



**UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS
FACULTAD DE DERECHO**

**La Potestad Reglamentaria del Presidente de la República en el Ecuador y
los Reglamentos Administrativos aplicados al Derecho Ecuatoriano.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado.

Profesor Guía

Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez

Autor

Gonzalo H. Muñoz Hidalgo

Año

2010

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez

CC. 1705092797-7

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE:

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

Gonzalo H. Muñoz Hidalgo

CC. 171314686-6

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Jesús y a la Virgen María por guiarme y protegerme siempre a lo largo mi vida.

A los Doctores Jorge Baeza y Freddy Figueroa por su apoyo y colaboración a lo largo de mi carrera.

A la persona que dirigió mi tesis. Sin lugar a dudas mi amigo y mi maestro.

DEDICATORIA

A mi padre Gonzalo, un ejemplo de rectitud y honestidad. Un amigo que estuvo a mi lado siempre en todos los momentos de mi vida. Este es solo uno de los frutos de tu esfuerzo y dedicación para ser de mí un hombre de bien.

A mi madre Sandra, gracias siempre por tu cariño y amor. Esto te lo debo a ti también por toda la ayuda que me has dado.

A mis hermanos, Alejandro, María Emilia y María de la Paz. Sé que siempre los tendré a mi lado.

A mis abuelos, gracias por su amor y por consentirme todo el tiempo desde niño. Le agradezco a Dios haber podido vivir a su lado siempre.

A mi tía Moni, te quiero mucho, gracias por tu amor y tu ayuda en todo momento.

Con todo el amor del mundo a María Augusta, mi segunda madre y mejor amiga.

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre los reglamentos administrativos explicados en la doctrina del derecho administrativo y su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A lo largo del mismo se expondrá la naturaleza jurídica de cada uno de ellos, explicando detalladamente la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República y los diferentes tipos de reglamentos existentes, exponiendo ejemplos en la legislación nacional como en legislaciones extranjeras.

Se analizarán casos específicos que han causado dudas o interpretaciones incorrectas debido a la falta de una normativa que establezca claramente la naturaleza de los reglamentos.

Finalmente se darán posibles soluciones a los problemas existentes en torno a los reglamentos dentro del derecho administrativo ecuatoriano.

ABSTRACT

This paper deals with the administrative regulations explained in the doctrine of administrative law and its application in the Ecuadorian legal system.

Along the same state the legal nature of each of them, explaining in detail the regulatory power does the President of the Republic and the different types of existing regulations, giving examples of national legislation on foreign laws.

Will analyze specific cases that have caused doubts or misinterpretations due to lack of legislation setting out clearly the nature of the regulations.

Finally, give possible solutions to existing problems around the regulations within the Ecuadorian administrative law.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	---

CAPITULO I

FUENTES PRINCIPALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	3
---	---

1.1.- La Constitución.....	4
1.2.- Los Tratados Internacionales.....	5
1.3.- La Ley.....	6
1.4.- El decreto – ley.....	8
1.5.- El Reglamento.....	9
1.6.- La Jurisprudencia.....	10
1.7.- La Doctrina.....	12
1.8.- Principios generales del derecho.....	13
1.9.- Las Ordenanzas y otros Actos del Poder Público.....	14

CAPITULO II

LA IMPORTANCIA DEL REGLAMENTO DENTRO DEL ORDEN JERARQUICO NORMATIVO DE UN ESTADO DE DERECHO ...	15
--	----

2.1.- Concepto de Reglamento.....	15
2.2.- Naturaleza Jurídica.....	17
2.2.1 Diferencias sustanciales entre la Ley y el Reglamento	17
2.2.2 Diferencias sustanciales entre el Acto Administrativo y el Reglamento.....	18
2.3.- Requisitos de Validez de los Reglamentos.....	20

2.3.1.- La competencia para expedirlos.....	20
2.3.2 Jerarquía Normativa.....	22
2.3.3 Procedimiento para la elaboración de normas reglamentarias.....	22
2.4.- Control de la discrecionalidad en la expedición reglamentaria.....	24
2.5 Irretroactividad.....	25
2.6 Clases de Reglamentos.....	26

CAPITULO III

EI REGLAMENTO DE EJECUCIÓN O POTESTAD REGLAMENTARIA.....	27
---	-----------

3.1.- Concepto.....	27
3.2 Justificación de la Potestad Reglamentaria.....	29
3.3.- Ejemplos en la Legislación Internacional.....	30
3.3.1 Legislación Argentina.....	30
3.3.2.- Legislación Española.....	31
3.4.- Ejemplos en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.....	32
3.5.- El abuso de la potestad reglamentaria.....	34
3.6.- Límites de la Potestad Reglamentaria.....	35

CAPITULO IV

EL REGLAMENTO DELEGADO.....	37
4.1.- Concepto.....	37
4.2.- Historia del Reglamento delegado.....	38
4.3.- Naturaleza Jurídica.....	42
4.4.- Tipos de Delegación.....	43

4.5.- Aceptación y Negación del Reglamento Delegado entre la Doctrina.....	44
4.6.- La Subdelegación.....	45
4.7 Delegación a otros Órganos.....	46
4.8.- Ejemplos en la Legislación Internacional.....	47
4.8.1 Legislación Argentina.....	47
4.9.- Ejemplos en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.....	48
4.9.1.- La Interpretación del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE) como un Reglamento Delegado.....	48

CAPITULO V

EL REGLAMENTO AUTONOMO52

5.1.- Concepto.....	52
----------------------------	-----------

5.2.- Naturaleza Jurídica.....	53
---------------------------------------	-----------

5.2.1- Diferencias entre el Reglamento Autónomo y el Reglamento de Ejecución.....	53
--	-----------

5.2.2- Diferencias entre el Reglamento Autónomo y el Reglamento Delegado.....	54
--	-----------

5.3.-Órganos Administrativos Competentes.....	54
--	-----------

5.3.1.- Facultades Normativas de la Contraloría General del Estado.....	55
--	-----------

5.4.- Ejemplos en la Legislación Internacional.....	56
--	-----------

5.4.1- Legislación de Costa Rica.....	56
--	-----------

CAPITULO VI

EL REGLAMENTO DE NECESIDAD O URGENCIA.....58

6.1.- Concepto.....	58
----------------------------	-----------

6.2.- El denominado Estado de Excepción.....	59
---	-----------

6.3.- El Estado de Excepción en la Legislación Ecuatoriana.....	60
6.4.- Ejemplos en la Legislación Internacional.....	63
6.4.1- Legislación Argentina.....	64
6.5.- Abuso de los Estados de Excepción.....	65
CONCLUSIONES.....	66
RECOMENDACIONES.....	68
BIBLIOGRAFÍA.....	69
ANEXOS.....	72

Introducción

El Presidente de la República tiene prerrogativas que son esenciales para el funcionamiento de un Estado Derecho. Uno de sus roles de vital trascendencia y que constituye el motivo del presente trabajo, es el de reglamentar las leyes expedidas por el legislativo para de esta manera solidificar un régimen presidencialista y a la vez equilibrar fuerzas con otras funciones del Estado.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano a diferencia de muchos otros, no contempla elementos doctrinales esenciales para un correcto funcionamiento de la potestad reglamentaria y debida aplicación de los diferentes tipos de reglamentos existentes, dando lugar a enormes vacios legales, a expedición de normas reglamentarias erróneas y originando interpretaciones incorrectas, de una fuente tan importante en el derecho administrativo como es el reglamento.

Desde este punto de vista podemos decir que en nuestro país se han suscitado graves problemas de orden jurídico debido a la falta de una legislación administrativa clara, precisa y que incluya principios básicos de derecho administrativo que eviten interpretaciones erróneas de la potestad de expedir reglamentos sin conocer sus diferentes tipos y su propia naturaleza.

Sin duda una de las principales controversias legales suscitadas en relación a la expedición reglamentaria se ha efectuado con la emisión del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), ya que desde el punto de vista de algunos juristas este reglamento tiene fuerza de ley en la legislación ecuatoriana debido a que derogó a la Ley de Régimen Administrativo.

Si existieren normas claras sobre la naturaleza de los diferentes tipos de reglamentos y su forma de expedición, el Ecuador se evitaría este tipo de inconvenientes así como múltiples interpretaciones que solo ponen en duda la seguridad jurídica en nuestro país.

La presencia de vacios legales en el Ecuador ha sido constante a lo largo de su historia y siempre ha generado inconvenientes en múltiples ramas del derecho,

de las cuales, el derecho administrativo no ha sido la excepción. Al insertarnos en el complejo tema de los reglamentos administrativos nos encontramos con enormes problemas al no existir normas que regulen correctamente a esta fuente del derecho.

El motivo de este trabajo surge de la experiencia adquirida en la práctica del derecho administrativo, en la cual por las pocas y pobres formas de aplicar sus principios en nuestro país se recurre a errores graves que afectan tanto a los ciudadanos como al propio estado y que han generado malas interpretaciones sobre la naturaleza de la institución reglamentaria.

La actualidad de este tema se refleja en los actuales vacíos legales que existen en torno a la falta de aplicación y de definición legal de los tipos de reglamentos que existen doctrinariamente y en legislaciones de diferentes estados y de los cuales carece nuestra legislación.

En el presente trabajo se analizará posibles soluciones a la falta de legislación administrativa, enfocándonos principalmente en la potestad reglamentaria y a los tipos de reglamentos que pueden ser adheridos y elevados a norma en el derecho ecuatoriano.

CAPITULO I

FUENTES PRINCIPALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los Tratadistas del Derecho Administrativo son casi unánimes al referirse a las fuentes del mismo, sin embargo creo que es importante determinar claramente el significado de fuentes de derecho.

Juan Carlos Cassagne las define de esta manera: "El Concepto Básico y esencial nos indica que las fuentes del derecho son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico."¹

El jurista argentino Roberto Dromi al referirse a las fuentes del Derecho acota lo siguiente: "La dimensión normativa del derecho Administrativo comprende aquellas normas que regulan la ordenación jurídica del obrar administrativo público. Así, pues, entre las normas jurídico-positivas y principios que regulan la función administrativa e integran su régimen jurídico, encontramos: 1) la Constitución; 2) las leyes administrativas; 3) los decretos leyes; 4) los tratados; 5) la costumbre administrativa; la jurisprudencia en materia administrativa; 7) los principios generales del derecho, y 8) el acto, reglamento y contratos administrativos."²

Finalmente, Andrés Serra Rojas nos ofrece este significado: "Las fuentes del Derecho Administrativo son los procedimientos, formas, actos o hechos, y demás medios de creación e interpretación, en los cuales tienen su origen los Principios y Leyes en general, las Fuentes mismas del Derecho, como la Ley, la Costumbre y la Jurisprudencia, todas referidas a la materia Administrativa".³

De lo que se desprende de lo acotado por estos autores podemos decir que las fuentes del derecho administrativo son los medios de donde emana el ordenamiento jurídico en materia administrativa, basándose en una

¹ CASSAGNE, Juan Carlos. "Derecho Administrativo", 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

² DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo", 9ª edición., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2005.

³ SERRA Rojas, Andrés. "Derecho administrativo", t. 1 y 2, 22ª edición., México, Porrúa, 2001

jerarquización que tiene su base en la supremacía de la Constitución de la República.

A continuación realizaremos un breve análisis de las principales fuentes del derecho administrativo:

1.1.- La Constitución

En todo estado de derecho la Constitución es el pilar fundamental del ordenamiento jurídico pues en su contenido se expresan principios y derechos de los ciudadanos así como la estructura orgánica del estado. Justamente al plantear esa estructura orgánica está definiendo el modelo administrativo del estado, le otorga la personalidad jurídica al propio estado y a sus instituciones estableciendo claramente sus prerrogativas y el ámbito de su competencia para finalmente establecer las obligaciones que tiene el Estado con sus particulares.

El artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador nos explica claramente la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”⁴

Es bastante claro lo expresado en la misma Constitución y podemos concluir que salvo los Tratados existentes sobre derechos humanos podrían llegar a tener más peso en el ordenamiento jurídico de nuestro país, pero en lo que concierne a otro tipo de normas jamás podrán contradecir lo establecido en la Carta Magna.

También es importante resaltar el proceso de constitucionalización del derecho administrativo. Al respecto Roberto Dromi acota lo siguiente: “El proceso de

⁴ VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

constitucionalización del derecho administrativo se manifiesta en la incorporación al texto constitucional de disposiciones relacionadas directamente con la función administrativa.”⁵

En la Constitución ecuatoriana se puede evidenciar este proceso al incluir en su contenido normas como la que consta en el artículo 173, que establece lineamientos claros sobre la impugnación de los actos administrativos. De esta manera se produce la inclusión de principios administrativos básicos en la Carta Magna ocasionando que no sean tipificados ni tomados de forma diferente por una norma inferior jerárquicamente, como el principio de legalidad que se establece en el art. 226, el principio de responsabilidad de los agentes públicos que consta en el art 233, entre otros.

1.2.- Los Tratados Internacionales

Existen criterios distintos sobre la importancia de los tratados internacionales como fuente principal del derecho administrativo.

