los regímenes seccionales y de aduanas, violando de esta manera lo dispuesto en el 143 de la Constitución.

-Nuestra legislación establece que solo mediante acto legislativo se modifican tributos. No podemos olvidarnos del principio de reserva de ley, sustentado en el artículo 257 de la Constitución, que determina que solo por acto legislativo de órgano competente, en este caso el Congreso Nacional, se podrá establecer, modificar o extinguir tributos. Lo que no permite al Ejecutivo para que conozca o proponga textos alternativos, sobre el aumento del IVA que ya había sido negado por el Congreso, ya que solo puede realizar objeciones a los textos aprobados por el Congreso.

-De acuerdo con el artículo 171 de la Constitución, es atribución del Presidente de la República participar en el proceso de formación y promulgación de las leyes, en la forma prevista en esta Constitución. De esta manera se encuentra facultado para tener iniciativa legislativa, esto es presentar proyectos de ley, vetar o sancionar los proyectos aprobados por el Congreso y promulgar mediante un Decreto ley, un texto legal solo si el Congreso no lo considera en 30 días, de esta manera se concluye que el único legislador autentico y positivo es el Congreso, el Presidente es simplemente un colegislador

-El veto del Presidente puede referirse solo a lo planteado por el Congreso, al incluir en su objeción el incremento del IVA, excedió en sus facultades en el

proceso de formación de una ley, ya que no se puede introducir textos alternativos que no hayan sido tratados en el proceso de formación de la ley. De esta manera el Presidente viola el artículo 119 de la Constitución que dispone que nadie puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en la ley.

-La publicación del Presidente debió realizarse mediante decreto ley, no como un oficio. Dos meses más tarde expide el decreto ejecutivo No. 1667 que ratifica la publicación del oficio referido. En este caso está en discusión que si el Ejecutivo alega la constitucionalidad de la publicación del oficio, porqué lo ratifica dos meses más tarde, y no solo que lo ratifica sino que también hace uso de una norma de inferior jerarquía para convalidar el oficio que de acuerdo al Presidente tenía rango de ley.

Los dos casos enunciados con anterioridad poseen elementos diferenciadores. En el caso del coronel Paco Terán Bustillos, el Consejo de Generales es el órgano competente para conocer los ascensos de los oficiales de policía al grado de Generales de Distrito. Las resoluciones impugnadas produjeron efectos jurídicos individuales, por lo tanto podemos confirmar que se trata de actos administrativos. Por el otro lado, en el caso del "IVA" la atribución de presentar proyectos de ley la tiene el Presidente de la República y esta facultad esta consagrada en la Constitución. Adicionalmente la presentación de un proyecto de ley no lesiona un derecho subjetivo, en consecuencia estamos frente a un acto político.

Como se puede ver en este caso particularmente el contenido del acto es diferente, la potestad no nace de la ley sino de la Constitución y sobre todo no lesiona un derecho subjetivo requisito esencial del acto administrativo. De esta manera a través de un caso práctico podemos darnos cuenta que el procedimiento de inconstitucionalidad es idéntico pero el contenido del actos es diferente.

2.2.2. Amparo:

La Constitución Política de la República del Ecuador en la sección tercera denominada Del amparo, en su único artículo señala:

Que cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente **las consecuencias de un acto** u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.⁵⁶

⁵⁶ Constitución Política de la República del Ecuador. Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998. Art. 95.

En el Capítulo III de la Ley de Control Constitucional se determina que el recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos. También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar un daño inminente, grave e irreparable.⁵⁷

Para la procedencia de la acción de amparo es necesario que de manera unívoca y simultánea se presenten tres elementos que dan origen al derecho constitucional de demandar ante los jueces y tribunales con tal acción, que son:

- a) Que exista un acto u omisión ilegítimos de autoridad de la administración pública.
- b) Que tal hacer o no hacer de la administración pública sea violatorio a los derechos, garantías y/o libertades individuales de la persona accionante, consagradas por la constitución.
- c) Que tal situación cause o pueda causar de manera inminente un daño grave.

⁵⁷ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 46.

Son competentes para conocer y resolver el recurso de amparo, cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos. También podrá interponerse el recurso ante juez o tribunal de lo penal, en días feriados o fuera del horario de atención de juzgados y tribunales, o en circunstancias excepcionales, que deberán ser invocadas por el solicitante y calificadas por dicho juez o tribunal, en los cuales radicará entonces la competencia privativa de la causa. En ningún caso habrá inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo, salvo cuando entre éstos y el peticionante existan incompatibilidades de parentesco u otras señaladas en la ley.⁵⁸

Podrán interponer el recurso de amparo, tanto el ofendido como el perjudicado, por sí mismos, por intermedio de apoderado o a través de agente oficioso, el Defensor del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados en la Constitución y la ley o cualquier persona, natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente.⁵⁹

Cabe indicar que la ley prohíbe la presentación de más de un recurso de amparo, sobre la misma materia y con el mismo objeto, ante más de un juez o tribunal. Al efecto quien promueva un recurso de amparo deberá declarar bajo

⁵⁸ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 47.

⁵⁹ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 48.

juramento en el escrito de presentación del mismo, que no ha presentado otro u otros sobre la misma materia y con el mismo objeto ante otro juez o tribunal.⁶⁰

Una vez presentada la demanda el juez, podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la protección de los derechos objeto del recurso y convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.⁶¹ La no comparecencia a la audiencia de la autoridad acusada del acto materia del amparo o de su delegado no impedirá que aquella se realice, ni que el juez o tribunal adopte su resolución. La ausencia del actor se considerará como desistimiento del recurso, sin que pueda volver a plantearlo sobre los mismos hechos. Sin embargo, podrá convocarse, en uno u otro caso, a nueva audiencia, si la no comparecencia de parte provino de fuerza mayor debidamente comprobada.⁶²

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia el juez o tribunal concederá o negará el amparo. De admitirlo ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las

⁶⁰ **Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional.** Resolución del Tribunal Constitucional 262, Registro Oficial 492 de 11 de enero de 2002.

⁶¹ **Constitución Política de la República del Ecuador.** Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998. Art. 95.

⁶² **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 50.

que se hayan adoptado en forma preventiva. De negarse el recurso se revocarán tanto la suspensión provisional del acto u omisión impugnados, como de las medidas preventivas.⁶³

La concesión del amparo será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria ante el Tribunal Constitucional, ante el cual procederá también el recurso de apelación de la resolución que lo deniegue, debiendo en uno u otro caso remitirse lo actuado al superior dentro de las veinticuatro horas subsiguientes de ejecutoriada la resolución que admita o deniegue el recurso.⁶⁴ Corresponde ordenar el cumplimiento de la decisión final adoptada en el procedimiento de amparo al juez de instancia ante quien se interpuso el recurso.

La resolución es de cumplimiento inmediato, cabe señalar que para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública

Adicionalmente cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia mediante resolución No. 1 publicada en el Registro Oficial 378 de 27 de julio de 2001 nos presenta una interpretación de la acción de amparo constitucional con la finalidad de precisar el sentido genuino de las normas jurídicas ya que se

⁶³ Ley de Control Constitucional. Op. Cit. Art. 51.

⁶⁴ Ley de Control Constitucional. ob.cit. Art. 52.

habían suscitado interpretaciones contradictorias respecto a la Ley de Control Constitucional.

La resolución de la Corte Suprema nos presenta una definición completa de la acción de amparo, que no es más que una interpretación extensiva de la Constitución y en la ley de Control Constitucional.

Pero lo que nos interesa de esta resolución es que en su artículo segundo dice textualmente lo siguiente:

Art. 2.- Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano cuando se la interponga respecto de: (...)

b) Los actos de gobierno, es decir de aquellos que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en ejercicio de una actividad indelegable y que tengan alcance o efecto general;

c) (...)

De esta resolución podemos extraer lo siguiente:

- Se define al acto de gobierno, indicando que se trata de “el ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en ejercicio de una actividad indelegable y que tiene un alcance y efecto general”
- Concluye que el acto de gobierno no esta sujeto a la acción de amparo.

Coincido con la resolución en que si el acto de gobierno produce efectos generales entonces se encuentra excluido del ámbito de la acción de amparo, pero no se puede excluir este tipo de actos de acuerdo a su contenido, ya que

excluiríamos a los actos políticos de cualquier impugnabilidad, y retrocederíamos a la época del Consejo de Estado Francés que sostuvo esta misma teoría sin ningún fundamento.

Otro elemento de consideración es que la acción de amparo se puede interponer sobre los actos de autoridad pública simplemente, en ningún momento se excluye a los actos políticos que proceden también de una autoridad pública pero con un contenido político.

Demanda de Inconstitucionalidad de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia:

Los señores J. Luis Luna Gaibor, abogados Joffre Armando Campaña Mora y Carlos Ricardo Ferber Vera; y el doctor Juan Carlos Mejía Mediavilla presentan demandas la inconstitucionalidad de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 378 del 27 de julio de 2001, dando origen a los expedientes números 036-2001-TC, 042-2001-TC y 044-2001-TC respectivamente, y que fueron acumulados.

El fundamento que sustenta las demandas mencionadas es que la resolución impugnada, interpreta la Ley de Control Constitucional y el artículo 95 de la Constitución, lo cual de acuerdo a los demandantes es privativo y exclusivo del Congreso Nacional. Por el otro lado la Corte Suprema de Justicia en su contestación a la demanda de inconstitucionalidad sostiene que de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función

Judicial, el Tribunal en Pleno a través de la expedición de una resolución que será de obligatoriedad general mientras una ley no disponga lo contrario, puede precisar el genuino sentido de una norma jurídica en caso de existir duda u oscuridad de la ley para de esta manera unificar su interpretación y asegurar su correcta aplicación.

A lo largo de los casos mencionados con anterioridad se realiza un análisis de cada uno de los artículos de la resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 378 del 27 de julio de 2001, pero que en la parte que en la parte que nos concierne y que trata de los actos de gobierno textualmente resuelve:

Que la letra b) del artículo 2 de la resolución excluye de la impugnación por la vía de la acción de amparo de los actos de gobierno, restringiendo este concepto a aquellos que reúnan las tres condiciones que taxativamente consagra: que impliquen “el ejercicio directo de una atribución constitucional” que sean dictados “en ejercicio de una actividad indelegable” y que tengan “alcance o efecto general”. Al respecto, se debe considerar que existen determinados actos que la Constitución Política establece como atribuciones fundamentales de los órganos del Estado, mismos que de acuerdo a la doctrina actual se traducen en normas jurídicas y no en actos interpartes. Por estos razonamientos este Tribunal no encuentra vicio alguno de inconstitucionalidad en la norma analizada.

