

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

**Susceptibilidad de Impugnación de las Políticas Públicas en Sede
Administrativa en el Ecuador**

Luciano Andrade Marín Iza

Juan Francisco Palacios, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Magister en
Derecho Administrativo

Quito, febrero de 2014

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Posgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**Susceptibilidad de Impugnación de las Políticas Públicas en Sede
Administrativa en el Ecuador**

Luciano Andrade Marín Iza

Juan Francisco Palacios, Dr.
Director de Tesis

Luis Fernando Torres, Dr.
Miembro del Comité de Tesis

Marco Antonio Morales, Dr.
Miembro del Comité de Tesis

Javier Robalino Orellana, Dr.
Director de la Maestría en Derecho Administrativo

Luis Parraguez, Dr.
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Víctor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Posgrados

Quito, febrero de 2014

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Luciano Fernando Andrade Marín Iza

C. I.: 1713737508

Fecha: Quito, febrero de 2014

*Con agradecimiento infinito para mis
padres Enrique y Catalina, quienes han
sido los mejores maestros en mi vida.*

RESUMEN

El Ecuador es un Estado de Derecho, en el cual el ordenamiento jurídico en su integralidad está compuesto por una serie de elementos, los cuales deben guardar coherencia entre sí. Las políticas públicas son parte del ordenamiento jurídico y deben estar alineadas con el mismo, de no estarlo las mismas deben ser susceptibles de ser revisadas, de lo contrario se convertirían en actuaciones de potencial quebrantamiento al ordenamiento y por ende a los fines que un Estado de Derecho persigue.

Las políticas públicas, han crecido en su elaboración conceptual, sin embargo no es clara su delimitación y alcance desde la perspectiva jurídica, por lo que este estudio pretende realizar un análisis sobre la repercusión que tienen las mismas en el mundo jurídico, y la posibilidad que tienen los administrados para objetarlas en la esfera de la Administración Pública.

ABSTRACT

Ecuador is a State of Law, in which the law system by its integrity is comprised by distinct elements that must be coherent amongst them. Public policies are part of the law system and must be adjusted to it. In case they are not, public policies must be revised; otherwise they will become acts with potential of breaking the order, and therefore the pursued objectives of a State of Law.

Public policies have grown in their conceptual making. The limits and outreach however are not clear when seen from a legal perspective. This study therefore intends to analyse its repercussions in the legal sphere, as well as the possibility of objection within Public Administration.

INDICE

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	10
I CAPÍTULO	12
POLÍTICAS PÚBLICAS	12
1.1 RÉGIMEN POLÍTICO	12
1.2 POLÍTICA Y POLÍTICAS PÚBLICAS	19
1.3 POLÍTICAS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	23
1.4 DERECHO Y POLÍTICAS PÚBLICAS.....	28
1.5 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	29
1.5.1 NACIMIENTO	29
1.5.2 CONCEPTO	32
1.5.3 NATURALEZA	37
II CAPÍTULO	45
EL ACTO ADMINISTRATIVO	45
2.1 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA.....	46
2.2 ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.....	50
2.3 ACTO ADMINISTRATIVO	52
2.4 ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	56
2.4.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	57
2.4.2 ELEMENTOS OBJETIVOS.....	58
2.4.3 ELEMENTOS FORMALES	63
2.4.4 ELEMENTOS ACCIDENTALES.....	66
2.5 VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	68
2.5.1 ACTOS ANULABLES.....	70
2.5.2 ACTOS ABSOLUTAMENTE NULOS	71
2.5.3 ACTOS INEXISTENTES.....	73
2.6 CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	75
2.7 EL EFECTO SUBJETIVO E INMEDIATO.....	76
2.8 EL ACTO NORMATIVO	81
III CAPÍTULO	84
IMPUGNACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN SEDE ADMINISTRATIVA	84
3.1 GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	85
3.2 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	96
3.3 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UN CONCEPTO INDETERMINADO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	108

3.4 SUSCEPTIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA EN SEDE ADMINISTRATIVA	120
3.5 LA POLÍTICA PÚBLICA COMO UNA CATEGORÍA DISTINTA DENTRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	123
3.6 FUNDAMENTO DE LA IMPUGNABILIDAD	128
IV CAPÍTULO	136
ANÁLISIS CASO PRÁCTICO	136
4.1 EXAMEN DE LA RESOLUCIÓN No. 065-04-CONATEL-2010.....	136
4.1.1 HECHOS	136
4.1.2 ANÁLISIS.....	138
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFIA.....	158

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia el Ecuador como cualquier otro Estado Derecho, ha desarrollado un complejo ordenamiento jurídico, en el cual cada pieza y sistema forma la base que pretende, lo que desde un inicio planteó Rousseau en su contrato social, es decir la garantía que brinda esta superestructura, o este “leviatán”¹, a cada uno de los ciudadanos que entregan parte de sus derechos y libertades a cambio de ciertos beneficios y protecciones.