Enrique Sayagués Lasso nos comenta lo siguiente: “Discútase si los tratados internacionales son o no fuente del derecho administrativo. La controversia gira alrededor de un punto de derecho internacional público y constitucional: si el tratado constituye por sí mismo una norma de derecho interno o si adquiere esa calidad solamente a través de la ley que lo aprueba.... Con ese punto de partida hay que admitir que los tratados internacionales, cuando contienen disposiciones relativas al Derecho Administrativo interno o internacional, son fuentes de esa disciplina”⁶

Desde mi punto de vista y tomando en cuenta lo considerado por este autor, creo que pueden existir tratados internacionales que sean instrumentos de donde puedan emanar normas administrativas. Justamente en ese sentido

⁵ DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”, 9ª edición., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2005.

⁶ SAYAGUÉS LASSO, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo” 1ª edición, Editorial Martin- Bianchi, Montevideo, Uruguay, 1986.

Sayagués Lasso pone como ejemplo a los tratados que contienen disposiciones sobre telecomunicaciones las mismas que proyectan consecuencias en el derecho administrativo interno.

Para ejemplificar lo explicado podemos tomar en consideración el Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de Mayo de 1997. (Ver Anexo 1)

Dentro de este convenio podemos observar como las decisiones judiciales de carácter administrativo tienen valor jurídico en las dos naciones firmantes otorgando así una ampliación territorial a la que inicialmente tiene el fallo.

Cabe mencionar que aunque hemos citado ejemplos de tratados internacionales de los cuales emanan normas administrativas, estas son muy escasas y es por eso la poca importancia que muchos tratadistas les dan a los convenios internacionales como fuente del derecho administrativo.

1.3.- La Ley

Es sin lugar a dudas una de las principales fuentes que tiene el derecho administrativo puesto que a partir de su expedición por parte de la función legislativa se establecen normas de carácter general y obligatorio que sustentan los principios y estructuras administrativas establecidas en la Constitución para de esta forma tratarlos de una forma más extensa y más completa.

En los países donde el derecho administrativo ha tenido un desarrollo ejemplar podemos encontrar numerosas leyes de carácter administrativo que establecen claramente la estructura de las instituciones del estado, la aplicación de los derechos y obligaciones del estado y de los particulares y por sobre todo principios administrativos básicos y fundamentales que deben aplicarse en esta rama del derecho.

Lamentablemente en el Ecuador es muy pobre la legislación en materia administrativa por lo que el juez muchas veces debe remitirse a otras fuentes del derecho para intentar tapar los vacíos legales existentes.

Se va a explicar con un ejemplo muy concreto en donde podemos evidenciar las consecuencias de una incompleta legislación administrativa en el Ecuador.

En abril del año 2008 el Tribunal Supremo Electoral (TSE) decidió destituir de sus funciones al entonces Superintendente de Compañías Francisco Arellano Raffo por cobrar ciertas cantidades de dinero a los funcionarios de ese organismo para transferirlos a la cuenta bancaria de la tesorera del Movimiento Patria Altiva I Soberana (Listas 35). (Ver Anexo 2)

El TSE tenía como su principal argumento para la destitución lo establecido en el art. 55 de la derogada Ley de Partidos Políticos que nos decía lo siguiente: “Quienes se aprovechen de sus funciones para coaccionar a otros a fin de que: se afilien a determinada agrupación política, participen en manifestaciones o desfiles, voten por un candidato o contribuyan pecuniariamente a financiarlos, serán castigados con una multa de un mil sucres a diez mil sucres. Si el infractor fuere un funcionario público será inmediatamente destituido de su cargo.”⁷

Sin embargo, se puede evidenciar, el pleno del TSE incurrió en un grave error puesto que la infracción mencionada en el párrafo precedente debía ser sancionada por los tribunales provinciales electorales y no por el Tribunal Supremo Electoral tal cual lo establecía el art. 64 del mismo cuerpo legal.

El funcionario destituido presentó una acción de amparo constitucional ante un juez de Guayaquil alegando entre otras cosas la falta de competencia que tenía el TSE para imponer esa sanción.

Cabe mencionar que si el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutivo (ERJAFE) tuviera un alcance de mayores proporciones y que

⁷ VEASE: LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS

no abarque únicamente a la Función Ejecutiva, todos los conceptos y procedimientos contenidos en esta norma pudieren ser aplicados en otras funciones del estado como la electoral.

Si las normas establecidas en el ERJAFE tuvieran carácter de ley y no solo fueran parte de un Estatuto encargado de regir una función, el TSE pudo haber aplicado el art. 60 y siguientes de esta norma jurídica que hablan sobre la avocación: “DE LA AVOCACION.- Los organismos administrativos jerárquicamente superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda por atribución propia o por delegación a los órganos dependientes, cuando lo estimen pertinente por motivos de oportunidad técnica, económica, social, jurídica o territorial.”⁸

Si el TSE hubiese estado facultado para aplicar esta figura el funcionario destituido no tendría razón alguna para alegar la falta de competencia que reclamaba en el amparo constitucional.

Este es solo un ejemplo de la necesidad de una ley administrativa que rijan a las instituciones del estado que se encuentran fuera de la esfera de la función ejecutiva.

1.4 El Decreto- Ley

Se puede definir al decreto ley como una actuación administrativa de alcance general que trata sobre materias que regularmente deberían estar reguladas por una ley.

Juan Carlos Cassagne nos dice lo siguiente: “En la realidad histórica de nuestro país el instrumento “Decreto-Ley” se limita al acto proveniente del Poder Ejecutivo de facto, que regla materias que formalmente le corresponden a la ley, distinguiéndolos tanto de los reglamentos delegados como de los de

⁸ VEASE: ESTATUTO DE REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.

necesidad y urgencia, que dicta el órgano ejecutivo *de jure*, en ejercicio de la potestad reglamentaria.”⁹

En la historia de nuestro país también ha tenido una importancia significativa el decreto-ley, pues en épocas en las que fuimos gobernados por gobiernos de facto y que por lo tanto no existía un órgano legislativo, la administración expidió numerosos decretos- leyes, que, incluso, algunos tienen vigencia hasta la actualidad.

La Constitución que rige al Ecuador desde el año 2008 establece en el art. 140 que, en caso de que la Asamblea Nacional no trate un proyecto de ley calificado de urgente en materia económica en el plazo de 30 días, esa norma enviada entrará en vigencia por el ministerio de la ley, pasando a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano como un decreto – ley.

De igual forma el inciso 4 del art. 148 de la Carta Magna establece que en el caso de que el Presidente de la República decida disolver la Asamblea Nacional porque a su juicio ésta se encuentra bloqueando el Plan Nacional de Desarrollo, exista una grave crisis política o por conmoción interna, previo dictamen de la Corte Constitucional, podrá emitir decretos- leyes únicamente en materia de urgencia económica hasta que se vuelva a instalar el órgano legislativo.

1.5.- El Reglamento

Esta es una de las fuentes de mayor trascendencia e importancia en la esfera del derecho administrativo pues constituye un acto unilateral dictado en ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos de carácter general en forma directa.

A decir de muchos tratadistas en la materia, el reglamento es la fuente del derecho administrativo que más problemas presenta debido a su naturaleza.

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

En el presente trabajo se analizará todo lo concerniente al reglamento, los diversos tipos existentes y por supuesto, los problemas existentes.

1.6.- La Jurisprudencia

En el Ecuador la Jurisprudencia ha sido una fuente importante en materia administrativa puesto que ha ayudado considerablemente a tapar los vacíos legales existentes como consecuencia de la falta de legislación administrativa.

Agustín Gordillo la define de la siguiente manera: “La jurisprudencia no es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales”¹⁰

De acuerdo a este concepto podemos decir que la reiteración de fallos judiciales sobre un mismo tema en una determinada rama del derecho del máximo órgano jurisdiccional de un país es de cumplimiento obligatorio para casos futuros.

La jurisprudencia ha sido de mucha ayuda para el derecho administrativo en nuestro país pero para considerarla como una fuente formal debemos hacernos una pregunta ¿La Jurisprudencia crea derecho?

En opinión de Juan Carlos Cassagne los jueces no crean derecho cuando están obligados a interpretar las leyes de una determinada forma, como en el caso de la obligación de seguir los fallos plenarios de la Cámara de Apelaciones o del deber moral de los tribunales inferiores de adecuar sus decisiones a las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En estos casos, hay obligación de interpretar las normas de una determinada manera pero no se crea derecho sino que se dice el derecho ya existente en leyes, costumbres o principios generales.¹¹

¹⁰ GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: parte general”, 1a. edición., Ara Editores, Lima, 2003.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Creo que la opinión de este autor puede aplicarse a un estado que contenga leyes administrativas precisas que aplicar pero en nuestro país esto no sucede en muchos casos ya que LEGALMENTE muchas instituciones importantes del derecho administrativo solo son aplicables a la esfera de la función administrativa.

Como podemos observar en la sentencia No. 44-07, E. E. 9, 11-I-2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia (Anexo 3) los jueces realizan una interesante aplicación constitucional, pues a falta de ley, tuvieron que remitirse a la Carta Magna para considerar a una resolución emitida por un órgano distinto a la función ejecutiva como acto administrativo.

Doctrinas nuevas pertenecientes al neo constitucionalismo argumentan que muchas instituciones jurídicas por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución deben ser aplicadas inmediatamente en el ordenamiento y en el mundo jurídico de un país.

No se concuerda mucho con estas teorías principalmente en temas de derecho público donde únicamente puede hacerse lo que está establecido en la ley.

Para citar un ejemplo y saliendo del ámbito administrativo, en la actual Constitución se habla de que los delitos de lesa humanidad y el genocidio serán imprescriptibles, sin embargo ninguna ley penal en el Ecuador establece como delito los dos actos anteriores. Entonces, ¿de que nos sirve que la Constitución declare imprescriptibles a los delitos de lesa humanidad y al genocidio si estos no constan en nuestra legislación penal? Pues no sirve de nada.

Teniendo en cuenta que en el ejemplo explicado predomina también el principio *delictum sine lego non est*, podemos decir que en el derecho administrativo es igual de importante que sus instituciones se encuentren establecidas en una ley puesto que la Constitución solo establece parámetros específicos para que después estos sean ampliados en una ley, cosa que no sucede en nuestro país

y que ha sido la causa para que nuestros jueces se vean obligados a crear derecho.

1.7 La doctrina

Podemos definir a la doctrina como las opiniones o teorías de juristas expertos sobre una cierta rama del derecho. Si bien la doctrina no crea derecho para ser considerada como una fuente formal, es de suma importancia tanto para los abogados, jueces y hasta legisladores al momento de entender el derecho.

Pedro Altamira al hablar sobre la doctrina nos dice lo siguiente: “En el derecho administrativo no puede desconocerse la importancia que ha tenido el derecho científico en su evolución. Las opiniones de los autores, si bien no son obligatorias, tienen la imperatividad de la lógica y del buen sentido”¹²

Es apreciable considerar a la doctrina como la parte científica del derecho pues al querer escribir un libro o un tratado como los citados en este trabajo, se debe realizar estudios investigativos y comparativos de los temas a tratar razón por la cual se ingresa en el ámbito científico.

En el Ecuador no encontramos suficiente doctrina en materia de Derecho Administrativo, si bien existen pocos tratadistas en este ámbito no podemos comparar con lo que sucede en otras naciones como Argentina o España.

Mucho tiene que ver con esto la poca importancia que le dan a la investigación la mayoría de universidades del país como lo demuestra el último informe realizado por el Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior del Ecuador (CONEA). Si las universidades tuvieran más proyectos de investigación a través de sus estudiantes y profesores, seguramente tendríamos muchos tratadistas en derecho en el Ecuador.

1.8 Principios generales del derecho

¹² ALTAMIRA, Pedro, “Curso de Derecho Administrativo”, edición póstuma, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1971

Podemos encontrar en la doctrina que existen diversas opiniones respecto a lo que se refiere a los principios generales del derecho.

El artículo 18 de nuestro Código Civil que habla sobre las formas de interpretación judicial de las normas nos dice en su numeral 7 lo siguiente: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”¹³

Este numeral contempla una gran similitud con lo establecido en la legislación argentina, así nos comenta Juan Carlos Cassagne: “ En nuestro ordenamiento jurídico, los principios generales son una fuente importante del derecho de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, que obliga a los jueces a aplicar el derecho aun cuando las controversias o cuestiones jurídicas no puedan resolverse ni por las palabras o espíritu de las leyes o por las leyes análogas, disponiéndose que, en tal caso, se resolverán según los principios generales del derecho. Esta disposición legal es aplicable también en derecho administrativo”¹⁴

De lo que se desprende de nuestra legislación civil y de lo mencionado por este autor podemos decir que los principios generales del derecho constituyen una fuente formal del derecho administrativo.

En la doctrina también podemos encontrar que existen juristas de carácter positivista que niegan a los principios generales como fuente de esta rama del derecho, sin embargo ante lo contemplado en nuestro Código Civil es ineludible su aceptación como fuente formal.