El Tribunal Constitucional ratifica la definición de actos de gobierno y determina que no aplica la acción de amparo para impugnarlos. De esta manera se obtiene la única definición de acto político en la Legislación Ecuatoriana. Cabe

señalar que las demandas de inconstitucionalidad fueron desechadas en su totalidad por el Tribunal Constitucional.

Para ejemplificar, a continuación un caso que resuelve la acción de amparo de un acto político:

Caso: No. 762-00-RA.

Resolución No. 230-III sala-2000

Tribunal Constitucional

Quito, 16 de agosto de 2000

Antecedentes:

Los diputados Javier Neira Menéndez, Pascual del Cioppo, Alfredo Serrano Valladares, miembros del bloque parlamentario del partido social cristiano demandan el amparo constitucional ante el juzgado décimo de lo penal de Pichincha en contra de los diputados Nina Pacari, Mireya Adoum, Susana González, José Cordero, Cecilia Calderón y Antonio Posso, impugnado lo actuado por los diputados en mención en la sesión vespertina del 1 de agosto de 2000, solicitando de esta manera que se deje sin efecto la autoconvocatoria, las elecciones, la designación de dignidades y toda resolución que se realizó en dicha sesión, ya que ha constituido en una violación de la Constitución que amenaza de manera inminente y causa un gravísimo daño a la institucionalidad misma del Estado.

Como antecedentes cabe señalar que el Presidente del Congreso de aquel entonces, el Ing. Juan José Pons Arízaga, convocó a sesión ordinaria para el 1 de agosto del año 2000, a fin de tratar dos puntos que comprendían el orden del día: 1) El informe de labores del periodo legislativo 1998-2000; y 2) La elección de dignidades del H. Congreso Nacional para el periodo 2000-2003. Se instaló la sesión como estaba prevista y los diputados apelaron la presidencia del Titular de la Función, y bajo la presidencia del diputado Carlos Falques Batallas, primer Vicepresidente del Congreso Nacional, este al considerar que no existían las garantías suficientes suspende la sesión sobre la base del art. 15 numeral 3 del reglamento interno de la legislatura, que le otorga la facultad de suspender y clausurar sesiones. Una vez suspendida la sesión los demandados constituyen una nueva sesión en la que nombran varias dignidades entre ellas designan a Susana González como Presidenta del Congreso.

El Juez Décimo de lo Penal de Pichincha concluye que el acto impugnado es un acto administrativo y concede el recurso de amparo ordenando la suspensión de los efectos jurídicos de las elecciones de las dignidades del Congreso Nacional llevadas a cabo el 1 de agosto de 2000. Cumpliendo con lo establecido en el artículo 51 de la Ley de Control Constitucional, se eleva a consulta la resolución ante el Tribunal Constitucional para que este la confirme o la revoque la misma.

El Tribunal en su resolución en la parte correspondiente a los antecedentes analiza los argumentos de las partes que se pueden resumir en las siguientes ideas:

-Los demandantes no determinan ninguno de los derechos individuales o colectivos que fueron violados.⁶⁵

-El acto impugnado es en esencia un acto legislativo de carácter electoral, es decir un acto eminentemente político no sujeto a ningún recurso de amparo, porque la consecuencia de la pérdida de las elecciones es la pérdida del candidato.⁶⁶

-La demanda es en contra de un acto legislativo del Congreso Nacional y la parte procesal que debió ser citada con los 70 diputados del Congreso. Adicionalmente el acto impugnado es un acto legislativo y no existe la gravedad ni el daño inminente previsto en la Constitución.⁶⁷

-El acto demandado es un acto político reglamentario y no un acto administrativo, se ha impugnado la actuación de una Función del Estado y el recurso de amparo procede solo contra actos de autoridades públicas.⁶⁸

-La elección de dignidades del Congreso estaba sujeta a normas constitucionales y legales que no fueron acatadas.⁶⁹

-Se violó la igualdad ante la ley y la no discriminación ya que no se ha garantizado el derecho a elegir y ser elegido.⁷⁰

⁶⁵ Contestación a la demanda de la Dra. Nina Pacari Vega.

⁶⁶ Contestación a la demanda Dr. José Cordero Acosta.

⁶⁷ Contestación a la demanda Dr. Antonio Posso.

⁶⁸ Contestación a la demanda de las diputadas Cecilia Calderón y Mireya Adoum.

⁶⁹ Economista Xavier Neira Menéndez.

⁷⁰ Economista Xavier Neira Menéndez.

En Tribunal sobre la base de lo expuesto consideró en lo principal lo siguiente:

-La acción de amparo puede ser ejercitada por una persona natural o el representante legitimado de una colectividad, por lo tanto, los seis diputados no tienen la representación del "partido o movimiento".

-Tampoco existe legitimación pasiva ya que los demandados no pueden responder por las actuaciones de una mayoría parlamentaria del Congreso Nacional.

-Los diputados particularmente, no pueden expedir un acto administrativo, ni prestan un servicio público, ni su acción u omisión afecta un interés comunitario.

-Los demandantes sostienen que este hecho les ha causado "un gravísimo daño a la institucionalidad misma del Estado". En este caso confunden al afectado, y no lo corrigen hasta la audiencia donde invocan el derecho a elegir y a ser elegido que tuvo Xavier Neira al pertenecer a la mayoría parlamentaria.

-El Tribunal concluye también que el artículo 129 de la constitución se refiere a que debe producirse una elección de entre los diputados de los partidos o movimientos que electoralmente hayan obtenido la segunda y la primera mayoría, es decir, que siempre debe producirse una elección, la cual como garantía de los principios de la democracia debe efectuarse entre varios diputados. Esta norma en realidad busca establecer un sistema de elección que fortalezca las fuerzas o tendencias mayoritarias en el Congreso Nacional, pero esto a su vez no significa que las directivas de los partidos o movimientos políticos ejerzan un control monopólico que viole el derecho a elegir de entre varios diputados de las tendencias mayoritarias.

Pero lo que más interesa en esta tesis es que el Tribunal consideró en su numeral sexto que la elección de dignidades corresponde a la categoría de los actos políticos o de gobierno "no justiciable", denominados también institucionales, que son de cumplimiento inmediato, por estar ligados a la vigencia del Estado de Derecho.

Cabe señalar que la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, contrario a lo resuelto por el juez penal inadmite la acción de amparo.

Conclusiones:

La Constitución Política de la República cuando trata sobre la acción de amparo no se refiere a la impugnación de actos administrativos, sino de cualquier "acto u omisión ilegítimos de una autoridad". Esta generalidad ha permitido que se impugnen todo tipo de actos, inclusive los actos eminentemente políticos como es la elección de dignatarios del Congreso.

A pesar que a través de esta resolución del TC se concluye que la elección de dignatarios en el Congreso fue un acto político y por lo tanto no procedía la acción de amparo, como lo confirma la Resolución del Congreso que trataremos a continuación. Mi posición es que no se puede excluir a estos actos del control constitucional, no podemos retroceder a la época del Consejo de Estado Francés en que no se admitía, debemos comprender que la naturaleza de muchos actos de la autoridad son eminentemente políticos.

En conclusión, si bien es cierto que el control jurisdiccional de las actuaciones del poder público nunca va a ser fácil, ya que es complicado diferenciar entre los actos administrativos y los políticos, esto no es una justificación para que no exista un planteamiento claro en nuestra legislación.

2.2.3. Habeas Data

El Habeas Data se consagra en el derecho que tiene toda persona a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.⁷² De esta manera las personas a las que se les haya negado el acceso a sus documentos, bases de datos e informe sobre sí mismas o sobre sus bienes podrán interponer un recurso de habeas data para requerir respuestas y exigir el cumplimiento de las medidas cautelares, por parte de las personas sean estas naturales o jurídicas, públicas o privadas que posean tales datos o informaciones.⁷³

De acuerdo con el art. 35 de la Ley de Control Constitucional, el habeas data tiene como finalidad:

- a) Obtener del poseedor de la información que éste la proporcione al recurrente, en forma completa, clara y verídica.
- b) Obtener el acceso directo a la información.

⁷² **Constitución Política de la República del Ecuador.** Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998. Art. 94.

⁷³ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 34.

- c) Obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y,
- d) Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado o no la ha divulgado.

La acción de habeas data deberá interponerse ante cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos.⁷⁴ La respectiva resolución deberá dictarse en el término máximo de dos días, contados desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia.⁷⁵

Declarado con lugar el recurso, las entidades o personas requeridas entregarán, dentro del plazo de ocho días toda la información y, bajo juramento, una explicación detallada de la información conforme lo dispone la Ley de Control Constitucional. De considerarse insuficiente la respuesta, podrá solicitarse al juez que disponga la verificación directa, para la cual, se facilitara el acceso del interesado a las fuentes de información, proveyéndose el asesoramiento de peritos si así se solicitare.⁷⁶

Si de la información obtenida el interesado considera que uno o más datos deben ser eliminados, rectificadas, o no darse a conocer a terceros, pedirá al juez que ordene al poseedor de la información que así proceda. El juez ordenará tales medidas, salvo cuando claramente se establezca que la

⁷⁴ **Ley de Control Constitucional.** Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 35.

⁷⁵ **Ley de Control Constitucional.** Op. Cit. Art. 37, 38.

⁷⁶ **Ley de Control Constitucional.** Op. Cit. Art. 39, 40.

información no puede afectar el honor, la buena reputación, la intimidad o irrogar daño moral al solicitante.⁷⁷

La resolución que niegue el hábeas data, será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional.⁷⁸

En el caso de incumplimiento por parte de los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado o las naturales que incumplieren las resoluciones expedidas por jueces o Tribunales que concedan el hábeas data, no podrán ejercer ni directa ni indirectamente, las actividades que venían desarrollando y que dieron lugar al hábeas data, por el lapso de un año. Por otro lado los funcionarios públicos de libre remoción que se nieguen a cumplir con las resoluciones que expidan los jueces o tribunales dentro del procedimiento de hábeas data serán destituidos inmediatamente de su cargo o empleo, sin más trámite, por el respectivo juez o tribunal, salvo cuando se trate de los funcionarios elegidos por el Congreso Nacional, quienes deberán ser destituidos por éste, a pedido fundamentado del juez o tribunal y previo el correspondiente juicio político.⁷⁹

La acción de habeas data como podemos ver, busca que se respete al derecho de los ciudadanos al acceso a la información reaccionada con su persona, que

⁷⁷ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 41.