En este contexto cada instrumento que forma parte de este ordenamiento jurídico debe estar alineado para que quienes actúan a nombre del Estado sean responsables por todas sus actuaciones y omisiones, las cuales en concordancia con el objeto teleológico del Estado, deben garantizar el bienestar de quienes pertenecen a dicha comunidad.

Kant [...] Y como que cada hombre es intrínsecamente libre y dotado de unos derechos naturales inalienables y anteriores a ese pacto social, el Estado debe proteger al máximo esos derechos.

Libertad, derechos naturales, pacto social voluntario. Todos estos factores, revelados por las Luces, inciden en que el Estado ha de ser el servidor de la sociedad y no al revés. Una sociedad que se ha autodotado de los instrumentos políticos que requería para cumplir sus fines. De este modo el poder ejercerá la autoridad por consenso y ajustándose a la opinión pública que le ha legitimado para ejercer la autoridad: veritas, non auctoritas facit legem. Unas leyes, coincidentes con la opinión pública, racionales, y de obligado cumplimiento para todos los miembros de la sociedad, incluidos gobernantes. Esto es, un estricto cumplimiento del Estado de derecho mediante el imperio de la ley.²

¹ Denominación que usó Thomas Hobbes para referirse al Estado.

² Manuel SACRISTAN. *Concepto Kantiano de la historia*. Citado en Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política*. 2da ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 93-94.

Es así que las políticas públicas como parte de las actuaciones materializadas del Estado y de quienes a él representan, no pueden quebrantar, ni atentar contra el fin pretendido por este y procurado a través del mencionado bloque de juridicidad.

Por lo tanto si bien la naturaleza de las políticas públicas, posee como su nombre claramente lo expresa un contenido fundamentalmente político, posee también un contenido jurídico, los cuales en conjunto, eventualmente pueden vulnerar los derechos de las personas, lo que derivaría en el debilitamiento de esta estructura tan grande pero a la vez tan dependiente de cada parte integrante de ella. “La forma de gobierno alude a una realidad política, pero una realidad que discurre en un marco jurídico”³

No es anormal, es incluso usual que dentro de una ordenación tan complicada, accidentalmente se incurra en el suceso de que una actuación del Estado, en este supuesto, una política pública amenace con dañarla, por lo que es lógico y necesario establecer mecanismos que permitan la reversión o corrección de estos elementos de probable lesión de derechos ciudadanos.

³ Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 431.

I CAPÍTULO

POLÍTICAS PÚBLICAS

Este estudio pretende realizar un análisis de las políticas públicas, en el que se evaluará las mismas desde una perspectiva de la ciencia política, para posteriormente analizar su dimensión en el mundo jurídico, y finalmente determinar su susceptibilidad de impugnación en la esfera de la administración.

1.1 RÉGIMEN POLÍTICO

Desde el inicio en la clásica división de Montesquieu, se ha intentado realizar una clasificación del poder en diversas funciones, para lograr la cual, se ha procurado determinar estructuras especializadas, dentro del ejercicio del poder político que desempeña el Estado.

La política es la actividad de dirección, ordenación e integración de las situaciones sociales; actividad sin la cual las situaciones no existen. El poder político por consiguiente realiza estas funciones para la sociedad, y cuando no las realiza, o la sociedad desaparece y el poder político se derrumba, o el poder político es sustituido por otro para evitar la descomposición social.⁴

La materialización del poder político a través del Gobierno se traduce en una actividad como respuesta a problemas sociales y la consecuente toma de decisiones; y ejecución de acciones como respuesta a estas demandas sociales.⁵

En una definición restrictiva el régimen político, se refiere a las instituciones del Estado, y como estas se relacionan unas con otras y con la sociedad, mientras

⁴ Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp.cit*, p. 57.