1.9 Las Ordenanzas y otros Actos del Poder Público

Nuestra Constitución establece en su art. 425 a las ordenanzas como fuente del derecho dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

¹³ VEASE: CÓDIGO CIVIL

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Se puede definir a una ordenanza como una norma de que emana de ciertas entidades municipales o provinciales, de carácter general, y que es de cumplimiento obligatorio en la circunscripción territorial que abarca a la municipalidad o al Consejo Provincial.

Como es lógico, este tipo de normas debe guardar relación con la Constitución y la ley y bajo ningún concepto pueden prevalecer sobre ellas.

Finalmente, la misma Constitución establece en el orden jerárquico de normas a los actos del poder público.

Desde nuestro punto de vista, estos no constituyen una fuente del derecho administrativo sino una consecuencia de otras fuentes como la Constitución, la ley o los reglamentos.

CAPITULO II

LA IMPORTANCIA DEL REGLAMENTO DENTRO DEL ORDEN JERARQUICO NORMATIVO DE UN ESTADO DE DERECHO

2.1.- Concepto de Reglamento

Vamos a revisar la manera en la que diversos autores definen al reglamento.

Pedro Altamira nos dice lo siguiente: “Entendemos por reglamentos aquellos actos de creación jurídica de la administración que ponen en vigor reglas generales de obligatoriedad absoluta. Los reglamentos son disposiciones de aplicación general, impersonal u objetiva. No tienen un destinatario nominalmente designado, sino que determina el círculo de aquellos que están obligados a su cumplimiento, definiendo el supuesto de hecho por características genéricas.”¹⁵

Roberto Dromi lo define de una forma más directa: “El reglamento administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa”¹⁶

Mucho más técnico es Miguel S. Marienhoff al definirlo de esta manera: “Desde el punto de vista *cuantitativo*, el reglamento es la fuente más importante del derecho administrativo. Implica una manifestación de la voluntad de órganos administrativos, creadora de *status* generales, impersonales y objetivos. No existen reglamentos para regir un caso concreto; solamente la ley formal puede dictar disposiciones para un caso particular.”¹⁷

¹⁵ ALTAMIRA, Pedro, “Curso de Derecho Administrativo”, edición póstuma, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1971

¹⁶ DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”, 9ª edición., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2005.

¹⁷ MARIENHOFF, Miguel S.” Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

Finalmente, la última definición que veremos es la de los autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández: “Se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración.”¹⁸

De los conceptos dados podemos decir que todos coinciden en acotar que es una manifestación de la voluntad administrativa o de los órganos administrativos. Se podría discrepar con los autores en ese sentido, pues al dar esa definición se da a entender que solo dentro de la esfera de la administración pueden dictarse reglamentos y eso no es así. Es prudente considerar al reglamento como una manifestación de la voluntad estatal y no solo de los órganos administrativos.

Sin embargo Marienhoff sostiene que si bien el reglamento *stricto sensu* proviene comúnmente del Poder Ejecutivo, en los ordenamientos jurídicos en general, y en el nuestro en particular, se admite que el reglamento provenga de otros órganos. “Aún en estos últimos supuestos se tratará de un reglamento “administrativo”, pues ya quedó expresado anteriormente que, en la presente obra, la función administrativa es considerada en su aspecto substancial, material u objetivo, vale decir teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad”.¹⁹

Otro aspecto a ser analizado es que no todo acto que produzca efectos generales y que ha dictado sido dictado por un órgano administrativo puede ser considerado como reglamento. Existen normas de carácter general que son inferiores jerárquicamente a la fuente en mención como por ejemplo un simple instructivo institucional que si bien produce efectos generales, lo hace en un ámbito minúsculo a diferencia de los tipos de reglamentos que serán analizados posteriormente.

¹⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1989.

¹⁹ MARIENHOFF, Miguel S.” Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

2.2.- Naturaleza Jurídica

Como veremos, el reglamento tiene un régimen jurídico específico y propio, el mismo que es distinto al que tienen las otras formas de actuación administrativa.

2.2.1 Diferencias sustanciales entre la Ley y el Reglamento

Durante mucho tiempo se ha visto en el Reglamento una “Ley en sentido material”, según la teoría montada por los juristas de las Monarquías germánicas del siglo XIX, aplicando en consecuencia a esta figura normativa toda la teoría de ley, sin más que observar que no podía contradecir a la Leyes Formales estrictamente tales. Pero, tras haber expuesto por nuestra parte la teoría de la Ley, se comprende inmediatamente que la misma es radicalmente inaplicable al Reglamento.²⁰

Existen diferencias realmente marcadas al diferenciar al reglamento de la ley. Los principales elementos que los distinguen son: el ámbito de su aplicación y el procedimiento para su creación.

La esencia de la ley es su carácter soberano en la creación de Derecho, pero es obvio que tal soberanía no puede reconocerse a una norma inferior; no es una cuestión de cantidad o escalonamiento, es de grado, de calidad. La Ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética “voluntad general”, sino que es una simple regla técnica, a la que los órganos administrativos han dado expresión definitiva. La Ley es la norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el derecho o las

²⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1989.

relaciones existentes, puede hacerlo todo (dentro de la Constitución) menos “cambiar un hombre por mujer”.²¹

2.2.2 Diferencias sustanciales entre el Acto Administrativo y el Reglamento

Entre estas dos formas de actuación administrativa podemos encontrar que existen elementos importantes en distinguirlas.

Rafael Entrena Cuesta define al acto administrativo como: “un acto jurídico realizado por la administración con arreglo al derecho administrativo. Pertenece por tanto, *genéricamente*, a la categoría de los actos jurídicos, que, como tantas otras, tiene su sede en la Teoría General del Derecho y no en un sector concreto del Ordenamiento Jurídico. Pero se *específica* por una doble circunstancia: desde el punto de vista subjetivo, el acto administrativo lo realiza en todo caso la Administración, y desde el punto de vista objetivo, está sometido al Derecho administrativo”.²²

Recaredo Fernández de Velasco complementa esa definición: “toda declaración unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva”²³

Con estos conceptos podemos decir que el acto administrativo es una actuación de la voluntad administrativa que produce efectos jurídicos particulares y directos.

Al comparar al reglamento con el acto administrativo nos encontramos en primer lugar con que el primero produce efectos jurídicos generales mientras

²¹ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España

²² ENTRENA CUESTA, Rafael, “Curso de Derecho Administrativo”, 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1971.

²³ FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “El Acto Administrativo, Madrid, 1929

que en el segundo los efectos que se producen son particulares. Esta es la diferencia sustancial entre las dos tipos de actuaciones administrativas.

Otra distinción importante es la que se desprende del ordenamiento jurídico, “en tanto que el acto es algo ordenado, producido en el seno del ordenamiento jurídico y por éste previsto como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita relaciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto”²⁴

Finalmente otra diferencia importante es la revocatoria. Los órganos administrativos están facultados para revocar los reglamentos emanados por sí mismos sin solemnidad sustancial legal alguna lo que no ocurre en la revocatoria de todos los actos administrativos, pues un acto administrativo que establece derechos subjetivos a favor de un particular no puede ser revocado por el mismo órgano que los dictó: ““Lesividad.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad”²⁵.

En conclusión, el reglamento aunque cree derechos subjetivos a favor de determinada persona puede ser derogado por el mismo órgano del cual emanó mientras que un acto administrativo de derechos, no puede ser revocado, y

²⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1989.

²⁵ VEASE: ESTATUTO DE RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

para poder anularlo o declarar su ilegalidad se hace imprescindible presentar una acción de lesividad previa declaratoria de la misma por parte del órgano administrativo del cual ha emanado tal acto.

2.3.- Requisitos de Validez de los Reglamentos

2.3.1.- La competencia para expedirlos

En nuestro país la Constitución confiere la potestad al Presidente de la República de reglamentar las leyes expedidas por el legislativo. Como ya veremos más adelante cuando se hable de la potestad reglamentaria, este es solo uno de los distintivos tipos de reglamentos existentes en la doctrina. Sin embargo es importante topar este tema ahora ya que en este caso se puede observar claramente como la Carta Magna le otorga la facultad de expedir reglamentos en el ámbito de su competencia.

Guillermo Cabanellas al hablarnos sobre la competencia nos dice lo siguiente: “En sentido jurisdiccional, incumbencia, atribuciones de un juez o tribunal; capacidad para conocer de un juicio o de una causa”²⁶

Aplicando este concepto a la esfera administrativa, podemos definirla como la capacidad de conocer reclamos y recursos administrativos así como de emanar y revocar las distintas formas de actuación administrativa, a excepción de aquellas que han generado derechos subjetivos a favor de un particular, caso en el cual se aplicaría el procedimiento de lesividad.

Enfocándonos en lo concerniente a la emanación de actos podemos encontrar que ciertos órganos administrativos y estatales tienen la facultad de dictar reglamentos pero su competencia nace de distintas formas.

Ya vimos en el ejemplo antes explicado que la Constitución le otorga al Presidente la facultad de reglamentar las leyes, por lo tanto la competencia en

²⁶ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” Tomos I al VIII, 25ª edición revisada, actualizada y aplicada por Luís Alcalá – Zamora Castillo, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1997

este caso nace de la Constitución. Sin embargo el mismo Presidente de la República no se encuentra facultado para dictar un reglamento del Consejo Nacional Electoral, pues ya no se encuentra dentro de su competencia.

La competencia puede nacer también a través de ley, la misma que faculta a determinado órgano administrativo para que dicte un reglamento.

Este es el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que faculta al Contralor a expedir distintos reglamentos. Por ejemplo en el artículo 35 de la mencionada ley encontramos como nace la competencia para expedir un reglamento: “De la estructura orgánico funcional y del personal.- El Contralor General expedirá y mantendrá actualizado el Reglamento Orgánico Funcional, que contendrá la estructura administrativa y las funciones de las respectivas unidades para el cumplimiento de los fines y objetivos de la Contraloría General. El Contralor General, establecerá el sistema de mérito y carrera administrativa en la Institución, nombrará, removerá y destituirá a sus servidores de acuerdo con la ley. Serán de libre nombramiento y remoción: el Subcontralor, los Secretarios General y Particulares, Coordinadores, Asesores, Directores Nacionales y Regionales y Delegados Provinciales.”²⁷

Han existido casos en nuestro país en que por, conveniencia técnica o jurídica, se ha encargado a ciertos órganos administrativos para que realicen un determinado reglamento sin que se encuentre facultado para ello.

Tal es el caso, por ejemplo, de que el Presidente de la República encargue al IESS la facultad de elaborar el reglamento a la Ley del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En este caso la competencia para dictar el reglamento la sigue teniendo el Presidente pero el IESS elaborará el acto normativo para que finalmente sea suscrito por el primer mandatario.

²⁷ VEASE: LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO

2.3.2 Jerarquía Normativa

La Constitución de la República del Ecuador establece claramente, como ya hemos visto, el ordenamiento jurídico dentro de nuestro estado. Sabemos pues, que la Constitución se encuentra en la pirámide de ese ordenamiento y que tras ella encontramos a los tratados internacionales y posteriormente a la ley. A estas tres se encuentra sometida la administración, tal cual lo precisan los artículos pertinentes de las misma Carta Magna.

El principio de jerarquía normativa no se refiere sólo, sin embargo, a las relaciones entre el Reglamento y la Ley. También los propios Reglamentos están relacionados entre sí jerárquicamente, de forma correlativa a la jerarquía que une a los órganos de que proceden.²⁸

Desde nuestro punto de vista, el principio de jerarquía normativa rige principalmente para regímenes autonómicos, pero no es aplicable para determinar las relaciones entre normas procedentes de ordenamientos jurídicos diferentes.

2.3.3 Procedimiento para la elaboración de normas reglamentarias

Algunos tratadistas critican seriamente el hecho de que órganos administrativos se encuentren facultados para expedir normas de carácter general como son los reglamentos, pues a su modo de pensar, al cumplir con solemnidades casi nulas para su expedición, tales normas carecen de estudios técnicos bien elaborados y en algunos casos de graves errores jurídicos.

Agustín Gordillo opina en ese sentido: “Por lo pronto, el reglamento es a la vez la más extendida y la más problemática de las fuentes del derecho administrativo. Su extensión deviene de una tendencia semipaterna de la administración a fijar continuamente, sin demasiado estudio ni reflexión normas

²⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1989.

generales propias para todo lo que hace. La palabra reglamentarista del lenguaje común es sinónimo de previsión detallada y cuasi absurda. Hasta los pliegos de bases y condiciones de una licitación son reglamentarios, frecuentemente modificatorios en minucias de textos anteriores y sin innovaciones reflexivas, con lo cual cada contrato de la administración tiene su reglamento propio, único, exclusivo y malo.”²⁹

En el Ecuador, son pocas las instituciones públicas que hacen estudios al expedir una norma reglamentaria. Por lo general se intenta, por medio de los reglamentos, cambiar el sentido de la ley, lo que ha ocurrido en múltiples ocasiones, siendo estas normas reglamentarias anuladas por la jurisdicción contencioso administrativa o en su defecto declaradas inconstitucionales por la ahora llamada Corte Constitucional.