⁷⁸ **Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional.** Resolución del Tribunal Constitucional 262, Registro Oficial 492 de 11 de enero de 2002. Art. 48.

⁷⁹ **Ley de Control Constitucional.** Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de Julio de 1997. Art. 42 y 43.

repose en instituciones públicas o en personas jurídicas de derecho privado. Si bien es una acción que consagra derechos no está relacionada con el tema de esta tesis que son los actos políticos, a pesar de esto era importante que lo señalemos dentro de nuestro análisis.

3. CAPÍTULO III

3.1. Control de legalidad de los actos administrativos y políticos.

3.1.1. Legalidad de los actos:

La lucha de los pueblos a través de toda la historia, se concreta en limitar al gobernante para que sus competencias no excedan la voluntad de las mayorías, de esta manera inició la era de la legalidad, en donde la Ley es superior al gobernante, ya que es la expresión de la voluntad general.

De esta manera, en la actualidad, para la eficacia del Estado de Derecho es vital que las actuaciones del poder público estén sujetas al ordenamiento jurídico. Las autoridades solamente pueden hacer o dejar de hacer algo cuando la Ley les da una competencia determinada. El origen de esta competencia es la Ley y no la voluntad de la autoridad particular.

El principio de legalidad determina que el poder público debe ser medible y previsible. Por medible se entiende que los ciudadanos deben conocer qué puede y qué no puede hacer el Estado, y a su vez, que deben y pueden hacer los ciudadanos. Para consagrar este principio las normas jurídicas deben

responder a tres preguntas: quién manda, por qué manda y en qué medida manda.⁸⁰

El principio de legalidad tiene sus orígenes en la Revolución Francesa, así el artículo 5 de la Declaración de Derechos de 1789 dice "Todo lo que no es prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena". Posteriormente el artículo 3 de la sección primera del capítulo II de la Constitución Francesa de 1791 dice: "No hay en Francia autoridad superior a la Ley. El Rey no reina más que por ella, y sólo a nombre de la Ley puede exigir obediencia."⁸¹

Cabe señalar que el objeto de la administración no es ejecutar la ley, sino servir los fines generales, lo cual debe hacerse, no obstante dentro de los límites de la legalidad.⁸²

La legalidad confiere potestades a la Administración. Sin esta atribución legal que determine el ámbito del ejercicio de las potestades de la Administración, esta no podrá desplegar su actividad.

Para Guillermo Cabanellas la "legalidad" es la "legitimidad" y comprende el régimen fundamental del Estado, especialmente, el establecido por su

⁸⁰ **Pérez Ordóñez, Diego.** Sobre el Estado de Derecho. Revista Juris Dictio de la Universidad San Francisco de Quito. Páginas de la 88-97.

⁸¹ **García de Enterría, Eduardo.** La Lucha contra las Comunidades del Poder. Civitas Ediciones. Madrid, España. Páginas 25-107.

⁸² **García de Enterría, Eduardo.** Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986. Página 414.

Constitución. Por otro lado sostiene que la fidelidad a la Ley ofrece modalidades diferentes como el principio de legalidad en el caso del derecho penal. Este principio es la suprema garantía individual, consiste en la necesidad de la ley previa al castigo, una expresión clásica es; “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” (Ningún delito ni pena sin previa ley). Este mismo autor al definir a la legitimidad, sostiene que es legalidad, es decir conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. Guillermo Cabanellas y muchos autores consideran a la “legalidad” y a la “legitimidad” como sinónimos pero no es así, la legalidad comprende el apego a la ley, por otro lado la legitimidad es más amplia comprende la legalidad, pero también el apego a los principios generales del derecho, a la moral, a la ética y a los valores que inspiraron el contenido de la ley.

Lo expresado con anterioridad se puede extraer en nuestra legislación del artículo 119 de la Constitución Política, cuyo texto dice:

Art. 119.- Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común. (...).

El artículo citado con anterioridad consagra la legalidad como fundamento de la organización administrativa ecuatoriana y sus procedimientos.

El artículo 101 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva determina que la administración pública central deberá actuar de acuerdo a los

principios de legalidad “con sometimiento pleno a la constitución, a la ley y al derecho” quedando de esta manera claro que la administración pública debe siempre apegarse al principio de legalidad. Según Edgar Neira Orellana el alcance del artículo 101 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, no comprende exclusivamente las fuentes “formales” como la Constitución y la Ley, sino fuentes “no formales” como los principios generales del derecho, a los que debería sumarse la jurisprudencia sentada por las cortes y tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de las actuaciones administrativas.⁸³

En nuestra legislación también está recogido el principio de legalidad en el artículo 18 de la Ley de Modernización del Estado, que determina que ningún funcionario de la administración podrá exigir a los particulares el cumplimiento de requisitos o la sujeción a procedimientos que no estén previstos en la ley.⁸⁴

De esta manera los actos del “gobernante” o lo que en la doctrina actual se conoce como los funcionarios y servidores del Estado, no pueden ejercer atribuciones distintas a las señaladas en la Constitución o en la Ley, en consecuencia, sus actos tendrán valor siempre y cuando se ajusten a lo establecido en la legislación. En consecuencia los funcionarios del Estado no pueden ejercer facultades que hubieren sido creadas en un reglamento,

⁸³ **Edgar Neira Orellana.** Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común. Páginas 80-122. Artículo publicado en la revista Ruptura No. II tomo II, libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

⁸⁴ **Edgar Neira Orellana.** Op. Cit. Páginas 80-122.

ordenanza, en un oficio o en una resolución administrativa, si esas facultades no emanan de las contempladas en la ley. Por esto la actividad administrativa es fundamentalmente una actividad reglada.⁸⁵

Si bien el actual Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva como lo hemos dicho consagra el principio de legalidad, tiene contradicciones. Un ejemplo claro es su artículo 41 que determina las atribuciones de los Intendentes y que es su literal b textualmente dice:

“Art. 41.- (...)

b) Las demás que le asignen las leyes y reglamentos y especialmente la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su reglamento.”

Esta norma al contrariar el art. 119 de la Constitución Política es inconstitucional e ilegal porque viola el artículo 18 de la Ley de Modernización del Estado, ya que al Intendente de Policía le esta otorgando facultades no solo consagradas en la ley, sino también en reglamentos, cuando la norma de la Constitución es muy clara al indicar que las atribuciones de los funcionarios públicos estarán consagradas en la Ley y en la constitución, y no en un reglamento de menor jerarquía. Cabe señalar que los reglamentos, son normas para el régimen de una institución.

⁸⁵ Edgar Neira Orellana. Op. Cit. Páginas 80-122.

Los actos de la administración pública gozan del privilegio de la presunción de legitimidad, expresión del principio de legalidad que deriva del sometimiento de la administración al derecho. Para entender la presunción de legitimidad es necesario que partamos de la esencia del concepto. De acuerdo con el Código Civil:

“Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes de circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que da motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal” (...).

En nuestra legislación la presunción de legalidad esta consagrada en el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que dice:

“Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.”

De lo mencionado en el párrafo anterior se puede concluir que todos los actos administrativos se encuentran apegados a la Ley, adicionalmente una vez que este acto goza de legitimidad se vuelve exigible y obligatorio y merece su ejecutividad. Esta presunción de acuerdo con Hernán Jaramillo Ordóñez es una “presunción relativa” ya que excepcionalmente puede probarse su nulidad, por falta de motivación del acto, por violación de la constitución, los tratados internacionales y las leyes, entre otros. Adicionalmente el acto administrativo contrario al régimen legal se convierte en ilegítimo, entendiéndose como

ilegitimidad a la infracción al orden jurídico positivo. En consecuencia la regla general es la legitimidad, y la ilegitimidad la excepción.⁸⁶ En razón de la existencia de los actos ilegítimos es que se crea un procedimiento para la revisión de los actos administrativos.

Ahora la pregunta que se debe hacer es: ¿Cabe la acción de amparo de actos ilegales? Para poder entender analizaremos a continuación el siguiente caso.

Recurso de Amparo. Tribunal Constitucional

Resolución 370-99-RA-II.S, Número 370.

Quito, 20 de septiembre de 1999

Antecedentes:

La Cooperativa de Ahorro y Crédito Francisco de Asís fue constituida mediante acuerdo ministerial No. 4768 de 20 de septiembre de 1965, posteriormente reforma sus estatutos el 22 de julio de 1982. Mediante resolución No. 89-026 de 17 de marzo de 1989 el Superintendente de Bancos ordena la intervención de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Francisco de Asís aduciendo deficiencia administrativa por parte de los representantes legales. El 15 de marzo de 1990 se levanta la intervención y se entrega a una directiva encargada la administración. El 15 de noviembre de 1990 mediante resolución No. 90-331 el Superintendente de Bancos ordena la desocupación de todos los activos y

⁸⁶ **Jaramillo Ordóñez, Hernan.** La actividad Jurídica de la Administración. Centenario de Fundación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Impresión Monsalve Moreno. Paginas 72-73.

propiedades de todas las agencias a nivel nacional y nombra un liquidador de las mismas.

El 14 de noviembre de 1995 el Congreso Nacional ordena la rehabilitación de la Cooperativa en un plazo máximo de 30 días. La resolución del Congreso no es acatada por el Superintendente de Bancos.

El caso llega a conocimiento del Tribunal Constitucional en virtud del recurso de apelación interpuesto por el señor Néstor Gerardo Montenegro Cordonetz, procurador común de varios copropietarios y socios perjudicados de la Cooperativa de ahorro y Crédito San Francisco de Asís, de la resolución dictada por el Juzgado Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, en la que niega la acción de amparo constitucional propuesta contra el señor Superintendente de Bancos y Procurador General del Estado. La acción de amparo inicial se la interpone en razón del incumplimiento del Superintendente de Bancos de la resolución del Congreso Nacional que ordena la rehabilitación de la Cooperativa, sobre la base de la existencia de un acto nulo por infringir y no acatar la ley y su procedimiento.