⁵ Cfr. Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp.cit*, p. 57-59.

tanto que en una noción más amplia régimen político, también incluye el fundamento del poder, a la elección de los gobernantes, su estructura y limitación, dice Duverger:

[...] régimen político son las instituciones estatales y su relación con la sociedad, pero es también el sistema de partidos, sistema de mediación sociedad – Estado; ahí está implícito el concepto de exterioridad, estado sociedad como cosas distintas; sistema de toma de decisiones, que en términos prácticos serían sistemas electorales y derivados de este, el sistema de administración pública, es decir cómo se organiza la gestión estatal y cultura política.⁶

El concepto de Sistema político es una noción más extensa que se asemeja en mucho al concepto amplio de régimen político, el sistema político hace referencia a la relación del Estado y la sociedad en su totalidad.

El concepto de régimen político es un concepto de la tradición teórica e histórica del derecho público y la ciencia política francesa. [...] Este concepto remite de manera subyacente a una relación de exterioridad del Estado con la sociedad [...] El concepto sistema político es de la tradición y de la ciencia política anglosajona e implica también una relación sociedad-estado mucho más integrada, por eso en el concepto sistémico, Estado y sociedad son vistos como parte de un todo y no como exterioridad el uno del otro, sino como integrados, articulados.⁷

Se puede decir que si se contraponen el concepto restringido de régimen político, que atañe especialmente a las instituciones del Estado, su organización e interacción, con el de sistema político, se evidencia que este último es un concepto más amplio que incluye diversos aspectos que no son contemplados en el concepto de régimen político.

⁶ Maurice DUVERGER. *Sociología Política*. Citado en Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas*. Bogotá: Almodena Editores, 1999, p. 17.

⁷ Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas*. *Óp. cit*, p. 43.

El *Dictionnaire de la Science Politique et des Institutions Politiques* expresa lo siguiente:

La noción de régimen político sirve para dar cuenta de manera específica como son organizados los poderes públicos, es decir su modo de designación, sus competencias respectivas, las reglas jurídicas y políticas que gobiernan sus relaciones. Esta noción es distinta del concepto, más amplio de sistema político, que incluye no solamente la organización constitucional de los gobernantes, sino también otros actores y otros procesos tales como, por ejemplo, el régimen de partidos, las libertades públicas y los medios de comunicación, los mecanismos de socialización política de los ciudadanos, etc.⁸

Para Easton en referencia al sistema político, manifiesta que puede ser visto de distintos puntos como:

- a) Una serie de Interacciones por medio de la cual se asignan de manera autorizada las cosas valiosas de la sociedad.
- b) Un medio para resolver diferencias.
- c) Una serie de interacciones por medio de las cuales las demandas son procesadas y transformadas en productos.
- d) El medio a través del cual se movilizan y orientan los recursos y energía de la sociedad hacia la consecución de objetivos.

Esto no quiere decir que cualquiera de estas interpretaciones alternativas pueda ser considerada correcta y las demás falsas, cada una enfoca las funciones del sistema político de un modo ligeramente diferente.⁹

En síntesis es pertinente decir que régimen y sistema político aunque no son iguales, por venir de dos tradiciones estructurales distintas, y ser teóricamente

⁸ Herme GUY y Otros. *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*. Citado en Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas*. *Óp. cit.*, p. 45

⁹ David EASTON. *Esquema para el análisis político*. Citado en Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política*. *Óp. cit.*, p. 61.

conceptos distintos, son nociones que pueden ser utilizadas indistintamente para el estudio de la estructura política y su interacción con la sociedad. Particularmente para el espectro de este estudio, serán usados de la misma manera.

Es importante mencionar también que la precisión en la definición de los límites del régimen político posee en problema previo que es la determinación de las unidades constitutivas: las cuales son sociedad, gobierno y élite política.¹⁰

Tomadas en cuenta las mencionadas diferencias que pueden existir en las definiciones, se puede decir que régimen político, es el ámbito donde se edifica la estructura del orden, atañe al conglomerado de componentes de orden ideológico, institucional y sociológico que concurrentemente conforman el Estado mismo, y los elementos son:

- a) El principio de legitimidad
- b) La estructura institucional;
- c) El sistema de partidos;
- d) La forma y rol del Estado¹¹

El principio de legitimidad al cual hace referencia el autor, es aquel por el cual el régimen político, en su parte institucional, es aceptado por la comunidad, como autoridad y buscador del bien común, dice el autor “la legitimidad está muy cerca de otro concepto que es el de la legalidad, que en sentido amplio es el conjunto de normas que regulan el orden dentro de una sociedad, [...]”¹²

Esto se entiende en virtud de que la legitimidad, direcciona el entendimiento del soporte del régimen político a los fundamentos que justifican el ejercicio del poder, como base para la aceptación social.