Es conveniente pensar en ese sentido y determinar parámetros de procedimiento para emanar reglamentos en nuestro país. Un ejemplo de esto podemos encontrar en la legislación española donde el proceso de creación de una norma reglamentaria se encuentra consagrado en una ley: “La estructura de este procedimiento es simple, en principio. La ley obliga a formar un expediente en el que junto con la moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa de la disposición de que se trate se conservarán los dictámenes y consultas evacuados, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos puedan facilitar su interpretación (art.129.2). Obliga también a formar una tabla de vigencias de las disposiciones anteriores sobre la misma materia, sin lo cual no podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición (art.129.3).” ³⁰

²⁹ GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: parte general”, 1a. edición., Ara Editores, Lima, 2003.

³⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I,

Como podemos ver, en España existe un procedimiento de expedición reglamentaria que incluye estudios técnicos y evaluaciones de normas anteriores de la materia que se quiere reglamentar.

Si esto aplicáramos en el Ecuador, seguramente no tendríamos tanta normativa absurda y sin sentido, como lo son ahora, un gran número de reglamentos expedidos por distintos órganos.

2.4.- Control de la discrecionalidad en la expedición reglamentaria

Podemos encontrar entre las distinciones que hace la doctrina sobre las clases de función administrativa, a las facultades regladas y a las facultades discrecionales.

La administración actúa en ejercicio de una función administrativa reglada, cuando esa actuación se encuentra limitada por la ley. Tal es el caso de una licitación, de un concurso público o de los demás procedimientos de selección. De acuerdo al monto que se establezca como costo de un determinado proyecto, la administración deberá, de acuerdo a la ley, adoptar uno de los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Al margen de las facultades regladas podemos encontrar a la función administrativa discrecional, la misma que Roberto Dromi la define así: “Cuando el órgano puede decir, según su leal saber y entender, si debe actuar o no y, en caso afirmativo, qué medidas adoptar, se dice que su *actividad es discrecional*. La discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a fin de valorar la oportunidad de la acción y del contenido que darle a ella. La discrecionalidad es la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad, dentro de los fines de la ley.”³¹

³¹ ³¹ DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”, 9ª edición., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2005.

Existen autores que coinciden en que la expedición reglamentaria constituye una potestad discrecional, pues se ha configurado un poder de tal modo que en su ejercicio, la administración que ostenta el mismo goza de una gran libertad al momento de reglamentar, es decir, no existe norma alguna que regule el procedimiento para su expedición en algunas legislaciones.

La discrecionalidad debe ser mínima en un estado de derecho y para ejercer la potestad reglamentaria no debe ser la excepción, pues de esta manera se evite que la administración abuse de su poder frente al administrado y se mantenga dentro de los márgenes que establece la ley.

2.5 Irretroactividad

En el derecho privado, la legislación civil habla sobre los efectos que la ley tiene en el tiempo. Precisamente nuestro Código Civil en su artículo 7 nos dice lo siguiente: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes...”³²

Esta normativa es aplicable también al derecho administrativo. En esta materia la ley rige para lo venidero, sin embargo, en casos excepcionales, y debido a la voluntad soberana de ésta, puede tener efectos retroactivos. Esta es otra gran diferencia entre la ley y el reglamento, pues este último jamás puede ser retroactivo, ya que se lo dicta en el ejercicio de la función administrativa.

2.6 Clases de Reglamentos

Como se ha anticipado en páginas anteriores, en el Derecho Administrativo podemos encontrar diferentes tipos de reglamentos. La doctrina habla detalladamente sobre cada uno y en el presente trabajo se los analizará a profundidad.

³² VEASE: CODIGO CIVIL

Existen diversas opiniones sobre los reglamentos respecto a la distinción que se les hace a éstos sobre todo por la naturaleza de los que no están ligados directamente a la función administrativa, razón por la cual será motivo de análisis esta distinción realizada.

Son reglamentos administrativos los siguientes: reglamento de ejecución (potestad reglamentaria), reglamento delegado, reglamento autónomo y el reglamento de necesidad o urgencia.

CAPITULO III

EI REGLAMENTO DE EJECUCIÓN O POTESTAD REGLAMENTARIA

3.1.- Concepto.

Miguel S. Marienhoff los define así: “Estos son los que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo, para hacer posible o más conveniente, la aplicación de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en éstas”³³

El autor colombiano Jaime Vidal Perdomo nos dice lo siguiente: “ a) Los decretos reglamentarios. La categoría de decretos más frecuente del gobierno y de mayor trascendencia para su actividad administrativa es la de los decretos reglamentarios. El poder para expedirlos se deriva del ord. 3 del art.120 de la Constitución, que inscribe esa facultad como propia de la “suprema autoridad administrativa”, del Presidente. En verdad, la potestad reglamentaria es la representación más viva de esa supremacía administrativa, pues las normas que en desarrollo de ella se dictan son obligatorias para toda la rama administrativa.”³⁴

Agustín Gordillo opina de la siguiente manera: “El reglamento de ejecución se encuentra expresamente autorizado en la Constitución, aunque con severos límites que luego veremos y que básicamente suponen que no puede regular, directa o indirectamente, derechos de los ciudadanos o usuarios”³⁵

³³ MARIENHOFF, Miguel S.” Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

³⁴ VIDAL PERDOMO, Jaime, “Derecho Administrativo”, 8ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985

³⁵ GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: parte general”, 1a. edición., Ara Editores, Lima, 2003.

Como hemos visto todos los autores citados coinciden en que la potestad del Presidente de la República de expedir reglamentos de ejecución nace del poder que se le otorga a éste en la Constitución.

Este tipo de reglamento se caracteriza por hacer que se ejecuten las leyes expedidas por el legislativo para de esta manera solidificar a un estado de derecho.

Han surgido diversas opiniones sobre si la potestad reglamentaria la pertenece exclusivamente al Presidente de la República o en su defecto a toda la función ejecutiva. Para aclarar esto es necesario analizar los siguientes aspectos:

En primer lugar, nuestra Constitución es muy clara al expresar que la Potestad Reglamentaria es propia del Presidente de la República y en ningún momento extiende esta prerrogativa a toda la función ejecutiva. Tomando en cuenta la prohibición de la interpretación extensiva en la esfera del derecho público, quedaría totalmente claro que no puede un ministro de estado u otro funcionario público expedir el reglamento de ejecución a una ley, ya que esta facultad es única e **indelegable** del máximo representante de la función administrativa que es el Presidente.

Para ejemplificar lo explicado tomaremos al fallo emitido por la ex Corte Suprema de Justicia en el expediente No. 10-96, R.O. 919, 8-IV-96 (VER ANEXO 4).

Aquí se puede apreciar como un ministro de estado dicta un reglamento de ejecución, el mismo fue impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa finalmente la sala de lo administrativo de la Corte Suprema de Justicia decidió declarar la nulidad del reglamento emitido por no tener, ese ministro, la facultad para dictarlo y dejando sentado expresamente que es el Presidente de la República el único que puede hacerlo.

3.2 Justificación de la Potestad Reglamentaria

Es claro que en todo estado de derecho el poder otorgado a cada una de las funciones propias de este deben tener prerrogativas equilibradas de poder que puedan ser un contra peso entre las funciones en sí.

La potestad reglamentaria de la administración tiene su fundamento en la lógica y el derecho. Se justifica en la práctica, por cuanto los órganos administrativos se encuentran mejor capacitados para reglamentar cuestiones que requieren una preparación técnica y jurídica de la que el Congreso en general carece por tratarse de un poder político. Las reglamentaciones administrativas requieren rapidez en su sanción y permanentemente deben ser actualizadas, siendo los órganos administrativos más aptos para ello por el principio de inmediatez que rige toda la actividad administrativa.³⁶

Existen teorías de que la potestad reglamentaria se justifica en el principio de separación de poderes, el mismo que le otorga a cada función del estado su *imperium*. Al analizar la historia de este principio nos remontamos a las épocas monárquicas en donde el Rey como soberano absoluto ejercía funciones administrativas, legislativas y judiciales. La revolución francesa cambió todo y dividió al poder en tres funciones las mismas que debían ejercer un contrapeso entre sí para de esta manera prevenir el abuso del poder y que éste se concentre en una sola persona.

De esta manera podemos ver que el legislativo promulga leyes de diversos tipos pero el Presidente de la República se encuentra facultado para dictar reglamentos de ejecución de esas leyes para equilibrar los poderes entre funciones.

Según una doctrina, el poder reglamentario es una dependencia de la potestad ejecutiva y proviene de la misión que tiene el jefe del ejecutivo de asegurar la

³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. "Derecho Administrativo", 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

ejecución de las leyes. Contra esta doctrina tradicional se ha manifestado un movimiento de reacción. En oposición a la teoría del reglamento, que tiende únicamente a asegurar la ejecución de las leyes, se ha formulado una doctrina que sostiene que el poder reglamentario no solamente se ejerce para la ejecución de las leyes sino que se funda también en la potestad gubernamental del jefe de estado: el gobierno se haría imposible si junto al cuerpo legislativo y en caso de silencio de las leyes, no tuviera el jefe de estado el poder de tomar aquellas medidas reglamentarias cuya necesidad puede sentirse imperiosamente.³⁷

3.3.- Ejemplos en la Legislación Internacional

Para ver ejemplos claros de la potestad reglamentaria nos basaremos principalmente en las legislaciones argentina y española.

3.3.1 Legislación Argentina

La Constitución de la República Argentina en su artículo 99 establece las funciones que tiene el Presidente de la República y en su literal 2 expresa lo siguiente: “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.”³⁸

En este literal encontramos una situación especial y es que la Carta Magna expresamente dispone que, el Presidente de la República, al momento de expedir reglamentos de ejecución no puede bajo ningún concepto, alterar el espíritu de la ley.

Esta disposición puede ayudar a prevenir algo que en la práctica es muy común, que el Presidente al momento de dictar un reglamento de ejecución cambie o altere lo que la ley en sentido formal expresa. Esto como ya hemos

³⁷ MARIENHOFF, Miguel S.” Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

³⁸ VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

dicho constituye uno de los grandes problemas de la potestad reglamentaria y será analizado a profundidad cuando hablemos de los abusos que de ella se desprenden.

Un ejemplo de reglamento de ejecución en la República Argentina es el Reglamento de ejecución a la Ley de Régimen Laboral.³⁹

Aquí vemos un claro ejemplo de cómo el Presidente expide un reglamento que permite la ejecución de la Ley de Régimen Laboral. En los considerandos del reglamento se expresa claramente la potestad que le otorga la Constitución para realizar esta expedición.

3.3.2.- Legislación Española

De igual forma la Constitución del Reino de España contempla la potestad reglamentaria en su art. 97: “El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.”⁴⁰

Todos los reglamentos ejecutivos de las Leyes deben, pues, ser previamente informados por el Consejo de Estado, incluso los que se dicten con carácter provisional(mención ésta suprimida en el texto del artículo 22.3 de la Ley Orgánica hoy vigente); por lo demás, como dice la Sentencia de 14 de diciembre de 1968, -la provisionalidad o interinidad de las normas reglamentarias aprobadas sin vocación de perpetuidad no impide la infracción de lo prohibido, ni excusa, en consecuencia, la omisión del obligado, preceptivamente, aunque no con efecto vinculante (el Consejo de Ministros no está obligado a seguir el parecer expuesto en su dictamen por el Consejo de Estado). Así lo entendió ya antes de la promulgación de la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por Sentencia de

³⁹ VEASE: REGLAMENTO DE EJECUCIÓN A LA LEY DE RÉGIMEN LABORAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

⁴⁰ VEASE: CONSTITUCIÓN DEL REINO DE ESPAÑA

30 de marzo de 1968 anuló, por falta de dictamen del Consejo de Estado, un Decreto de 14 de agosto de 1965 que se había limitado a fijar las denominaciones y facultades de los titulados por Escuelas Técnicas, sin entrar a desarrollar la totalidad de los preceptos de la Ley de Reordenación de Enseñanzas Técnicas de 29 de abril de 1964, al amparo de cuya disposición final segunda se dictó dicho Decreto. Así se lo hizo saber, igualmente, al Gobierno el propio Consejo de Estado en una moción elevada a aquél el 22 de mayo de 1969. De hecho esta interpretación, hoy formalmente consagrada por la Ley Orgánica del Alto Cuerpo consultivo, equipara los Reglamentos ejecutivos de las Leyes con los Reglamentos que desarrollan una remisión normativa, que, como veremos, es un concepto mucho más preciso.⁴¹

De lo propuesto por este autor español, se puede evidenciar que esto es diferente a lo que ocurre con la potestad reglamentaria en casi todos los países de latinoamérica pues, en este caso, los reglamentos son revisados por un consejo de estado.

Un ejemplo sería el Reglamento de Ejecución a la Ley de Marcas⁴² que regula y comprende todo lo concerniente a estos signos distintivos.