Resolución del Tribunal Constitucional: Confirma la resolución venida en grado del Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, en consecuencia, niega la acción de amparo sobre la base principalmente de dos criterios:

- 1) La acción de amparo ha sido concebida para proteger los derechos de la persona humana, es decir de la persona natural, de acuerdo con el Tribunal el constituyente no incluyó de modo expreso en el amparo a las personas

jurídicas, y dispone que cuando el Art. 95 de la Constitución Política trata del “representante legitimado de una colectividad” no se refiere a la persona jurídica sino a una agrupación unida por lazos como es el caso de los pueblos indígenas y negros.

2) Adicionalmente sostiene que la acción de amparo no puede fundamentarse en la pretendida violación de una ley o estatuto o reglamento que, obviamente, causará perjuicio a los intereses del reclamante; toda vulneración del principio de legalidad por parte de la autoridad pública reviste un carácter contencioso que tiene que ser reclamado en los respectivos Tribunales. La naturaleza del amparo está dada por la necesidad de proteger a quien, debido a un acto ilegítimo de la autoridad, es lesionado gravemente en uno o algunos de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución o en un instrumento internacional de derechos humanos.

De este caso podemos concluir que de acuerdo con el Tribunal Constitucional la acción de amparo no puede interponerse por la violación de una ley en que haya incurrido una autoridad pública, y que en los casos en que se viola el principio de legalidad el órgano competente son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, adicionalmente dispone que el principio de legalidad no comporta un derecho de las personas, razón por la cual sugiere que sea impugnada por la vía contenciosa administrativa. De acuerdo con Edgar Neira Orellana la acción contencioso administrativa, la acción de inconstitucionalidad y la acción de amparo proceden ante los actos administrativos ilegales, sin que pueda excluirse al amparo constitucional,

inclusive cita dos casos en que la misma sala del Tribunal Constitucional aceptó a trámite acciones de amparo en contra de actos administrativos que han violado el principio de legalidad.⁸⁷ Recomienda además que cuando el Tribunal conozca de acciones de amparo en contra de actos que violen la legalidad, fundamente sus fallos sobre el derecho de seguridad jurídica consagrado en el Art. 23 de la Constitución Política.

Es de suma importancia analizar la posición de la Corte Suprema ante los actos que violan el principio de legalidad, para lo cual analizaremos el caso que se detalla a continuación:

Recurso de Casación. Corte Suprema de Justicia.

Sala de lo Contencioso Administrativo

Quito, 15 de noviembre de 2000.

Antecedentes:

El señor doctor Ignacio Zambrano en su calidad de servidor legislativo permanente interpone una demanda contra el Presidente del Congreso por destitución de su cargo. El Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo resuelve en sentencia y acepta parcialmente la demanda,

⁸⁷ **Edgar Neira Orellana.** Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común. Páginas 80-122. Artículo publicado en la revista Ruptura No. II tomo II, libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. *Resoluciones 852-98-RA-II.S, de 26 de enero de 1999; y 004-2001-RA, caso 4 de 23 de marzo de 2001.*

declarando ilegal el acto impugnado y dispone el reintegro del actor a las funciones que venía desempeñando.

El ingeniero Juan José Pons Arizaga, Presidente del Congreso Nacional interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la segunda sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo en el juicio por el doctor Ignacio Zambrano y que se detalla en el párrafo anterior.

Resolución Corte Suprema de Justicia: Rechaza el recurso de casación interpuesto por el Presidente del Congreso sobre la base de lo siguiente:

a) Analiza que de acuerdo con el Art. 1 de la Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa existen dos clases de servidores legislativos, estos son los ocasionales y permanentes. En el caso que nos compete, señala la Corte que para el caso del personal legislativo permanente es la Comisión de Mesa quien designará a este personal, mediante nombramiento, pero antes de esta designación se realizará el correspondiente concurso de merecimientos y oposición. En el caso de que no se cumpliera con este procedimiento de designación, el nombramiento adolecería de ilegalidad por no respetar la disposición legal que establece un procedimiento. En el caso de incumplimiento la autoridad nominadora no podrá prescindir de los servicios del funcionario, deberá demandar la ilegalidad del acto administrativo del nombramiento, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

b) Adicionalmente la Corte Suprema textualmente dice:

“En el ejercicio del supremo principio de legalidad que informa a toda la administración pública en el régimen de derecho y más aún en un estado Social de Derecho como es la condición del Ecuador, conforme expresamente lo señala el Art. 1 de la Constitución, cualquier otro procedimiento que no sea el antes señalado, que es el determinado por la ley, para separar un funcionario, es un procedimiento arbitrario y en consecuencia la jurisdicción contenciosa administrativa, que tiene a su cargo el control de la legalidad, estaba en la obligación de declarar ilegal tal procedimiento sin que en consecuencia se pueda de manera alguna sostener que mediante esa declaración se ha violentado la normatividad constitucional.”

Entonces, podemos llegar a la conclusión de que funcionario legislativo, el doctor Ignacio Zambrano, fue destituido de manera arbitraria al no haberse respetado el procedimiento establecido para su destitución, y violentando así el principio de legalidad al que debe respetarse en toda decisión de autoridad pública. Adicionalmente la Corte Suprema en su resolución determina de manera clara que es la jurisdicción contenciosa administrativa la encargada del control de la legalidad, y por ninguna razón puede inhibirse de su conocimiento.

Para la aplicación de la legalidad administrativa Edgar Neira Orellana señala cuatro aspectos:

a) La competencia del órgano administrativo, es decir la medida de su potestad pública nace siempre de la Ley y es irrenunciable, salvo los casos de

delegación y avocación.⁸⁸ (Art. 84 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).

b) El administrador esta en la obligación de motivar todo acto o resolución emitido en el ejercicio de sus funciones. Motivación significa señalar el fundamento constitucional o legal que sustenta la decisión adoptada en una actuación o procedimiento determinados y explicar cómo esas normas son aplicables a los elementos de hecho.

c) La inexistencia de ley que regule un procedimiento o una parte de él, no podrá afectar los derechos del administrado ni los del debido proceso.

d) No se podrá aplicar ninguna sanción si la infracción y la sanción correspondientes no esta previamente tipificadas como tales en la Ley.⁸⁹

3.1.2. Control de legalidad de los actos políticos.

Como lo hemos dicho los actos políticos son dictados en ejercicio de una potestad discrecional, indelegable. Pero en realidad, ¿Qué es la actividad discrecional? De acuerdo con el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad; la discrecionalidad implica la elección de 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

⁸⁸ Por medio de la avocación, el superior jerárquico asume funciones que competen al inferior, el superior se avoca al conocimiento de ciertos asuntos que debiera resolver el inferior. En cuanto a la delegación de competencia, se produce cuando el superior jerárquico transfiere parte de sus atribuciones al inferior, aumentando así la esfera de su competencia. *Enciclopedia Jurídica OMEBA tomo I A. Driskill S.A. Páginas 332-335.*

⁸⁹ **Edgar Neira Orellana.** Op. Cit. Páginas 80-122.

potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa y judicial.⁹⁰ Lo que quiere decir que el acto político implica el escogimiento que realiza el ejecutivo y/o legislativo dentro de su potestad y competencia, sin límites jurídicos.

Entonces la pregunta que debemos plantearnos es la siguiente: ¿Están sometidos los actos políticos al control de legalidad? De acuerdo con el Art. 6 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa “las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración”.⁹¹ Si nos apegamos al sentido de la norma estaría muy claro que en nuestra legislación estos actos no son impugnables ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Según lo analizado anteriormente (Ver capítulo I) pertenece a la esencia de un acto político el carácter discrecional de la decisión. Por esto es necesario analizar cómo la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la discrecionalidad de los actos administrativos, a fin de identificar sus características y establecer si éstas pueden o no servirnos para categorizar el control de los actos políticos.

⁹⁰ **Reglamento para el Control de la Discrecionalidad.** Decreto Ejecutivo No. 3179 publicado en el Registro Oficial No. 686 del 18 de octubre de 2002.

⁹¹ **Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.** Ley 35, Registro Oficial 338, publicada el 18 de marzo de 1968. Art. 6.

Por otro lado, la Corte Suprema por su parte ha dictado varios fallos que tratan acerca de la doctrina en materia de las facultades discrecionales, y que al tratarse de más de tres fallos se han constituido en precedente jurisprudencial obligatorio. El fallo de la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, de Quito, por impugnación de un acto administrativo municipal discrecional de aprobación de planos propuesto por el señor Jaime Izurieta Maldonado contra el Municipio de Quito, en este caso si bien no nos compete lo resuelto es interesante el pronunciamiento que sobre los actos discrecionales realiza esta sala.

En este análisis la Corte determinó que los actos administrativos tienen elementos reglados⁹² y discrecionales en mayor o menor grado y que ningún juez se puede inhibir de conocer un acto administrativo, ya que le compete al control jurisdiccional determinar las acciones referente a los elementos reglados y los elementos discrecionales, ya que no es posible que desaparezca de la acción de la administración la potestad discrecional, ya que a pesar de que el acto sea reglado siempre habrá un elemento discrecional al aplicar al caso concreto la normatividad existente.

La Corte adicionalmente establece condiciones para que la discrecionalidad sea factible en nuestro sistema: a) La ley debe crear la potestad discrecional, y

⁹² Entiéndase como elementos reglados la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto. No hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido positivamente atribuida en el ordenamiento. Por lo tanto no hay potestad discrecional donde no hay norma. *Artículo de Eduardo García de Enterría. Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos.*

determinar su extensión; b) Debe asignarse el órgano competente que tendrá esta facultad discrecional; c) La potestad debe estar sujeta a los fines previstos en la Ley, ya que todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad. Esta finalidad deberá ser pública, de la utilidad o interés general del acto discrecional.

En la misma resolución los Ministros Jueces de la Corte Suprema citan la obra de Eduardo García de Enterría y determinan que las técnicas para la reducción y control judicial de la discrecionalidad son:

1) El control del fin y la desviación de poder. Esta técnica de control de la desviación de poder consiste en que si un acto administrativo discrecional se desvía de su fin, del fin en vista del cual el ordenamiento le otorgó el poder, es ilegítimo, y puede ser fiscalizable por los Tribunales⁹³. El mismo razonamiento se puede dar a los actos políticos los cuales no pueden tampoco desviarse de su fin, en caso de suceder una desviación el acto político debería ser fiscalizado.