¹⁰ Cfr. Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 64.

¹¹ Cfr. Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas. Óp. cit*, 1999, p. 17 – 18.

¹² Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas. Óp. cit*, p. 17

Se puede observar en los distintos momentos históricos, varios fundamentos que al momento fueron el soporte de los distintos tipos de Estado, como en el absolutismo, cuyo soporte de legitimación era pensar que el hombre elegido como gobernante era investido por una deidad de una facultad especial, sin embargo ese fundamento fue cambiando a lo largo de la historia, y posteriormente tuvo su piedra angular en el poder de la soberanía del pueblo, explicada a través del contrato social.

En la historia no ha existido el contrato social como materialidad histórica, pero es una manera de explicar que el Estado existe porque los ciudadanos le dieron ese poder regulador sobre la sociedad.¹³

Lo que quiere destacar el autor es, sea cual sea el régimen político que viva una sociedad, busca la aceptación social como vía para legitimar el poder y posteriormente gobernar la sociedad con el menor grado de coerción posible.

Max Weber respecto del principio de legitimidad explica que puede ser de tres tipos: legitimidad tradicional, legitimidad carismática y legitimidad legal-racional, esta última la que resulta particularmente importante al desarrollo de este estudio. La legitimidad Legal – Racional, expresa que cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un regla legal y formalmente expedido, en este supuesto de legitimidad no se obedece a una persona por su carisma o por un poder “sobrehumano“, sino se obedece a una persona por el poder que le ha otorgado una regla estatuida.¹⁴

Ahora bien, es importante realizar un paréntesis para pensar cual es el rol o importancia de este principio de legitimidad en el régimen político de un Estado. La coerción y la aceptación son los 2 mecanismos que maneja un determinado Estado

¹³ Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas. Óp. cit*, p. 19.

¹⁴ Max Webber. *Sociología Política*. Citado en Alejo VARGAS. *Notas sobre el Estado y las Políticas Públicas. Óp. cit*, p. 21.

para hacer efectivas sus actuaciones y por bueno o malo que sea un régimen político no puede dejar de lado ninguno de los dos, sin embargo en relación a la aceptación o legitimación cabe decir que es la cual le da estabilidad al régimen político, es indispensable que los ciudadanos acepten un régimen y lo acaten, lo cual se puede ver materializado cuando un ciudadano cumple lo dispuesto en la Ley: cumple con sus tributos, normas de tránsito, etc. Así con estos actos cotidianos el ciudadano legitimará el régimen político, y el Estado consecuentemente no deberá recurrir a su poder de coerción.

Y es por esto mismo que el principio de legitimidad está estrechamente ligado con el principio de legalidad, que en el caso ecuatoriano manda la Constitución, debido a que no se puede concebir un Estado de Derecho, que posea legitimidad sin cumplir con el principio de legalidad.

Legitimidad y Legalidad como se dijo líneas arriba, son dos conceptos que se encuentran íntimamente ligados, por lo que no en rara ocasión pueden ser confundidos, al considerar que lo legal es legítimo y recíprocamente de la misma manera. La legalidad implica la subsunción del Estado y sus funcionarios a la Constitución y todo el bloque de juridicidad existente.

La Ley y la norma son el reflejo de las relaciones de poder en la sociedad, y cuando esas relaciones se modifican el poder tiende a cambiar. A veces se le da un gran culto a la norma en sí misma, olvidando que la norma tiene una relación muy estrecha con el problema de poder real en la sociedad.¹⁵

No puede olvidarse nunca el respeto a los dos principios mencionados para el buen funcionamiento del sistema político, es así que la legitimidad del régimen político marca un primer criterio de selección para clasificar a un régimen político.¹⁶

¹⁵ Lasalle. Citado en Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas*. *Óp. cit*, p. 23.

¹⁶ Alejo Vargas Velásquez, clasifica tres tipologías para determinar los regímenes políticos, la primera de acuerdo a la legitimación, la segunda de acuerdo a la distribución de poder, y la tercera de acuerdo a la distribución territorial.