3.4.- Ejemplos en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano

En el Ecuador lamentablemente han existido, en muchos casos, reglamentos de ejecución con una gran falta de tecnicidad y de una buena elaboración jurídica. En la mayoría de casos la reglamentación sale de la esfera jurídica y se traslada al ámbito político lo que ha generado que muchos reglamentos quiten el espíritu a la ley o en su defecto modifiquen el sentido de esta.

Antes de entrar a analizar estos casos, veamos como la Constitución ecuatoriana otorga al Presidente de la República la potestad reglamentaria:

⁴¹ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1989.

⁴² VEASE: REGLAMENTO DE EJECUCIÓN DE LA LEY DE MARCAS DEL REINO DE ESPAÑA

“art. 147. Son atribuciones de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”⁴³

Esta nueva Carta Magna ha intentado perfeccionar a la institución reglamentaria pues como podemos ver ya se habla de reglamentos de aplicación de las leyes, es decir, de los reglamentos de ejecución. Antes dijimos que en el Ecuador no existía forma alguna de diferenciar a las diversas clases de reglamentos, ahora con lo que señala la Constitución se ha avanzado un poco en ese sentido.

También podemos observar cómo se limita al Presidente a expedir reglamentos, que no sean ejecutivos, únicamente a la esfera administrativa.

Hay un caso en especial que es digno de análisis. Se trata de la sentencia dada en el juicio no. 3381 que seguía María Elena Sánchez Guarderas contra el Ministerio de Relaciones Exteriores (ANEXO 5), la misma fue expedida por el Tribunal Contencioso Administrativo, cuando este era de última instancia, en la cual existe una confusión enorme en lo que se refiere a la potestad reglamentaria y a otros tipos de actos normativos.

En este caso el Tribunal Contencioso Administrativo declara nulo un Acuerdo Ministerial basándose en una norma contenida en la Constitución de 1978, la misma que decía que el Presidente de la República tiene noventa días para expedir reglamentos de ejecución de leyes.

De lo analizado a lo largo de este trabajo, hemos entendido que la Potestad Reglamentaria es una facultad exclusiva e indelegable del Presidente, por lo que declarar nulo un acuerdo ministerial basándose en esa disposición resulta un horror jurídico *sin equa non*.

⁴³ VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Este es solo uno de los ejemplos de lo que ha sucedido a lo largo del tiempo con los reglamentos ejecutivos. Al no encontrarse detallados en ningún cuerpo normativo existen confusiones como la que acabamos de ver y esto afecta gravemente a nuestro sistema jurídico.

3.5.- El abuso de la potestad reglamentaria

En algunas legislaciones, la nuestra incluida, hemos encontrado que muchas veces la Función Administrativa abusa de varias formas de la Potestad Reglamentaria pues por medio de esta, se intenta cambiar el espíritu de la ley, o es dictada por órganos administrativos incompetentes, o carece de lógica jurídica y eficacia técnica.

En nuestra realidad administrativa los reglamentos son la “fuente de derecho administrativo” de mayor extensión: lo entrecorramos porque son la mayor fuente normativa del funcionamiento real del aparato administrativo, pero la más frecuentemente antijurídica. De alguna manera el reglamento es la fuente de más ilegalidad y arbitrariedad en el campo de la administración. En ninguna otra parte del derecho administrativo se consagra tanto la arbitrariedad, el capricho, la contradicción, las contramarchas constantes, el desvío de poder. No es en los actos individuales donde la administración despliega toda su arbitrariedad: es en la redacción de largos y pesados reglamentos, pseudo normas generales que luego maliciosamente alega limitarse a cumplir, cuando ella misma los ha preparado y emitido.⁴⁴

Lo dicho por este autor constituye efectivamente lo que en la práctica sucede pues ni la misma administración cumple lo que ella misma dictó.

Justamente para prevenir este tipo de abusos muchos autores coinciden en la necesidad de imponer límites a la potestad reglamentaria.

3.6 Límites a la Potestad Reglamentaria

⁴⁴ GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: parte general”, 1a. edición., Ara Editores, Lima, 2003.

Es interesante el tema de poner límites a la potestad reglamentaria pues de esta manera evitaríamos los abusos que, muchas veces, de ella se desprenden. Para esto es necesario la implementación de mecanismos obligatorios y serios para su elaboración, tales como la participación obligatoria de expertos en la materia que se quiere reglamentar, o bien la participación de los sectores que van a estar sujetos a esta reglamentación.

También hay autores que señalan que se debe negar la presunción de legitimidad de los reglamentos que no emanen directamente del Presidente de la República para de esta manera intentar frenar todos los errores que se cometen al emitir un reglamento.

Justamente en ese sentido se pronuncia el jurista Agustín Gordillo: “Es hora que los Tribunales comiencen a negar presunción de legitimidad a las normas reglamentarias que no emanen de los órganos previstos en la Constitución, o sea concretamente el Poder Ejecutivo (no sus Ministros y Secretarios) y los órganos de contralor previstos en el art. 42 de la Constitución, en tanto cumplan con el requisito de la participación en su directorio de las asociaciones de usuarios y consumidores.”⁴⁵

La mejor forma de controlar a la potestad reglamentaria no es negar la presunción de legitimidad de sus normas. Con un procedimiento anterior a la emisión reglamentaria que establezca parámetros y requisitos previos, es posible que mejore considerablemente la calidad de los reglamentos de ejecución y no se discuta sobre su validez.

⁴⁵ GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: parte general”, 1a. edición., Ara Editores, Lima, 2003.

CAPITULO IV

EL REGLAMENTO DELEGADO

4.1.- Concepto.

José Canasi los define de la siguiente manera: “Este tipo de reglamentos se origina en la propia voluntad legislativa que atribuye a la administración pública cierta “potestad” para “legislar”, por así decirlo, dentro de determinados y muy condicionados límites, en materia de detalle, en que de no ser así, se haría de difícil o imposible solución al legislador, que carecería, por otro lado, de los medios idóneos para ello, agilitando al mismo tiempo la tarea “legislativa” dentro de la administración desde un punto de vista exclusivamente práctico. No es que se delegue la potestad legislativa que sería inconstitucional (art. 29, cons. nac) no son reglamentos subordinados a la ley formal, y su fuerza obligatoria reside en la voluntad expresa del poder legislativo...”⁴⁶

Juan Carlos Cassagne realiza un análisis interesante: “La aceptación de esta clase de reglamentos se halla controvertida en la doctrina constitucional. Se trata de normas generales dictadas por la Administración en base a una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias de competencia del legislador. Los reglamentos delegados se diferencian de los decretos- leyes por la existencia de una ley formal que autoriza su emisión. Como la facultad para dictarlos no emana de la potestad reglamentaria sino de la habilitación legal, se trata de una actividad de carácter excepcional de la Administración, conteniendo normas sobre materias que, si bien deben ser reguladas por la ley, el Congreso ha decidido que lo sean por la administración.”⁴⁷

⁴⁶ CANASI, José, “Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1981

⁴⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

El tratadista argentino Juan Francisco Linares piensa en el mismo sentido: “Esta especie de reglamento no está expresamente previsto en nuestra ley fundamental, a diferencia de lo que ocurre con el de ejecución. Pero se halla referido implícitamente en el art.86, inc. 1ro; en el art. 5to que impone a las provincias asegurar “régimen municipal”, y en el art. 67, inc. 16, que autoriza a “crear universidades” estas dos especies de regímenes suponen ciertas corporaciones dotadas de competencia para dictar “leyes materiales”, como las ordenanzas o resoluciones generales.”⁴⁸

Esta especie de reglamentos es sumamente extraña en las legislaciones. En algunos casos puede existir confusión con otros reglamentos debido al desconocimiento de la naturaleza de este reglamento en específico.

De lo que acotan los autores citados podemos ver que este reglamento no se encuentra contemplado en la Constitución y que algunas veces se encuentra implícito en ciertas leyes.

4.2.- Historia del Reglamento delegado

Para entender un poco la historia de esta institución jurídica citaremos un artículo que nos relata la misma de una manera interesante.

“La delegación legislativa en el ejecutivo y el cambio de rol de los parlamentos y congresos.”

1.1- El origen de la delegación legislativa, en el siglo XX. La “Gran Guerra” de 1914 a 1918. La crisis de 1929. La post-guerra de 1945.

Si se analiza el tema durante la Primera Guerra Mundial, y como consecuencia de los efectos sociales y económicos inmediatos de esa situación bélica, que se desarrolló con importante intensidad luego de la crisis económico financiera de 1929, en el mundo de Occidente y que ingresó en el ámbito constitucional y en la práctica de la vida política y jurídica de los pueblos de Occidente; luego

⁴⁸ LINARES, Juan Francisco, “Derecho Administrativo”, 1ª edición Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1986

de la Segunda Guerra Mundial se puede constatar que el tema de la delegación legislativa, está vinculado a lo que se entiende, es el rol del parlamento, en la vida de los estados democráticos y representativos contemporáneos. Esto significa que la causa definitoria de las delegaciones legislativas, debe ubicarse en la complejidad y en la celeridad de la vida política, económica, financiera y en las realidades tecnológicas de nuestro tiempo.

1.2- Los orígenes históricos, en el medievo, del parlamento, en Occidente.

Los parlamentos tuvieron por origen su condición de tribunales juzgadores, y no el quehacer legislativo. En definitiva el parlamento fue el lugar donde los reyes concurrían a pedir la aquiescencia para los nuevos impuestos y gabelas, que la Corona necesitaba para solventar sus necesidades y las guerras.

1.3- La aparición efectiva y definida del parlamento, como hacedor de las leyes.

La idea que el parlamento debe ser el hacedor de la ley, no es una idea que viene, ni del alto medievo, ni del bajo medievo. La conclusión definida que el parlamento es el órgano hacedor de la ley, es tema que en Occidente, se asoma y afirma con presencia a través de la historia constitucional inglesa en el siglo XVII.

1.4- Relación directa entre la necesidad de mantener para el parlamento o el congreso, el monopolio legislativo, y el riesgo de concentración de poder en el ejecutivo, mientras la conciencia social colectiva, no hubiera asumido, en profundidad, el tránsito de la titularidad del poder político y de la legitimidad, en los gobernados, esto es en el pueblo.

A lo largo de todo el siglo XIX, y en los primeros años del siglo XX, los doctrinarios del estado de derecho hicieron hincapié permanente, en el mantenimiento de la premisa que hace al principio de la división de los poderes constituidos, como base de la legitimidad de todo gobierno. En ese orden de ideas, se hizo especial hincapié, en la reserva de exclusividad, para el Legislativo, de la capacidad para legislar. Esto es, debe verse en la tenaz

defensa de esa exclusividad, que se opuso y que todavía hoy (antes de la reforma) se opone permanentemente a todo tipo de delegación legislativa, el miedo concreto y real, que por el camino de la delegación legislativa, se cambie el telos final del estado de derecho, al dar la capacidad de concentración de poderes en el Ejecutivo.

2.1- El tránsito a la nueva imagen y función de los parlamentos y congresos en los estados de derecho del siglo XX.

En la marcha de los tiempos se asentó que la titularidad del poder político y la legitimidad en su ejercicio, viene de los gobernados a la estructura política y a los gobernantes, invirtiendo la relación anterior a las grandes revoluciones, va a comenzar el proceso de modificación del rol del parlamento y de los congresos en la cultura política de Occidente. Y por ese mismo camino, aparecerá primero como un esbozo frente a estados de necesidad, luego como una práctica, asentada en el hecho, y por fin como nueva figura jurídica institucionalizada, la delegación de la capacidad legislativa del legislativo en el ejecutivo.

2.2- Los presupuestos en los que se asienta el cambio de rol de los parlamentos y congresos, en el mundo político del siglo XX, en Occidente.

El proceso de delegación legislativa, tiene como antecedente, al menos dos presupuestos socio – políticos, que se dieron en este siglo XX, en Occidente. El primero, reside, en el convencimiento general que aparece como verdad no discutible, que el asiento de la capacidad decisoria en el ámbito político, en las comunidades humanas, esto es el asiento del poder político, radica con exclusividad en los gobernados. Y el segundo presupuesto, consecuencia del anterior, se asienta en el convencimiento que la mostración objetiva de la nueva titularidad del poder político y de la legitimidad, se muestra y se evidencia, dando el monopolio legislativo al órgano que, en la distribución de poderes constituidos, aparece como el representante natural, directo, inmediato e íntimamente relacionado con el nuevo soberano político, esto es con los pueblos, y ese poder, es sin lugar a dudas el legislativo.

2.3- Los presupuestos de la delegación legislativa en nuestro tiempo.