2) El control de los hechos determinantes, que consiste en que existe una sola realidad del hecho, lo que quiere decir que si se ha producido o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no es facultad de una potestad discrecional. En consecuencia no le compete a la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no

⁹³ Eduardo García de Enterría. La Lucha contra las Comunidades del Poder. Civitas Ediciones. Madrid, España. Páginas 25-107.

ha sido así.⁹⁴ De igual manera en el acto político existe una sola realidad que es ajena a la potestad discrecional.

3) El control de los conceptos jurídicos indeterminados. Se entienden como conceptos jurídicos indeterminados al orden público, la utilidad razonable, los intereses institucionales, la buena fe, las buenas costumbres, la probidad notoria y otros; en los que su aplicación a un caso práctico no está determinada con exactitud en la ley que los crea. Su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más de una; por ejemplo: Una persona actúa o no de buena fé. Esta calificación lo diferencia de las potestades discrecionales, ya que éstas tienen una pluralidad de soluciones justas; por ejemplo; un Ministro tiene la potestad discrecional para ascender a los funcionarios de una determinada categoría y pasarlos a una categoría jerárquicamente superior, desde el punto de vista del derecho, si escoge a Manuel o a José alternativamente es igualmente justa, porque tiene la libertad de decisión. De esta manera la solución debe apegarse a criterios de valor o experiencia pero que deben ir a pegados al sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado, de esta manera se concibe como un proceso reglado-discrecional. Cabe señalar que si se puede someter a los conceptos jurídicos indeterminados a la fiscalización jurisdiccional. De igual manera en el caso de los actos políticos los cuales a pesar de su naturaleza deben apegarse al sentido de la ley que los creó.

4) El control de los principios generales del derecho. Cabe señalar que la administración no está sometida solo a la ley sino también a los principios

⁹⁴ Eduardo García de Enterría. Op. Cit. Paginas 25-107.

generales del derecho y no puede ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión a los principios generales. Es posible un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales, por el ejemplo el de la buena fe, que condenan los resultados obtenidos de las actuaciones de la administración. Otros principios operan como límites directos como en el caso del principio de igualdad. De esta manera se puede concluir que la administración en el ejercicio de sus funciones no puede violar los principios consagrados constitucionalmente. Los actos políticos también están sometidos a la Ley y a los principios generales del derecho y no pueden violarlos justificando que tienen una naturaleza discrecional.

5) El control del costo beneficio, y concluye que solo cuando los elementos discrecionales pasan por los métodos determinados anteriormente se podrá concluir que son legales.

De esta manera la Corte Suprema de Justicia reconoce que los actos administrativos discrecionales sí son impugnables, contrariando así lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El Art. 6 de la Ley de La jurisdicción Contenciosa Administrativa determina lo que no le corresponde conocer a la jurisdicción contencioso-administrativa y en su literal c) textualmente dice:

c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones

que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Si bien la ley expresamente dispone que no le compete a la jurisdicción contencioso administrativa resolver sobre los actos políticos de Gobierno, en el caso de un acto político ilegal sí caben las indemnizaciones que fueren procedentes, las mismas que deberán ser resueltas por la vía contencioso administrativa.

Varios autores entre ellos García de Enterría determinan como actos políticos a los actos que afecten la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, seguridad interior del Estado, mando y organización militar. A estos actos García de Enterría plantea dos supuestos; los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales, y en segundo lugar los actos de relación interconstitucional de los órganos superiores, es decir las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento.

Estos dos grandes grupos no provienen de la administración como tal. En el caso de las relaciones internacionales no las cumple la administración sino la persona internacional del Estado, entendido como persona jurídica desde el ordenamiento jurídico internacional. Por el otro lado en el caso de las relaciones con el Parlamento no lo cumple tampoco la administración como tal sino los titulares de los puestos supremos de la administración en cuanto que cumplen otras funciones constitucionales además de las propias de órganos de

la administración. Adicionalmente estos actos están sujetos a la jurisdicción internacional y a la jurisdicción constitucional respectivamente y no a la contencioso administrativa por no tratarse de actos administrativos verdaderos.⁹⁵

En mi opinión contempla un control sobre los actos políticos, pero la pregunta concreta en este capítulo es: ¿Están los actos políticos sujetos al control de la legalidad? De acuerdo con Gustavo Penagos toda decisión de la administración debe ajustarse al principio de legalidad, más aún si se trata de un Estado de Derecho donde el actuar de la administración debe estar siempre apegado a la legalidad. Pero ¿Se puede aplicar esta conclusión a los actos que sin ser administrativos provienen de órganos de gobierno?

Como se ha repetido históricamente hemos transitado de un Estado con ejercicio del poder absoluto a un Estado de Derecho, en donde el Estado es contrario a toda arbitrariedad, en donde el sometimiento de la administración al ordenamiento, y en consecuencia al control de los jueces es la idea nuclear de la organización democrática.⁹⁶ En el Estado de Derecho cabe señalar que no hay actos absolutos, o no enjuiciables. Sobre este tema Gustavo Penagos sostiene que mientras más perfecto sea el Estado de Derecho, más amplio es el control judicial. Además si el gobernante ha actuado dentro de los cauces

⁹⁵ **Eduardo García de Enterría.** La Lucha contra las Comunidades del Poder. Civitas Ediciones. Madrid, España. Páginas 57-85.

⁹⁶ **Dromí, José Roberto.** Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública, Editorial Temis, Bogotá, D.E., Colombia, 1980, Página 70.

señalados por la constitución y principios generales del derecho, dentro de los límites de la competencia, en forma regular, debidamente motivados y sin desviación de poder, nada tiene que temer la administración.⁹⁷

Adicionalmente la constitución es su artículo 24 numeral 17 garantiza “la tutela efectiva, imparcial y expedita” por parte de los jueces y tribunales, garantizando de esta manera que no existirá indefensión y denegación de justicia.

Es importante señalar que la relación que vincula la administración a la Ley es mucho más estricta que la relación entre la Ley y los particulares, ya que en la actividad privada “se puede hacer todo lo que no está prohibido”, mientras que en el derecho público “solo se puede hacer lo que está permitido, o sea que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente que “no sea ofensivo a la Ley” además debe ser realizado con base en alguna norma permisiva. Considero acertado lo dicho por el autor F. Fleiner que al respecto dice: “Administración legal es aquella puesta en movimiento por la Ley y ejercida dentro de los límites de sus disposiciones.”⁹⁸ Para constatar la validez de un acto político no hay que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario, en caso de ausencia de un precepto jurídico que lo admita, se podrá concluir como inválido, esto es, contrario a Derecho.

⁹⁷ **Penagos, Gustavo**. Los Actos Políticos. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985. Página 639.

⁹⁸ **F. Fleiner**, Principes généraux de droit administrative allemand, Ed. 1933, pag. 8.

En consecuencia proclamar la inmunidad de control cuando emiten "actos políticos" implicaría que los órganos de gobierno que los expiden podrían obrar sin límites atropellando los derechos de los ciudadanos, ya que no existiría bajo ese supuesto medios técnicos, de imponer límites, ni de exigir el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados. Esto es contrario al Estado de Derecho que como aspiración establece el art. 1 de la Constitución Política vigente.

4. CAPÍTULO IV

4.1. Control político de los actos administrativos y de los actos políticos.

4.1.1. ¿Cabe el control político de los actos administrativos y de los actos políticos? y ¿En qué condiciones?

Como lo hemos tratado en la introducción de este trabajo, Montesquieu elaboró mejor la idea de la división de poderes, y fue quien dispuso que cada uno de los poderes tenía la facultad de impedir y detener al otro, concibiendo de esta manera la mutua limitación entre los poderes.

El desarrollo del liberalismo planteó posteriormente la doctrina de la responsabilidad del Estado, en donde para hacerla efectiva se requiere una vigilancia y fiscalización sobre los órganos del Estado.

En la actualidad está en apogeo la teoría de la rendición de cuentas o lo que en inglés se conoce como “**accountability**”. La teoría de rendición de cuentas consiste en la transparencia en la información sobre la consecución de objetivos y sobre como se ha conseguido ese cumplimiento. Se da en tres áreas: en primer lugar en los gobiernos y los organismos públicos; en segundo lugar, en las fundaciones, asociaciones y organizaciones no gubernamentales;

en tercer lugar en el sector privado, es decir, en las empresas. De esta manera nace un control aplicable no solo para el sector público sino también privado.⁹⁹

Roberto Dromi señala que antes, durante y después del acto se debe realizar un control. El control tiene por misión *“fiscalizar el ajuste que debe operarse entre los fines señalados por el legislador y las conductas manifestadas por el administrador”*, de esta manera se busca verificar los medios y los fines utilizados. Se requiere de acuerdo con este autor un sistema eficaz de control público, ya que no hay poder sin control. Por ello debe imponerse el control para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios de derecho y buena administración, en la que debe imperar como fin el bien común. De acuerdo con Dromi:

El que administra tiene el deber jurídico de dar cuenta de su administración y de responder de sus actos en tanto aquella lleva implícita la idea de control. Significa pedir cuenta por una parte y responder por la otra. Estos principios fundadores de todo ordenamiento jurídico, son aplicables al administrar la “cosa pública” y constituyen el principio de juridicidad del actuar de la administración.

De acuerdo con este autor el control puede ser según su naturaleza: jurídico, político y técnico contable, y según el procedimiento: administrativo, legislativo y judicial.

De acuerdo con Hernán Salgado Pesantes, la naturaleza del control está establecida en la Constitución, por lo tanto, es el ordenamiento jurídico el que

⁹⁹ www.crue.org. Roc Fages. La rendición de cuentas.

crea, regula y legitima el control del poder.¹⁰⁰ Según este autor, la institución del control contiene varias especies que podrían dividirse entre los controles jurídicos y los controles políticos. Para diferenciarlos enumeraremos las características de cada uno por separado y que se resumen de la siguiente manera:

a) Control Jurídico:

- Forman parte de este control, el control constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa.
- Es un control de carácter objetivo porque se fundamenta en normas de derecho y en reglas que limitan la discrecionalidad del juzgador.
- Rigen los principios de imparcialidad e independencia de los jueces.
- Las personas que realizan el control jurídico son determinadas en base a su preparación y conocimiento jurídico.
- La valoración debe sujetarse a normas de derecho.
- El control jurídico trae como consecuencia una sanción que está determinada en la Ley.

b) Control Político:

- Los controles de naturaleza política son el juicio político, las comisiones de investigación del legislativo y las administrativas autónomas, cuestiones de confianza, interpelaciones, entre otros.

¹⁰⁰ **Salgado Pesantes, Hernan.** *Teoría y práctica del control político, el juicio político en la Constitución Ecuatoriana.* Pagina 249. Artículo publicado en la revista de Temas de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional. Quito, octubre 2003.

- Es un control de carácter subjetivo ya que se basa en criterios de confianza y oportunidad, la valoración se basa en la libre apreciación de quien juzga.
- No rige la imparcialidad e independencia más bien la oportunidad es decir la valoración que se efectúa por razones políticas.
- Las personas que realizan el control político son determinados en virtud de su condición política y no de su preparación y conocimientos jurídicos como ocurre en los órganos jurisdiccionales.
- El objeto puede ser un acto o conducta política concreta o una actuación política de un órgano.
- La valoración se da con absoluta libertad de criterio, por un órgano político.
- El control político no necesariamente trae como consecuencia una sanción, ya que no está establecido para todos los casos.
- A diferencia que en el control jurídico, en el político reina la voluntad ya que quien ejerce el control decide cuándo y cómo ejercer el control. Existe la posibilidad de que el control no sea ejercido por quien está facultado para hacerlo.

De las características señaladas por Hernán Salgado podemos concluir que el control político entraña siempre una decisión política basada en razones políticas, que trae como consecuencia una fiscalización del poder público. De acuerdo con el autor Luís Enrique Berrocal *“El control político es el que se ejerce por razones de conveniencia y eficacia de los actos administrativos y en*

*general de las actuaciones de las autoridades estatales, atendiendo ante todo el interés general.*¹⁰¹

De acuerdo con Roberto Dromi existe un sistema de control consagrado en la Constitución. Sobre la base de lo determinado por Dromi y realizando una comparación con la legislación ecuatoriana, podemos determinar que principalmente existen los siguientes controles:

1) Los organismos de control: Estos organismos sirven para la prevención y solución de conflictos surgidos en la prestación de bienes y servicios.

La Constitución Política de la República del Ecuador en sus artículos 211 y siguientes establece:

1.1. La Contraloría General del Estado: Organismo que controla los ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.

1.2. La Procuraduría General del Estado: Que ejerce control de legalidad y representa judicialmente al Estado a través de su máximo personero el Procurador General del Estado.

1.3. El Ministerio Público: Entidad que tiene como función el patrocinio de la sociedad en los casos establecidos en la Ley.

1.4. La Comisión de Control Cívico de la Corrupción: Que realiza las acciones necesarias con la finalidad de prevenir, investigar, identificar e individualizar los actos de corrupción, y difundir valores y principios de transparencia en el manejo de los asuntos públicos.

¹⁰¹ **Berrocal Guerrero, Luis Enrique.** Manual de Derecho Administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Segunda Edición Librería Ediciones Profesional Ltda. Páginas 377 y siguientes.

1.5. De las Superintendencias: Tiene como objeto controlar a las instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general.

A pesar de que no se encuentre dentro del Título X correspondiente a los organismos de control, es importante que incluyamos al Defensor del Pueblo quien tiene como finalidad promover o patrocinar los recursos de habeas corpus, habeas data y amparo, así como también defender, de oficio o a petición de parte, los derechos consagrados en la constitución, las leyes y los convenios internacionales.

2) Mecanismos de Control Social: Consiste en otro modo de participación del individuo y de la sociedad. Este mecanismo se plasma en la consulta popular, la iniciativa popular y la revocatoria del mandato.

La consulta popular de acuerdo con los artículos 103 y siguientes de la Constitución Política podrá ser convocada por el Presidente de la Republica en los casos de reforma a la constitución, y en cuestiones que considere de trascendental importancia para el país. De igual manera, están facultados también a convocar a consulta popular los ciudadanos que representen el 8% del padrón electoral y podrán convocar en asuntos de importancia para el país. Finalmente podrán también convocar a consulta los organismos del régimen seccional, para consultar a los ciudadanos de su circunscripción territorial.

Por otro lado, la iniciativa popular en la Constitución Política está principalmente reflejada en la facultad que tienen los ciudadanos para presentar proyectos de Ley y para solicitar la revocatoria del mandato, siempre y cuando en ambos casos se cumpla con las exigencias establecidas en Constitución. La Ley Orgánica de la Función Judicial dispone que se podrán presentar reformas a la Constitución por parte de la "iniciativa popular" ¹⁰².

De esta manera, la consulta popular constituye un control político previo por parte de la comunidad, respecto de decisiones o actos jurídicos relacionados con asuntos que ofrezcan especial interés o trascendencia para los intereses de la comunidad, toda vez que si la decisión mayoritaria es no, dichos actos no podrán proferirse.

Adicionalmente la revocatoria del mandato también es un mecanismo de control social. La revocatoria del mandato en nuestra legislación se aplica a los alcaldes, prefectos y diputados cuando éstos hayan cometido actos de corrupción o hayan incumplido de manera injustificada su plan de trabajo. La iniciativa para la revocatoria del mandato la podrán ejercer por lo menos los ciudadanos que en el ejercicio de sus derechos políticos, representen el 30% de los empadronados en su respectiva circunscripción territorial. Cuando se trate de actos de corrupción, la revocatoria podrá solicitarse en cualquier tiempo del periodo para el cual fue elegido el dignatario, mientras que en los casos de incumplimiento de del plan de trabajo, se podrá solicitar después de transcurrido el primer año y antes del ultimo año de las funciones. Para que se

¹⁰² **Ley Orgánica de la Función Legislativa.** Ley 139, Registro Oficial Suplemento 862 publicada el 29 de enero de 1992. Art. 74

haga efectiva la revocatoria del mandato deberá existir un pronunciamiento favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes de esa circunscripción. La revocatoria del mandato favorable trae como consecuencia la cesación del funcionario y la subrogación de quien le corresponda por ley.¹⁰³

3) **Juicio político:** En este capítulo trataremos más a fondo el control político ejercido por el Congreso Nacional, quien tiene la competencia de enjuiciar políticamente a determinados órganos de gobierno y funcionarios del Estado.

Varios tratadistas coinciden que la forma más efectiva de ejercer el control político es el juicio político ya que a través de él la Función legislativa fiscaliza los titulares de diversos órganos del Estado, quienes han sido nombrados por o en coparticipación con la Función Legislativa, con excepción por supuesto del Presidente y Vicepresidente de la República, en los regímenes presidenciales como es el caso de la República del Ecuador.

El juicio político tiene su antecedente en la institución inglesa del “**impeachment**” que consiste en la acusación por actos o delitos graves que hace la Cámara de los Comunes ante la Cámara de los Lores, contra funcionarios reales. Este trámite termina con un veredicto expedido por los Lores que, de no ser absolutorio, concluye con la destitución del funcionario.¹⁰⁴

¹⁰³ **Constitución Política de la República del Ecuador.** op. cit. Art. 109-112.

¹⁰⁴ **Hernán Salgado Pesantes.** Teoría y práctica del control político, el juicio político en la Constitución Ecuatoriana. Pagina 249. Artículo publicado en la revista de Temas de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional. Quito, octubre 2003.

A pesar de que el juicio político tiene raíces anglosajonas, en América Latina el proceso es más político que jurisdiccional, porque no lo resuelve un tribunal de justicia como fue en su origen La Cámara de los Lores que hasta la fecha actual tiene atribuciones judiciales.

La norma constitucional que se refiere al juicio político establece:

Art. 130.- El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

9.- Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional, del Presidente y Vicepresidente de la República, de los Ministros de Estado, del Contralor General y Procurador del Estado, del Defensor del Pueblo, del Ministro Fiscal General; de los Superintendentes, de los Vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas. (...)

La misma norma dispone que en el caso del Presidente y Vicepresidente de la República sólo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, y su censura y destitución solo podrá resolverse con el voto conforme de las 2/3 partes de los integrantes del Congreso. No será necesario enjuiciamiento penal previo para iniciar este proceso.

Respecto a los demás funcionarios indica que podrán ser enjuiciados políticamente por el cometimiento de infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño de su cargo, y podrá el Congreso censurarlos por la mayoría de sus integrantes una vez que se determine su culpabilidad. En el

caso de que el funcionario fuere censurado, será destituido de inmediato, salvo en el caso de los Ministros de Estado, en donde la decisión final le corresponderá al Presidente de la República. Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal, deberán remitir el asunto a conocimiento de un juez penal.

Cabe señalar que según un criterio dado por el Procurador General del Estado la Contraloría General del Estado no podría determinar responsabilidades civiles y administrativas culposas; ni presunciones de responsabilidad penal contra los funcionarios que deben ser juzgados por el Congreso Nacional.¹⁰⁵ Es discutible ya que el procurador ha confundido el control político del Congreso Nacional con auditoria gubernamental de bienes y recursos públicos.

Si bien con la norma citada está claro que en nuestra legislación sí existe el control parlamentario o control político y que éste se refleja en el enjuiciamiento político, cabe analizar si la naturaleza del control parlamentario es verdaderamente jurídica o política. A este respecto la doctrina italiana y española sostiene que se trata de un control jurídico ya que si una institución es regulada por el derecho, esta institución es jurídica.

En consecuencia sobre la base de lo dicho en el párrafo anterior se podría concluir que al encontrarnos en un estado de derecho en donde las atribuciones de los órganos deben estar establecidas en la constitución o en

¹⁰⁵ **Absolución de Consultas de la Procuraduría General del Estado, parte 8.** Resolución de la Procuraduría General del Estado 8, Registro Oficial 646 de 22 de agosto de 2002.

una ley, todas estas atribuciones al tener como base una norma jurídica tendrían una naturaleza también jurídica.

De acuerdo con Hernán Salgado Pesantes, la naturaleza supuestamente jurídica del control parlamentario es relativa. Un ejemplo ilustrativo de este hecho es la disolución del parlamento en el régimen parlamentario que está regulada jurídicamente, pero que proviene de decisiones en donde primaría las razones de carácter político, como son los cálculos electorales políticos. Adicionalmente dispone en el caso de control en donde la sanción no está contemplada en la norma, no constituiría medios de control parlamentario, constituyéndose de esta manera en un control ineficaz.¹⁰⁶

Por las razones anteriormente expuestas podemos concluir que el control parlamentario antes que jurídica, es de naturaleza política, de esta manera se puede determinar que quizás no siempre existirá una sanción inmediata, pero no impide que se configure en un futuro.