Esas dos coordenadas han sido y son, por un lado la ampliación de la base electoral, y por el otro la disminución de los plazos en los mandatos. Dentro de ese esquema, el monopolio de la capacidad legislativa por el parlamento y por el congreso, comienza a transformarse, como está dicho, primero de hecho, por razón de necesidad y dentro del proceso de la Primera Guerra Mundial, luego, y sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, como institución desarrollada y asentada en normas expresas, de las constituciones de la segunda postguerra, en Europa occidental y en otras zonas del planeta. En el período que transcurrió entre las dos guerras mundiales, las delegaciones legislativas se fueron institucionalizando sobre la base de los hechos. Mucho tuvo que ver en ese proceso la crisis que Occidente sufrió en el ámbito político y financiero por el estallido en la Bolsa de New York de 1929. Esto trajo como consecuencias procesos de desocupación y desórdenes en el ámbito de lo político, que exigieron de la conducción del gobierno de los pueblos, soluciones inmediatas, que al no poder cumplirse con eficacia en y a través de los parlamentos, por la propia dinámica interna de ellos, insensiblemente, estos propios parlamentos y congresos, fueron delegando capacidades decisorias, para resolver lo necesario, a los poderes ejecutivos de turno. El trámite fue aceptablemente fácil en los ejecutivos de origen parlamentario. Y más difícil y conflictivo en los ejecutivos de origen presidencial.

2.4- La delegación legislativa. Sus riesgos.

Es claro que el tema de la delegación legislativa, visto desde el amplio panorama que va descripto, se muestra como el intento de una solución que puede razonablemente ser atendible. Pero ello no quita, ni olvida, los riesgos de toda delegación, que en cierta manera, importa concentración de poder en el ejecutivo. Por ello resulta necesario al mismo tiempo y por este camino, que se vislumbre y desarrolle la necesidad de instrumentos de control, para que esa

*delegación legislativa, no exceda los marcos de la propia delegación, ni ponga en riesgo las libertades civiles y políticas de los gobernados.*⁴⁹

4.3.- Naturaleza Jurídica

Este reglamento tiene ciertos elementos que son muy importantes analizar.

En primer lugar se encuentra la voluntad legislativa que otorga a la administración la facultad de expedirlos, constituyendo una excepción al principio de reserva legal.

La otra es su carácter de excepcional, es decir, no puede hacerse de esta delegación un hecho común en el sistema jurídico sino que se encuentra reservado para casos específicos y ciertas materias en especial, en algunas legislaciones en las cuales este tipo de Reglamento consta en la norma constitucional, se establece que esta delegación no puede recaer en materia penal ni tributaria.

La autorización por medio de la ley para que la administración pueda dictar el reglamento delegado es vital para que pueda darse correctamente esta figura.

Finalmente y lo más importante es que el legislativo al habilitar a la administración por medio de una ley, le otorga al reglamento delegado la fuerza y el carácter de ley. Obviamente esto no constituye una delegación legislativa que se encuentra prohibida por la Constitución sino simplemente de un encargo o una comisión.

Es realmente penoso que este reglamento no se encuentre establecido en la Constitución o en alguna ley. No sirve de nada que se encuentre implícito en una u otra ley ya que al no estar consagrado en una norma superior es imposible su aceptación y su aplicación.

49

Como ya dijimos en el derecho administrativo no cabe la interpretación extensiva de la ley y tampoco puede realizarse un acto que no esté contemplado en ella (salvo facultades discrecionales). Entonces si la naturaleza del reglamento delegado no se encuentra consagrada en una ley es imposible su aceptación como tal.

4.4.- Tipos de Delegación.

Varios autores coinciden en tres tipos de delegación por parte del órgano legislativo a la administración: delegación recepticia, delegación o remisión normativa y la deslegalización de materias.

La delegación recepticia tiene como principal característica que las normas reglamentarias adquieren el rango formal de la ley. Cuando el legislativo mediante ley autoriza a la función administrativa para que elabore una ley. En este tipo de delegación se considera como una ley en sentido formal.

La delegación más usual es la remisión normativa y se perfecciona cuando la ley autoriza a los órganos de la esfera administrativa para que emitan normas en ciertas materias y con determinados límites.

Para entender la deslegalización de materias citaremos a Juan Carlos Cassagne: “se trata de una técnica por la cual ciertas materias que se encuentran reguladas por la ley pasan o se autorizan a que sean regidas por normas emanadas de la administración. Implica una degradación de esas materias e incluso de las leyes que la regulaban, ya que en general se autoriza que sean modificadas o derogadas por esta clase de reglamentos.”⁵⁰

4.5.- Aceptación y Negación del Reglamento Delegado entre la Doctrina

Como ya se dijo anteriormente la naturaleza de los reglamentos delegados es sumamente complicada y se necesita de ciertos requisitos para que puedan ser aceptados.

⁵⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

La división de criterios surge principalmente por la supuesta delegación legislativa que se da desde el congreso para la administración, pues se entiende que se está violando principios constitucionales que otorgan la facultad de expedir leyes únicamente al mencionado órgano legislativo.

También existen juristas que permiten la delegación legislativa pero solamente para materias específicas, por ejemplo aquellas que necesariamente tienen que ver con temas relacionados a la función administrativa.

Desde nuestro punto de vista, el reglamento delegado agiliza a un sistema jurídico, pues como el congreso esta extasiado de normas, puede mediante esta figura, descargar ese peso legislativo otorgando a la administración la facultad de legislar en ciertos casos que se encuentra capacitada para hacerlo. Obviamente al otorgarle esa delegación, el acto emitido por parte del órgano administrativo tiene fuerza absoluta de ley. Así lo menciona acertadamente Miguel S. Marienhoff: “Para finalizar con este tipo de reglamentos, cuadra advertir que el acto que emita el Ejecutivo como consecuencia de esta delegación legislativa, desde que integra la respectiva ley, participa de los caracteres de ésta; en consecuencia, dicho acto podría ser enjuiciado por los mismos medios por los que podría serlo la ley que integra (verbigracia, podría ser tachado de inconstitucional, si existiere tal vicio). Si la ley que efectúa la delegación se refiere a una facultad indelegable –por ejemplo, creación de impuestos o configurando delitos, etc.- , y el Ejecutivo emitiera un acto creando impuestos o configurando delitos, tanto la ley que contenga esa delegación, como el acto del Ejecutivo que le dio curso, pueden ser objetados de inconstitucionales.”⁵¹

Finalmente es necesario considerar que a pesar de no estar establecidos en norma alguna, se ha dado de una u otra forma, una especie de delegación legislativa a la administración, pero como veremos en los ejemplos esto no puede constituir en sí un reglamento delegado.

⁵¹ MARIENHOFF, Miguel S. “ Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

4.6.- La Subdelegación

En la doctrina se ha discutido constantemente sobre si la delegación legislativa hacia la función administrativa puede ser subdelegada a un órgano inferior dentro de la misma esfera.

Cuando hablamos de la potestad reglamentaria dijimos que era una facultad indelegable que debía cumplir el Presidente de la República, incluso se ha anexado jurisprudencia sobre el tema en mención.

En el caso del reglamento delegado ocurre exactamente lo mismo. Si el órgano legislativo permite a la administración emitir normas con carácter de ley lo hace únicamente a favor del máximo representante de la misma, es decir, el Presidente. Por lo tanto sería absolutamente ilógico (al igual que ocurre con el reglamento de ejecución) que el mandatario subdelegue el encargo hecho por la función legislativa.

En ese sentido se pronuncia Marienhoff: “¿Puede el órgano “delegado”-el ejecutivo, en este caso- *subdelegar* a su vez? La doctrina, con acierto, se pronuncia en sentido negativo. La delegación se hace a favor de un órgano determinado por considerársele- sea por su origen, su composición, los criterios de su funcionamiento, como también por las tareas que ejerce normalmente- como el más adecuado para el cometido; si se admitiera que el mismo puede delegar ese cometido a otro órgano, el presupuesto lógico de la delegación quedaría contravenido. Aparte de ello, el “delegado” no podría delegar válidamente la “*competencia*” que expresamente le atribuyó el delegante.”⁵²

En conclusión el órgano delegado bajo ningún concepto puede trasladar la competencia otorgada por el legislativo a otro de menor categoría.

⁵² MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

4.7 Delegación a otros Órganos

De lo que se ha consultado de múltiples tratadistas especialistas en derecho administrativo casi ninguno comenta la posibilidad de que la delegación legislativa pueda darse a un órgano distinto a la función ejecutiva. Se dijo también que una de las principales causas de la delegación a la administración era que ésta puede encontrarse en mayor capacidad técnica o jurídica para realizar una norma sobre un determinado tema. Pero, ¿puede haber otro órgano distinto a la función ejecutiva que pueda ser sujeto de una delegación legislativa por las mismas causas? Desde nuestro punto de vista esto sí es posible.

Si la administración se encuentra capacitada para legislar en ciertos temas, otros órganos fuera de su esfera también pueden hacerlo. Un ejemplo de esto sería una delegación al Consejo Nacional Electoral para que desarrolle una Ley del Voto en el Exterior.

Este organismo, por su naturaleza, se ha encargado de todos los temas relacionados con el derecho electoral. Tiene, como dentro de su organización, direcciones expertas en temas electorales, tales como la dirección de capacitación, mecanismo electoral, comunicación social, etc. Esto lo convierte en un órgano perfectamente capacitado técnicamente para poder emitir un reglamento delegado sobre el tema considerado en el párrafo anterior.

Lamentablemente aquí volvemos al mismo problema del principio. Si la Constitución ni ninguna ley contempla la figura del reglamento delegado es imposible que esto suceda puesto que la figura de la legislación delegada no consta en nuestro ordenamiento jurídico.

4.8.- Ejemplos en la Legislación Internacional

Aunque ya hemos dicho que ninguna Constitución latinoamericana expresa en su contenido norma o principio alguno que haga mención a los reglamentos delegados, nos fijaremos en pequeños actos sucedidos que demuestran una aplicación *sui generis* de los mismos.

4.8.1 Legislación Argentina

En este país ya hemos dicho que el derecho administrativo se encuentra sumamente avanzado en comparación con otras legislaciones latinoamericanas. Esto también se evidencia al tratar los reglamentos delegados.

El art. 76 de la Constitución Argentina expresa lo siguiente: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”⁵³

Esto es sin duda un avance astronómico en el derecho administrativo pues, por primera vez, se acepta al reglamento delegado en la norma constitucional aunque sea solo para determinadas materias y en un plazo específico.

Incluso antes de que esté vigente en la Carta Magna el artículo citado ya se utilizaban los reglamentos delegados como nos lo explica Marienhoff que escribió su obra mucho antes de la reforma mencionada: “La Corte Suprema de la Nación acepta que el reglamento delegado pueda emitirse en nuestro país, sin que ello implique agravio a texto o principio alguno de orden constitucional. Pero supedita la validez de esos reglamentos a ciertas condiciones: las facultades normativas otorgadas al poder ejecutivo dentro de un ámbito *cierto y determinado expresamente*. Últimamente, en particular referencia a materia punitiva (legislación de policía), circunscribió aún más el ámbito de los reglamentos delegados.”⁵⁴

⁵³ VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

⁵⁴ ⁵⁴ MARIENHOFF, Miguel S.” Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

Como se ha visto el uso del reglamento delegado en Argentina es frecuente principalmente para materias relacionadas directamente con la administración, incluso antes de que se consagre en la Constitución.

4.9.- Ejemplos Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.

Los reglamentos delegados son otro elemento *sui generis* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. No se encuentran establecidos ni en la Constitución ni en norma alguna pero hay un caso digno a ser analizado y que, en cierta forma, puede ser considerado, doctrinariamente, como una delegación legislativa en nuestro país: se trata del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la función Ejecutiva.

4.9.1.- La Interpretación del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE) como un Reglamento Delegado.

En el año de 1993 la legislación ecuatoriana dio un giro importante. Se expidió la Ley de Modernización del Estado, la misma que planteaba cambios jurídicos y estructurales en nuestro país pues se abrió la posibilidad de poder privatizar las empresas públicas así como también se creó el Consejo Nacional de Modernización (CONAM), el mismo que se encargaría, valga la redundancia, de modernizar la estructura del estado.

Esto afectó directamente al derecho administrativo ecuatoriano ya que se implementaron cambios que reformaron ciertas instituciones jurídicas de esta rama como por ejemplo se implementó el silencio administrativo positivo, otorgando de esta manera más seguridad jurídica a los administrados debido a que si la administración no responde un reclamo en un tiempo determinado, se entiende que la respuesta de la administración es positiva, diferente de lo que sucedía antes con el silencio administrativo negativo.

Explicado esto, enfoquémonos nuevamente en lo que nos importa, el reglamento delegado.

Hasta antes de la expedición de la Ley de Modernización, regía la llamada Ley de Régimen Administrativo, pero la norma antes mencionada en su artículo 40 expresaba lo siguiente:” Régimen administrativo del ejecutivo.- Dentro de los límites que impone la Constitución Política, declárese de competencia exclusiva del Ejecutivo la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos. En el plazo máximo de tres meses, contados a partir de la vigencia de esta Ley, el Presidente de la República, deberá mediante un Decreto Ejecutivo expedir y promulgar el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En lo sucesivo, dicho Régimen Administrativo podrá ser modificado por el Presidente de la República a través de un Decreto Ejecutivo de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública.”⁵⁵

De igual forma, la Disposición Transitoria Primera decía: “PRIMERA.- Hasta tanto se expida el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se estará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Administrativo”⁵⁶

Ha existido una discusión constante sobre si lo que dispone la Ley de Modernización para con el Presidente de la República constituye un reglamento delegado. Es claro y se puede evidenciar que existe una delegación legislativa hacia la función administrativa y la misma coincide en un tema en el cual la administración está mejor preparada, técnica y jurídicamente para dictar normas que establezcan la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos.

Otro hecho curioso resulta que el Presidente de la República al momento de expedir el Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutivo derogue a su vez la Ley de Régimen Administrativo.

⁵⁵ VEASE: LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

⁵⁶ Ibídem

Analicemos todos los elementos de este caso para poder dilucidar la probable consideración de este caso como un reglamento delegado:

- En primer lugar, ya hablamos de que debe existir la voluntad legislativa que otorgue a la administración la facultad de expedir este tipo de reglamento. En este caso existe tal voluntad pues lo expresa claramente el artículo 40 citado anteriormente.
- Si tomamos el tema de excepcionalidad, en este caso también existe, pues en el presente dilema la delegación se encuentra reservada para un caso en específico y una materia en especial, es decir, para dictar normas específicas de la propia administración.
- La autorización, en este caso es expresa ya que por medio de la Ley de Modernización, se autoriza a la administración para que pueda dictar el reglamento delegado
- Finalmente y lo que queda en tela de duda es si la delegación legislativa le otorga al Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE) la fuerza y el carácter de ley.

En conclusión, y desde nuestro punto de vista, el ERJAFE constituye al menos, desde el punto de vista doctrinario, un reglamento delegado.

El único tema en discusión sería si tiene o no fuerza de ley. En la práctica y por el desconocimiento de muchos abogados, se lo considera un simple reglamento, pero si nos dedicáramos a analizar a fondo podríamos darnos cuenta de que esto no es así.

Tan importante es este Estatuto que incluso está derogando a la Ley de Régimen Administrativo, por eso y con más razón, su carácter y su fuerza de ley debería ser indiscutible.

Lo que se debió hacer al momento de expedir la Ley de Modernización, es aclarar que el Régimen Jurídico administrativo de la Función Ejecutiva ha sido delegado para su expedición con expresa voluntad legislativa para que el

ejecutivo por estar más preparado para expedirlo, lo haga y, que este estatuto, al ser delgado legislativamente por el congreso debe tener fuerza de ley dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Si lo que explicamos hubiese constado en la Ley de Modernización, seguramente no tendríamos este dilema.

CAPITULO V

EL REGLAMENTO AUTONOMO O INDEPENDIENTE

5.1.- Concepto

José García –Trevijano al hablar sobre este tipo de reglamentos nos dice lo siguiente: “Junto a éstos existen los reglamentos *independientes*, que son aquellos que tratan, no de ejecutar una Ley concreta, sino de regular materias en las que no existe una Ley reglamentable, existiendo, desde luego, una atribución de potestad jerárquica, necesaria, como vimos, para toda la actuación de la Administración, salvo excepciones. Precisamente en esto se amparan tales reglamentos. Aquí es donde juega sobre todo el problema de los límites reglamentarios. Un Reglamento independiente no puede regular materias de libertad o de propiedad limitando las individuales sin expresa habilitación legal (no simplemente genérica).”⁵⁷

Agustín Gordillo los define así: “Este tipo de reglamentos, que no está expresamente previsto en las leyes ni en la Constitución estaría constituido por aquellos dictados para regir una materia en la que no hay normas legales aplicables (de ahí lo de “autónomo”). Pero la Constitución faculta al Presidente a emitir los “Reglamentos que sean necesarios para la *ejecución* de las leyes de la Nación”, lo cual se refiere taxativamente a los reglamentos de ejecución de las leyes, no a supuestos reglamentos autónomos de toda la ley”⁵⁸

Pedro Altamira coincide con los dos anteriores: “Es aquel que no está subordinado a ley formal alguna; y se le llama independiente o autónomo por no referirse a determinada ley, sino que es una manifestación de la voluntad de la administración pública, con atribuciones legales expresas para crear

⁵⁷ GARCIA-TREVIJANO, José, “Tratado de Derecho Administrativo”, 3ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1984

⁵⁸ GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: parte general”, 1a. edición., Ara Editores, Lima, 2003.

estatutos generales impersonales y objetivos en ejercicio de atribuciones propias.”⁵⁹

José Canasi agrega al significado un elemento interesante: “Son los que dicta la administración pública en virtud de poderes constitucionales propios y que surgen de la potestad implícita que tiene el poder ejecutivo como jefe supremo de la Nación y que tiene a su cargo la administración general del país”⁶⁰

El reglamento autónomo es aquel que se ocupa de regular materias que no están establecidas en norma legal alguna y que nacen a partir de la autorización de la Constitución o de una determinada ley para que puedan ser emitidos.

A continuación estableceremos la naturaleza jurídica de este reglamento.

5.2 Naturaleza Jurídica

Es importante señalar que el reglamento autónomo nace de una determinada norma, es decir, la competencia para emitirlo es creada a partir de un ordenamiento jerárquico superior.

5.2.1 Diferencias entre el Reglamento Autónomo y el Reglamento de Ejecución

- El reglamento de ejecución se encarga de dictar normas para la aplicación de una determinada ley, mientras que el reglamento autónomo regula materias no contempladas en la ley.
- La potestad de reglamentar leyes es facultad exclusiva del Presidente de la República. Los reglamentos autónomos pueden ser emitidos por distintos órganos, siempre que estos se encuentren autorizados para hacerlo por una norma superior.

⁵⁹ ALTAMIRA, Pedro, “Curso de Derecho Administrativo”, edición póstuma, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1971

⁶⁰ CANASI, José, “Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1981

- La competencia del reglamento autónomo puede nacer tanto de la Constitución como de la Ley, sin embargo la facultad del Presidente de la República para reglamentar una ley nace única y exclusivamente de la Constitución.

5.2.2 Diferencias entre el Reglamento Autónomo y el Reglamento Delegado

- El reglamento delegado, por su naturaleza, tiene carácter de ley formal, el reglamento autónomo carece de ello.
- La competencia para expedir reglamentos autónomos nace de la Constitución o la ley, mientras que en el reglamento delegado se da la ya explicada delegación legislativa.

5.3.- Órganos Administrativos Competentes.

La Constitución faculta a determinados órganos estatales la facultad de expedir reglamentos autónomos, a continuación veremos dos ejemplos concisos.

Cuando se trató el tema de la potestad reglamentaria se citó el numeral 13 del art. 147 de la Constitución que otorgaba al presidente la capacidad para expedir reglamentos de ejecución. Sin embargo ese mismo numeral concluía con lo siguiente: “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, **así como los que convengan a la buena marcha de la administración.**”⁶¹

Esa última parte faculta a la administración a expedir reglamentos autónomos que reglen temas relacionados a la buena marcha de la administración.

⁶¹ VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

5.3.1.- Facultades Normativas de la Contraloría General del Estado

La administración no es el único órgano competente para expedir reglamentos autónomos pues ya se dijo antes que la competencia para poder emanar éstos nace de diferentes normas, principalmente de la Constitución.

Un ejemplo de esto constituye la facultad normativa que le otorga la Constitución a la Contraloría General del Estado en su art. 212: “Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos. 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. 3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones. 4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.”⁶²

En el numeral 3 del citado artículo la Constitución faculta a este órgano de control para que expida la normativa necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Gran parte de esa normativa constituyen reglamentos autónomos.

Para citar ejemplos de reglamento autónomos expedido por la Contraloría General del estado tenemos a los siguientes: Reglamento Sustitutivo de

⁶² VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

Responsabilidades⁶³, Reglamento para el manejo de Gastos Reservados⁶⁴ y al Reglamento para Uso de Vehículos Oficiales⁶⁵.

5.4.- Ejemplos en la Legislación Internacional.

En legislaciones diferentes también podemos encontrar al reglamento autónomo. Para explicar esto, tomaremos como ejemplo a la República de Costa Rica:

5.4.1- Legislación de Costa Rica

El Ministerio de Hacienda de Costa Rica expidió, el Reglamento Autónomo de Servicios debidamente facultado por la Constitución como podemos apreciar en sus considerandos: “I. Que con el fin de garantizar mayor eficiencia en el servicio que presta el Ministerio de Hacienda, es necesario procurar el máximo aprovechamiento de los recursos humanos y materiales con que cuenta esta dependencia. II. Que para dar cumplimiento a los cometidos que por imperativo, constitucional y legal, competen al Ministerio de Hacienda, es necesario que existan regulaciones que determinen las relaciones de servicio entre esta dependencia y sus funcionarios, en el entendido de que estos, como servidores del Estado deben procurar la realización de los fines públicos. III. Que si bien los servidores del Ministerio deben procurar que prevalezca el fin público sobre cualquier otro, este hecho no les sustrae de su condición de trabajadores y como tales tienen una serie de derechos irrenunciables, que les han sido conferidos por nuestro ordenamiento y deben ser reconocidos en su relación de servicio. IV. Que los trabajadores del Ministerio tienen el deber y el derecho de conocer las normas a que están sujetos en virtud de su relación de

⁶³ VEASE: REGLAMENTO SUSTITUTIVO DE RESPONSABILIDADES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

⁶⁴ VEASE: REGLAMENTO PARA EL MANEJO DE GASTOS RESERVADOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO

⁶⁵ VEASE: REGLAMENTO PARA USO DE VEHÍCULOS OFICIALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

servicio. V. Que el contenido del presente Reglamento cuenta con la aprobación de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaría, en cumplimiento del artículo 10 del Decreto Ejecutivo No. 24308-H, y de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil, mediante oficio AJ-222-96.”⁶⁶

Este reglamento da cumplimiento a lo ordenado en la Constitución de la República de Costa Rica, la misma que autoriza a los ministerios a dictar esta clase de reglamentos autónomos que son indispensables para su funcionamiento.

⁶⁶ VEASE: REGLAMENTO AUTONOMO DEL MINISTERIO DE HACIENDA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

CAPITULO VI

EL REGLAMENTO DE NECESIDAD O URGENCIA

6.1.- Concepto

Juan Carlos Cassagne nos da la siguiente definición: “Los reglamentos de necesidad o urgencia son los que dicta el poder ejecutivo, sin que medie autorización o habilitación legislativa, para regular materias que deben serlo por ley en sentido formal. Revisten carácter excepcional y su contenido es similar al de los reglamentos delegados, versando ambos sobre materias propias del legislador; difieren en que los reglamentos delegados precisan autorización legislativa, en tanto los de necesidad o urgencia son dictados por la Administración sin estar autorizada para ello por el Congreso”⁶⁷

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández lo definen de esta manera: “puede justificarse únicamente en función de un estado de necesidad, de una situación de emergencia cuya excepcionalidad coloca en primer plano el viejo principio *salus populi suprema lex esto*, por encima incluso, del propio principio de la primacía de la Ley, que, en tales casos, queda transitoriamente excepcionado.”⁶⁸

Finalmente, Miguel S. Marienhoff opina de esta manera: “Estos, lo mismo que los reglamentos delegados, tienen contenido legislativo; es decir, la materia sobre la cual versan es propia del legislador e integra la competencia de éste. De ahí que, en definitiva, su eficacia ulterior dependa de la ratificación o aprobación del Parlamento. En cambio, los reglamentos de “ejecución” y los

⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

⁶⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1989.

“autónomos”, por ser su contenido exclusivamente “administrativo”, no requieren ni admiten la ratificación parlamentaria”⁶⁹

Como claramente nos dicen los autores citados el fundamento jurídico de estos reglamentos nace de la necesidad y urgencia suscitada en un estado de derecho. Esto puede referirse específicamente a ciertas situaciones de hecho tales como una guerra entre países, todo tipo de desastres naturales, epidemias, o también una grave crisis económica dentro de determinado territorio.

Estos acontecimientos hacen indispensable la emisión de ciertas normas reglamentarias para ayudar a cesar el hecho ocurrido en la emergencia declarada y por tal razón no se necesita aprobación legislativa alguna para poder expedirlos ya que, como dijimos antes, la causa de su emisión es la de necesidad o urgencia.

Obviamente si no existiere el estado de necesidad y el Presidente de la República emitiera este tipo de reglamentos, sería considerados absolutamente nulos pues no existe causa alguna para su expedición.

En algunas legislaciones, incluida la nuestra, el decreto de un estado de necesidad o urgencia puede ser derogado por el órgano legislativo si éste considera innecesario la aplicación de éste. De igual forma se plantea que el estado de excepción debe tener un plazo determinado, un territorio donde es aplicable y por supuesto, la causa que motive su necesidad.

6.2.- El denominado Estado de Excepción

Para que se pueda emitir un reglamento de necesidad o urgencia es necesario que un determinado país o cierta parte de éste se encuentre en un estado de excepción, por lo que es válido analizar el significado de tal situación:

⁶⁹ MARIENHOFF, Miguel S.” Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.

El concepto de estado de excepción se basa en el supuesto de que, en algunas situaciones de emergencia política, militar o económica, el régimen de limitación y equilibrio de poderes, propio de las reglas de juego constitucionales, tenga que dejar vía libre a un poder ejecutivo más fuerte, e incluso al ejército.