Roberto Dromi a más de los organismos de control, los mecanismos de control y el juicio político, considera también como mecanismos de control; a) La aprobación del presupuesto del Estado por parte del Congreso. De esta manera el legislativo controla el programa financiero del gobierno. ; b) El control

¹⁰⁶ **Salgado Pesantes, Hernán.** *Teoría y práctica del control político, el juicio político en la Constitución Ecuatoriana.* Pagina 249. Artículo publicado en la revista de Temas de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional. Quito, octubre 2003.

que ejerce el Presidente de la República al ser el jefe del Estado y del Gobierno y responsable de la administración pública, entre otros.

Por otro lado, el autor Luís Enrique Berrocal Guerrero considera que hay dos clases de control político de los actos administrativos, el control político institucional y el control político popular. El control político institucional es el que está a cargo de determinados organismos o autoridades expresamente señaladas por la Constitución y la Ley, como son el Congreso, los concejos municipales, los gobernadores y alcaldes. Estos organismos ejercen el control a través de su facultad de establecer reglas tanto sustantivas como adjetivas, para expedir actos administrativos como es el fijar políticas, objetivos y solicitar a los funcionarios a su cargo un informe sobre los asuntos que encuentran bajo su responsabilidad. El control político popular, es el que esta dado a los ciudadanos para confirmar o derogar los actos de las autoridades estatales, el cual se ejerce a través del plebiscito, del referendo y de la consulta popular¹⁰⁷, y en nuestro sistema la revocatoria del mandato. En nuestra legislación no se establece una definición de referendo y plebiscito pero sí trata de manera amplia la consulta popular como lo estudiamos con anterioridad.

Como lo hemos tratado a lo largo de este capítulo, si cabe el control político de los actos administrativos inclusive la doctrina nos permite diferenciar entre un control político institucional de los actos administrativos y un control político

¹⁰⁷ **Berrocal Guerrero, Luis Enrique.** Manual de Derecho Administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Segunda Edición Librería Ediciones Profesional Ltda. Paginas 377 y siguientes.

popular de los actos administrativos. Nuestra Constitución no hace diferencias entre acto político y acto administrativo de los funcionarios de Estado que pueden ser enjuiciados políticamente. Sin embargo del texto del artículo 130 numeral 9 se desprende que tanto los actos administrativos como los actos políticos están, por igual, sometidos a la fiscalización política del Congreso Nacional.

Para que exista este control creo que es fundamental que se den los siguientes requisitos:

- La potestad de control debe estar prevista en la Constitución Política.
- A pesar de tratarse de una decisión política, debe tener como finalidad el bien común, y constituir un argumento lógico y fundamentado en la oportunidad.

5. CAPÍTULO V

5.1. Conclusiones y recomendaciones

1.- El desarrollo que Francia le da al tema de los “actos políticos” a través de la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado influyó en gran manera a España y de allí esa doctrina irradiaría a los países de América Latina como Venezuela, Colombia y Argentina, en donde tardíamente se adopta la tesis de que no existen actos inmunes al control. En los Estados Unidos de América el sistema de precedentes determinó un análisis independiente de cada caso, sin embargo el criterio aplicado es que actos políticos para ser tales debían proceder de un órgano del gobierno en ejercicio de funciones públicas.

2.- Para poder diferenciar un “acto administrativo” de un “acto político” debemos partir de sus respectivas definiciones. De la definición que varios autores han dado del acto administrativo podemos concluir que un importante sector de la doctrina coincide en que el acto administrativo es una declaración de voluntad emanada de autoridad administrativa, la cual toma determinada resolución en el ejercicio de su potestad pública, y que su decisión, produce efectos jurídicos para el administrado. Algunos autores coinciden en que estos actos para ser administrativos deben proceder del poder ejecutivo que ejerce funciones propiamente administrativas, y no del legislativo ni del judicial. En mi opinión esta última apreciación no es precisa pues tanto la Función Judicial

como la Función Legislativa ejercen autoridad administrativa y en su ejercicio expiden actos administrativos. Por otro lado, las definiciones que sobre el acto político han dado varios autores permiten extraer las siguientes características: i) que el acto político es de naturaleza política; ii) Que proviene de los gobernantes en el ejercicio de su actividad política; iii) Que debe ajustarse al bien común, y iv) Que no está exento del control jurisdiccional y afecta directamente a los gobernados.

3.- Tanto de las definiciones como de las características podemos extraer como elementos diferenciadores los siguientes:

-El acto administrativo es dictado por un órgano administrativo en ejercicio de una potestad administrativa que debe estar prevista en una ley, mientras que el acto político se genera en el ejercicio de una potestad prevista en la Constitución para los órganos de gobierno u otros órganos de alta dirección establecidos en la Constitución.

- Los actos administrativos afectan derechos subjetivos de forma directa, mientras que los actos políticos afectan derechos objetivos.

- La mayoría de los actos administrativos provienen de la actividad pública de la administración y los actos políticos del Gobierno o del Parlamento.

- En el caso de los actos administrativos la manifestación de la voluntad puede ser expresa (resolución) o tácita (silencio administrativo). Mientras que en el acto político por lo general la manifestación de la voluntad es expresa.

- Las finalidades del acto administrativo deben ser únicamente las previstas en la ley, es decir siempre conlleva un presupuesto de legalidad. Por otro lado la

finalidad del acto político no necesariamente debe estar prevista en la ley sino en las exigencias consustanciales, a la seguridad, defensa y orden del Estado.

- Un acto administrativo no puede tener fines políticos, y la administración no debe tomar decisiones en función de consideraciones políticas.

4.- En lo correspondiente al control constitucional que fue desarrollado en el capítulo II de este trabajo, cabe señalar que la Ley de Control Constitucional vigente en nuestra legislación es anterior a la Constitución Política, por esta razón, existen incongruencias que han llevado a los jueces a aplicar la Ley de Control Constitucional en todo en lo que no contravenga a la Constitución. Inclusive, la Corte Suprema de Justicia ha dictado normas con la finalidad de regular la Ley de Control Constitucional, ejerciendo de esta manera atribuciones que no le competen.

Para entender el control constitucional ejercido por el Tribunal Constitucional en este trabajo se ha analizado la inconstitucionalidad, el recurso de amparo y el habeas data de los actos administrativos y de los actos políticos.

5.- Como sabemos, la legislación ecuatoriana prevé la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos de autoridad pública, la misma que, de ser declarada, revoca el acto inconstitucional y no existe recurso alguno de este pronunciamiento. Por otro lado, si bien la acción de inconstitucionalidad de un acto político no está tipificada en nuestra legislación,

es aplicable el mismo procedimiento utilizado para los actos administrativos a pesar de tratarse de actos de naturaleza diferente. Un ejemplo de lo dicho respecto a los actos políticos son los casos 018-2001-TC, 019-2001-TC y 023-2001-TC (acumulados) en los que el Presidente de la República en el ejercicio de su facultad presentó un proyecto de ley que incluía varias reformas, entre ellas el incremento del IVA al 15%, la facultad de presentar proyectos como conocemos nace de la constitución y no de la ley, y no afecta un derecho subjetivo. Estos argumentos nos permiten concluir que se trata de un acto eminentemente político.

6.- Dentro del control constitucional que lo tratamos en el Capítulo II incluimos a la acción de amparo, la misma que para que sea aplicable es necesario que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que exista un acto u omisión ilegítimos de autoridad de la administración pública.
- b) Que tal hacer o no hacer de la administración pública sea violatorio a los derechos, garantías y/o libertades individuales de la persona accionante, consagradas por la Constitución o en tratados internacionales.
- c) Que tal situación cause o pueda causar de manera inminente un daño grave.

Al tratarse de una garantía de los derechos, en caso de que se otorgue el amparo al afectado, se suspenderá de manera definitiva el acto u omisión

impugnados, disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado.

No cabe duda que se puede interponer una acción de amparo de actos administrativos, pero no existe la misma certeza cuando se trata de actos políticos no obstante que el Art. 95 de la Constitución Política se refiere de manera general al “acto ilegítimo” proveniente de autoridad sin especificar ni categorizar a dichos “actos”.

El Tribunal Constitucional emitió la resolución 230-III-sala-2000 mediante la cual revocó el amparo otorgado por el juez décimo de lo penal de Pichincha dentro de la acción que impugnó las elecciones, designación de dignidades y todas las resoluciones que se llevaron a cabo en el Congreso Nacional el 1 de agosto de 2000. Esta resolución consideró que la elección de dignidades pertenece a la categoría de los actos políticos o de gobierno “no justiciables”, denominados también institucionales, que son de cumplimiento inmediato, por estar ligados a la vigencia del Estado de Derecho.

Aunque haya sido el Tribunal Constitucional el órgano que sentó tan importante precedente, considero necesario destacar los argumentos jurídicos involucrados en esta temática, previo a concluir si el amparo constitucional comprende o no a los actos políticos. Esos argumentos son los siguientes:

-Según el texto constitucional la acción de amparo no se refiere específicamente a la impugnación de actos administrativos sino de cualquier

acto u omisión ilegítimos de una autoridad, lo que significa que esta acción pueda plantearse en contra de actos que no necesariamente tengan la calidad de administrativos.

-Sin embargo de lo anterior, los denominados “actos de gobierno” de acuerdo a una interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia, son aquellos que producen efectos generales y no derechos subjetivos como sucede con los actos susceptibles de amparo constitucional.

Por tanto, el amparo constitucional no comprende a los actos políticos porque éstos no afectan al derecho subjetivo de una persona, consagrado en la Constitución Política. Este argumento no puede llevarnos a la conclusión de que sobre el acto político no exista control de carácter constitucional, puesto que queda a salvo la acción de inconstitucionalidad.

7.- De lo explicado en el capítulo III, podemos afirmar que el principio de legalidad consagrado en el artículo 119 de la Constitución Política es el sometimiento de la administración pública a la Constitución, a la ley y al derecho. Es necesario entonces que nos respondamos primeramente si ¿Cabe el control de legalidad de los actos administrativos? La respuesta es sí, y es la Jurisdicción Contencioso Administrativa la encargada de resolver como lo demuestran los casos que han sido analizados. Cabe señalar que la ley expresamente dispone que no le compete a la jurisdicción contencioso administrativa resolver sobre los actos políticos de Gobierno, pero en el caso

de un acto político ilegal sí caben las indemnizaciones que fueren procedentes, las mismas que deberán ser resueltas por la vía contencioso administrativa. Debemos finalmente tener presente que en un Estado de derecho no hay actos absolutos o no enjuiciables.