No obstante, hay importantes diferencias de opinión respecto al fundamento teórico y al rango de las medidas concretas, lo mismo que a sus interpretaciones legales y justificaciones políticas. Por otra parte, la experiencia histórica muestra que la institución del estado de excepción puede frecuentemente acarrear como consecuencia precisamente las crisis políticas y sociales que se trataba de evitar. Si se recurre a él prematuramente, podría impedir posteriores intentos de resolver los problemas por los cauces constitucionales. Las medidas propias del estado de excepción pueden de este modo estimular ambiciones dictatoriales de partidos políticos, grupos o personas. Cuando se prolongan durante un largo periodo, estas disposiciones provisionales para casos de emergencia, concebidas para la protección del orden constitucional existente, pueden convertirse incluso en instrumentos de una revolución pseudo legal y de una dictadura a costa de aquel.⁷⁰

6.3 El Estado de Excepción en la Legislación Ecuatoriana

Al igual que en otros países, el Ecuador contempla en su Carta Magna todo lo referente a los estados de excepción. En los artículos que analizaremos a continuación veremos que definición nos da la Constitución y que prerrogativas le otorga al Presidente:

“Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

⁷⁰ <http://www.economia.unam.mx/sua/site/materia/sem1/histo1/archint/edoe.doc>.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, el ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.”⁷¹

El art. 164 de nuestra Carta Magna no expone de una manera taxativa los casos en los cuales debe existir un estado de excepción. Es claro que al mencionar “grave conmoción interna” y “calamidad pública” deja abierta la posibilidad de una interpretación errónea para la aplicación del estado de necesidad o urgencia. Como este tiene un carácter de excepcionalidad, deben especificarse claramente cada uno de los casos en los cuales se puede entrar a tal estado pero nuestra Constitución deja al arbitrio o al criterio del Presidente la posibilidad de decretar un estado de excepción.

A continuación veremos las prerrogativas que le otorga la Constitución al Presidente de la República dentro de un Estado de Excepción. “Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá: 1. Decretar la recaudación anticipada de tributos. 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación. 3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional. 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la

⁷¹ VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

seguridad del Estado. 5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional. 6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones. 7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. 8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.”

Es aquí donde se da vida a los reglamentos de necesidad o urgencia en la legislación ecuatoriana. Por ejemplo el numeral 1 del art. No. 165 nos dice que en el caso de estado de excepción el Presidente podrá decretar la recaudación anticipada de tributos. Para poder hacer esto, necesariamente debe expedir una norma reglamentaria que establezca los parámetros de tal recaudación. Ese reglamento será considerado como de necesidad o urgencia, conforme lo explicado por los autores citados al principio de este capítulo.

La Constitución también establece los plazos y requisitos para el estado de excepción: “Art. 166.- La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional.

El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado.

Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe correspondiente.

Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.”⁷²

En la práctica, en septiembre de 2009 el Presidente Rafael Correa Delgado expidió el Decreto 214 (VER ANEXO 6), el mismo que decreta el Estado de excepción eléctrica en todo el territorio nacional, por sesenta días, con el objeto de garantizar la continuidad y suministro del servicio de energía eléctrica.

En este decreto se puede apreciar cómo mediante normas reglamentarias de emergencia se busca controlar la crisis energética otorgando a ciertas instituciones facultades no propias de ellas así como medidas distintas a las de un estado de derecho sin crisis alguna.

Esta es la forma en la que el reglamento de necesidad y urgencia evidencia su enorme importancia en el ordenamiento jurídico. Sin embargo y a pesar de que en nuestra legislación se dan estos reglamentos, no existe norma que hable sobre su naturaleza y la forma de aplicarlos, algo que desde nuestro punto de vista sería importante para distinguirlos.

6.4.- Ejemplos en la Legislación Internacional.

Casi todos los países contemplan en su ordenamiento jurídico a los estados de excepción. Algunos exponen ciertas limitaciones que incluso nos hacen pensar que no estuvieren contemplados en la Constitución.

6.4.1- Legislación Argentina

El art. 99 literal 16 de la Constitución de la República Argentina faculta al Presidente de la República para: “Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a

⁷² VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

este cuerpo, el Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el Artículo 23.”⁷³

Como podemos ver este caso varía de lo que sucede en nuestra legislación. Aquí el Presidente de la República solo puede declarar un estado de excepción en el caso de un ataque exterior pero si se trata de conmoción interna deberá hacerlo el Congreso de la Nación siempre que no se encuentre en receso.

A pesar de lo que está establecido en la Constitución, tratadistas argentinos niegan la existencia de este reglamento en su legislación, algo en lo que no estamos de acuerdo pues la misma Carta Magna los establece, además siempre se los dictará en estado de emergencia tal cual lo señala Juan Carlos Cassagne: “Algunos autores señalan que en nuestro país ellos no tienen cabida, dada la distribución de competencias efectuadas por la Constitución Nacional. No obstante, teniendo en cuenta que se dictan ante situaciones de hecho de suma gravedad o urgencia, su justificación emana de las circunstancias de necesidad que determinaron su dictado en situaciones que no admiten dilación, realidad que no puede desconocer el ordenamiento jurídico”⁷⁴

6.5.- Abuso de los Estados de Excepción.

Como ya dijimos el reglamento de necesidad o urgencia es sumamente útil en el ordenamiento jurídico de un estado. Sin embargo, muchas veces se abusa de éste por diferentes razones. La principal de ellas es que justamente en un estado de excepción, el Presidente de la República tiene facultades extraordinarias ya citadas anteriormente en la Constitución. Esto permite por ejemplo, que no se tomen en cuenta los procesos de contratación pública establecidos en la ley, lo que provoca muchas veces que tales contrataciones

⁷³ VEASE: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

se hagan sin tomar en cuenta estudios técnicos y lo que es peor que se elija arbitrariamente a determinado contratista.

Es por eso la insistencia que se hace en este trabajo que las causas para interponer un estado de excepción se enumeren taxativa y específicamente con el fin de evitar esta clase de abusos.

En el mes de noviembre de 2007 ya ocurrió esto (VER ANEXO 7). El Congreso Nacional decidió derogar un gran número de decretos de emergencia expedidos por el Presidente Rafael Correa pues se los consideraba innecesarios y que constituían un abuso.

CONCLUSIONES

De lo que podemos concluir del presente trabajo, se puede apreciar claramente que el Derecho Administrativo en el Ecuador se encuentra sumamente atrasado en comparación con otras legislaciones como la argentina y la española. Solo para citar un ejemplo nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es casi una copia textual de la Ley española de 1956, que fue derogada por la ley de la Jurisdicción Contenciosas Administrativa de 1998.

Enfocándonos en el tema del reglamento, en nuestro país existe constantemente contradicciones e interpretaciones erróneas sobre los mismos, incluso lo hemos demostrado mediante fallos judiciales que nos enseñan los graves errores que cometen los órganos al confundir todo acto normativo con un reglamento.

El único reglamento medianamente tratado en nuestra legislación, es el de ejecución, pues nuestra Constitución le otorga al Presidente de la República la facultad de expedirlos. Sin embargo, no existe procedimiento alguno que garantice una buena reglamentación, tanto técnica como jurídica, de las leyes emitidas por el legislativo. Esto ha ocasionado, como ya se dijo en este trabajo, que muchos reglamentos de ejecución contengan disposiciones que cambian el espíritu de la ley, que contengan normas inconstitucionales y en algunos casos carezcan de lógica y de sentido común.

En el caso de los reglamentos delegados, no existe norma legal alguna que hable sobre ellos lo que hace imposible aplicarlos en su entera naturaleza. Ya explicamos las condiciones en que se expidió el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y a pesar que desde nuestro punto de vista éste constituye un reglamento delegado, no se lo puede considerarlo como tal por no existir norma superior alguna que establezca la existencia de este reglamento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Respecto al tema de los reglamentos autónomos podemos decir que si bien la Constitución faculta a la administración y a ciertos órganos estatales a emitirlos, estos tampoco se encuentran regulados por la ley en su entera naturaleza, es decir, explicando su definición, los casos en los cuales son aplicables, de qué manera y en que materias emitirlos, etc.

Finalmente es imposible desconocer el abuso que se ha dado en el Ecuador de los reglamentos de necesidad y urgencia. Por cualquier mínimo detalle que ocurra en determinado sector estatal o productivo, se declara estado de excepción, sin que se cumpla con las circunstancias de emergencia establecidas en el numeral 31 del art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, principalmente con la finalidad de poder contratar productos o servicios directamente, tal cual lo establece el art. 57 de la mencionada ley.

Es un hecho cuestionable que en el Ecuador no exista una Ley que regule instituciones básicas del derecho administrativo, no solamente por el tema reglamentario sino por muchas otras figuras jurídicas que se encuentran establecidas en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y que por el ámbito de competencia de tal norma no pueden ser aplicadas en otras instituciones del estado, creando enormes vacíos legales.

RECOMENDACIONES

Como primera recomendación es sumamente necesario que exista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una Ley que regule instituciones de derecho administrativo a nivel estatal y no solo en la esfera de la función administrativa, para que de esta manera órganos como el Consejo Nacional Electoral puedan aplicar tales figuras jurídicas y no depender de los fallos, muchas veces sin argumento, de los jueces de nuestro país.

De igual forma se considera necesaria una norma que regule el procedimiento de los reglamentos de ejecución como sucede en el Derecho Español. De esta manera evitaríamos expediciones sin lógica o que atenten contra el sentido de la ley. En tal norma debe establecerse ciertos parámetros y requisitos que debe cumplir el Presidente de la República para poder reglamentar una ley.

La figura de los reglamentos delegados es sin duda, desde nuestro punto de vista, sumamente útil en el funcionamiento de un estado de derecho. Se cree conveniente que entre las atribuciones que otorga la Constitución de la República a la Asamblea Nacional, se agregue la posibilidad de la delegación legislativa a la administración pública en determinadas materias y en casos específicos. De esta forma podremos contar con esta figura en el derecho ecuatoriano que facilitará y agilizará el proceso de creación de leyes.

Debe establecerse claramente en la Constitución y en la ley, el significado de los reglamentos autónomos, quienes son los órganos competentes para emitirlos y para que materias pueden ser expedidos. Esto, sin duda, ocasionará que se entienda claramente la naturaleza de este reglamento.

Finalmente se debe reglar y especificar taxativamente los casos en que se puede declarar un estado de excepción y emitir reglamentos de necesidad o urgencia. No es posible que la Constitución de la República deje un margen de interpretación tan amplio al Presidente de la República para considerar que es una emergencia y que no.

BIBLIOGRAFÍA

Libros Consultados:

- ALTAMIRA, Pedro, “Curso de Derecho Administrativo”, edición póstuma, Ediciones De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1971
- CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” Tomos I al VIII, 25ª edición revisada, actualizada y aplicada por Luís Alcalá – Zamora Castillo, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1997
- CANASI, José, “Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1981
- CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”, 7a. edición., Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo”, 9ª edición., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, “Curso de Derecho Administrativo”, 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1971.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, “El Acto Administrativo”, Madrid, 1929
- GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 5ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1989.
- GARCIA-TREVIJANO, José, “Tratado de Derecho Administrativo”, 3ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1984
- GORDILLO, Agustín. “Tratado de derecho administrativo: parte general”, 1a. edición., Ara Editores, Lima, 2003.

- LINARES, Juan Francisco, “Derecho Administrativo”, 1ª edición Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1986
- MARIENHOFF, Miguel S.” Tratado de derecho administrativo”, 5ª edición., Argentina, Abeledo-Perrot, 2000.
- SAYAGUÉS LASSO, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo” 1ª edición, Editorial Martin- Bianchi, Montevideo, Uruguay, 1986.
- SERRA Rojas, Andrés. “Derecho administrativo”, t. 1 y 2, 22ª edición., México, Porrúa, 2001
- VIDAL PERDOMO, Jaime, “Derecho Administrativo”, 8ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1985

Normas Jurídicas Consultadas:

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2010.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
- CONSTITUCIÓN DEL REINO DE ESPAÑA
- CODIGO CIVIL
- ESTATUTO DE RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010
- LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO
- LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS
- LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO
- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN A LA LEY DE RÉGIMEN LABORAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

- REGLAMENTO DE EJECUCIÓN DE LA LEY DE MARCAS DEL REINO DE ESPAÑA
- REGLAMENTO SUSTITUTIVO DE RESPONSABILIDADES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO
- REGLAMENTO PARA EL MANEJO DE GASTOS RESERVADOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO
- REGLAMENTO PARA USO DE VEHÍCULOS OFICIALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO
- REGLAMENTO AUTONOMO DEL MINISTERIO DE HACIENDA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

Documentos de Internet:

- http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NqqQoSVoHEsJ:www.terrileyasociados.com/estudio/derecho/doctrina_4.doc+reglamento+delegado&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec
- <http://www.economia.unam.mx/sua/site/materia/sem1/histo1/archint/edoe.doc>

ANEXOS