8.- El control de acuerdo a su naturaleza puede ser político, como lo vimos en el Capítulo IV los autores coinciden en que el control jurídico y el político son diferentes, ya que el primero se fundamenta en normas de derecho mientras que el segundo se basa en criterios de oportunidad, es decir que su valoración se efectúa por razones políticas.

En nuestra legislación existe un sistema de control, conformado principalmente por los Organismos de Control, el Defensor del Pueblo, lo denominado por varios autores como los Mecanismos de Control Social y el juicio político. Cabe señalar que los Mecanismos de Control Social que permiten el ejercicio de los derechos políticos comprenden la consulta popular y la iniciativa popular, la última está reflejada en la facultad que tienen los ciudadanos para presentar proyectos de ley y para solicitar la revocatoria del mandato.

En mi opinión las formas más efectivas de ejercer un control político son la consulta popular, la revocatoria del mandato y el juicio político. La consulta popular porque se trata de un control previo de asuntos de trascendencia nacional. La revocatoria del mandato que consiste en la facultad que tienen los ciudadanos de cesar un funcionario que no ha cumplido lo ofrecido, es decir, su

plan de trabajo. En el caso del juicio político, a través de él la Función Legislativa fiscaliza a los titulares de diferentes órganos del Estado.

9.- Por otro lado, cabe el control político de los actos administrativos, inclusive la doctrina nos permite diferenciar entre un control político institucional de los actos administrativos y un control político popular de los actos administrativos. Nuestra Constitución no hace diferencias entre acto político y acto administrativo de los funcionarios de Estado que pueden ser enjuiciados políticamente. Sin embargo del texto del artículo 130 numeral 9 se desprende que tanto los actos administrativos como los actos políticos están, por igual, sometidos a la fiscalización política del Congreso Nacional. Adicionalmente para que exista control es fundamental que la potestad de control deba estar prevista en la Constitución y que a pesar de tratarse de una decisión política, debe tener como finalidad el bien común, y fundamentado en razones de oportunidad.

10.- Es recomendable que en nuestra legislación se revise la resolución No. 1 de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 378 de 27 de julio de 2001 que interpreta la acción de amparo constitucional, y concluye que no cabe amparo de los actos de gobierno, es decir de aquellos que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en ejercicio de una actividad indelegable y que tengan alcance o efecto general. Esta revisión se debe dar por varias razones, principalmente porque la Corte Suprema de Justicia afirma interpretar el artículo 42 de la Ley de Control Constitucional pero

en realidad interpreta el artículo 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador, de esta manera está interpretando y limitando una norma constitucional, facultad que no tiene. Adicionalmente violenta la independencia de los jueces al ponerle un instructivo para la resolución de la acción de amparo.

Si bien existe la inconstitucional resolución de la Corte Suprema de Justicia enunciada en el párrafo anterior, que define a los actos de gobierno, la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa en su artículo 26 literal c) enumera actos de gobierno no susceptibles de control judicial. Lamentablemente estas disposiciones aisladas no permiten afinar que el acto político aparezca claramente diferenciado del acto administrativo en nuestro sistema legal.

En el sistema legal del Ecuador no se define a los actos políticos y la jurisprudencia no ha aportado para distinguirlos, es por esta razón que es importante llamar la atención del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, para que sea la Jurisprudencia la que con fuerza de sus fallos vaya delineando las instituciones jurídicas e interpretando la Constitución

Adicionalmente es necesario acudir a la doctrina de los tratadistas, la misma que define a los actos políticos como aquellos “provenientes de los gobernantes en el ejercicio de su actividad política, los mismos que no están exentos del control jurisdiccional”.

El control de los actos políticos se entiende entonces como el control constitucional y político, de esta manera se constituye a los actos políticos en actos "justiciables", respetando así el Estado de Derecho que rige en la República del Ecuador.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1. Doctrina

- **Malberg de Carré R.** *Teoría General del Estado*. Prefacio de Hector Gros Espiell. Facultad de derecho UNAM, fondo de cultura económica. México 1998 páginas 480-520.

- **García de Enterría, Eduardo.** *La Lucha contra las Comunidades del Poder*. Civitas Ediciones. Madrid, España. Todo el libro.

- **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.** Edición 2000. Ciedla Buenos Aires, Argentina. Páginas 335-338.

- **Wray, Alberto.** *Derecho Procesal Constitucional*. Volumen 2. Pro Justicia y el Fondo Editorial del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. El acto de autoridad de Alejandro Ponce Martínez. Páginas 93-112.

- **Pérez Tremps, Pablo.** *Los derechos fundamentales*. Corporación editora nacional, Quito 2004. Los actos de Gobierno. Páginas 207-209.

- **Pérez, Efraín.** *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución.* Ediciones Estade, Quito. Los actos políticos. Páginas 62-65.

- **Temas de Derecho Constitucional.** Colegio de Jurisprudencia de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional. Teoría y práctica del control político, el juicio político en la Constitución Ecuatoriana. Hernán Salgado Pesantes. Páginas 247-280.

- **Revista Iuris Dictio.** Universidad San Francisco de Quito. Febrero 2002 Año III No. 5. La noción de acto administrativo en el Derecho Público Ecuatoriano, Efraín Pérez. Páginas 76-86.

- **Anbar,** Diccionario Jurídico. Volumen 1. Fondo de Cultura Ecuatoriana 1997.

- **Omeba,** Enciclopedia Jurídica. Tomo 1. Bibliografica Omeba. Driskill S.A. Buenos Aires 1954. Pagina 327 y siguientes y 367.

- **Escriche, Joaquín.** Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Editorial TEMIS Bogota. 1977.

- **Cabanellas, Guillermo.** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Reliasta. Ventiava edición. Tomo 1, 1981.

- **Borja y Borja, Ramiro.** Teoría General del Derecho Administrativo. Libro Tercero, título IX. Esencia y Comprensión del Acto Administrativo. Ediciones Depalma, Segunda Edición 1995.

- **Entrena Cuesta, Rafael.** Curso de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Quinta Edición. 1974. El Acto Administrativo.

- **Cassagne, Juan Carlos.** Derecho Administrativo. Tomo n. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Capítulo n. Actos y Situaciones Jurídicas Originadas por la Actividad de la Administración Pública.

- **Jaramillo Ordóñez, Hernán.** La Actividad Jurídica de la Administración. Centenario de la Fundación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Laja. 1995.

- **Penagos, Gustavo.** Los Actos Políticos. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985.

- **Ghigliani Alejandro.** Control Jurisdiccional de Constitucionalidad. Editorial Depalma, 1952. Página 88 y siguientes.

- **Enciclopedia Jurídica OMEBA.** Definición de acto administrativo. Bibliográfica Ameba. Páginas 327-350.

- **Brewer-Carias, Allan R.** El Control de la Constitucionalidad de los Actos Estatales, Colección de Estudios Jurídicos, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1977, Páginas 108 a 114.

- **Dromi, José Roberto.** Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, páginas 118 a 120.

- **Ruptura II.** Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común. Dr. Edgar Neira Orellana. Páginas 80-122.

- **Berrocal Guerrero, Luis Enrique.** Manual de Derecho Administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Segunda Edición Librería Ediciones Profesional Ltda. Páginas 377 y siguientes.

- **Pérez Ordóñez, Diego.** *Sobre el Estado de Derecho.* Revista Juris Dictio de la Universidad San Francisco de Quito. Páginas de la 88-97.

- **Bockenforde, Ernst Wolfgang,** *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia,* Madrid, Trotta, -2000, páginas 17-46.

- **Larrea Holguin, Juan.** Manual de Derecho Constitucional. *La Constitución de 1998*. Segunda Edición actualizada. Volumen I, año 2000. Páginas 26 y 27.

- **Penagos, Gustavo.** Los Actos Políticos. Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición 1985. Pagina 1 y siguientes.

- **Neira Orellana, Edgar.** Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común. Páginas 80-122. Artículo publicado en la revista Ruptura No. II tomo II, libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

- **F. Fleiner,** Principes génériques de droit administrative allemand, Ed. 1933, pag. 8.

- **Salgado Pesantes, Hernan.** *Teoría y práctica del control político, el juicio político en la Constitución Ecuatoriana.* Pagina 249. Artículo publicado en la revista de Temas de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional. Quito, octubre 2003.

- **Absolución de Consultas de la Procuraduría General del Estado, parte 8.** Resolución de la Procuraduría General del Estado 8, Registro Oficial 646 de 22 de agosto de 2002.

6.2. Páginas Web

- www.cut.org.co. Gran Coalición democrática. Seminario Nacional de construcción programática. Defensa de los Estados de Derecho. Bogotá 4-5 de marzo de 2005.
- www.tribunalconstitucional.gov.ec. Ley de Control Constitucional y Tribunal Constitucional.
- www.crue.org. Roc Fages. La rendición de cuentas.

6.3. Legislación

Ecuatoriana

- Constitución Política de la República del Ecuador
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
- Ley de Control Constitucional
- Reglamento para el Control de la Discrecionalidad.
- Reglamento Orgánico funcional del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo
- Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa
- Ley Orgánica de la Función Legislativa

6.4. Jurisprudencia y casos prácticos

- Resolución de la Corte Suprema de Justicia 1, RO 378, 27 de julio de 2001.

- Resolución No. 230-III sala-2000. caso No. 762-00-RA. Tribunal Constitucional 16 de agosto de 2000.

- Caso No. 0009-2004. Primera Sala Tribunal Constitucional. Quito, 10 de marzo de 2005.

- Casos: Nros. 018-2001-TC, 019-2001-TC y 023-2001-TC. (Acumulados) Inconstitucionalidad de la tarifa del 14% del IVA. Tribunal Constitucional.

- Caso: No. 762-00-RA. Resolución No. 230-III-2000. Tribunal Constitucional. Quito, 16 de agosto de 2000.

- Casos 036-2001-TC, 042-2001-TC y 044-2001-TC, acumulados. Tribunal Constitucional.

- Recurso de Amparo. Tribunal Constitucional. Resolución 370-99-RA-II.S, Número 370. Quito, 20 de septiembre de 1999.

- Recurso de Casación. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Quito, 15 de noviembre de 2000.