Es importante analizar la noción de régimen político debido a que solo de esta manera se pueden observar las esferas en las que interviene. En lo atinente al tema materia del presente estudio, el análisis del régimen político, y su interacción con la esfera jurídica, abre el camino a entender cuál es la incidencia dentro del marco normativo en el cual se desenvuelve el ejercicio del poder político del Estado, y por ende cuando el régimen político podría exceder los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico.

Las políticas públicas, su formación y actores también dependen del régimen político de cada caso, las políticas públicas, según dice Alejo Vargas Velásquez son: “[...] el conjunto de iniciativas, decisiones y acciones de un régimen político frente a cuestiones socialmente problemáticas, que pretenden o que buscan resolver la situación o tornarla manejable”¹⁷

Una política pública está directamente ligada al proyecto político de la Administración que dirige el Estado, es la expresión del régimen político en un juego de fuerzas de concertación, coerción y negociación que debe desarrollarse dentro del ineludible marco legal, y todo el proceso de formulación de las mismas puede ser comprendido a través del régimen político.

Puede decirse en resumen que el régimen político permite explicar cómo se ejerce la dominación estatal, en respuesta a los problemas y necesidades de la comunidad de acuerdo al modelo escogido por cada sociedad con sus respectivas diferencias.

¹⁷ Alejo VARGAS. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas. Op Cit.*, p. 30.

1.2 POLÍTICA Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Para la buena marcha de la Administración y para lograr la satisfacción de las necesidades de la comunidad, es necesario que el Estado tenga cabal cumplimiento de compromisos, sin escapar al principio de legalidad y el control de la discrecionalidad de que dispone en todos sus campos, y los cuales deben ser respetados en el desempeño de su actuación.

En concordancia con lo anteriormente expuesto las demandas de los administrados por la defensa de sus intereses, y los problemas económicos, políticos, sociales y jurídicos adquieren una mayor complejidad, lo que requiere no solo la voluntad política para su solución, sino además de gran capacidad técnica en los aspectos mencionados y el aumento en la capacidad de gestión pública, lo que resulta en una gran preocupación por la eficiencia, la transparencia y la consiguiente responsabilidad de las actuaciones estatales.¹⁸

Existen varias ópticas en relación al nexo entre política y políticas públicas, una visión considera que la política explica enteramente las características de las políticas públicas, mientras que la otra considera que las políticas públicas que se realizan en el marco de la política estatal, tienen autonomía relativa, debido a que el éxito de las mismas radica en la capacidad de gestión y de ejecución, es decir en la materialización y ejecución de la idea.

Existen algunos aspectos de la política que ineludiblemente están relacionados con la toma de decisiones y que sin duda influyen tanto en los lineamientos de las políticas públicas que se llevan a cabo, como en el logro de resultados. Son tomando en cuenta la concentración y distribución de poder:

¹⁸ Cfr. Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas*. 1era ed. Argentina: Miño y Dávila Editores, 2006, p. 13.

a) La relación entre presidencia y parlamento.

De acuerdo a la forma de compartir el gobierno, de forma coordinada con competencias asignadas.

b) Tipo de Estado, federal o unitario.

De acuerdo al grado de autonomía, descentralización e intervención del poder central.

c) Formato de la Administración Pública y Servicios Públicos.

De acuerdo a una Administración con las competencias clásicas o con funciones delegadas.

d) La configuración del sistema de partidos y arquitectura política.

Condiciona el equilibrio entre actores sociales y organizaciones colectivas, misma que es importante para la diligencia de las demandas sociales.¹⁹

La generación de ideas y de parámetros políticos es por definición un campo de controversia y lucha ideológica asignado a los actores políticos, sin embargo en él participan “analistas” e “intelectuales” que proporcionan información de apoyo para la gestación de ideas de las altas esferas.²⁰

Puede decirse y con total seguridad que la política constituye uno de los principales fundamentos en la elaboración de políticas públicas, y es un resultado del ejercicio de la competencia asignada a la misma, en la dialéctica de la relación de poderes con atención a la respuesta de las demandas sociales.

Ahora bien, reconocida la política como uno de los principales fundamentos en la elaboración de las políticas públicas no debe olvidarse la relativa autonomía que estas poseen.

Las políticas públicas se ven condicionadas por la herencia que reciben de gobiernos anteriores, y por responsabilidades permanentes e ineludibles que posee

¹⁹ Cfr. Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas. Óp. cit.*, p. 13-21.

²⁰ Cfr. Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas. Óp. cit.*, p. 28

el Estado, adicionalmente se debe lidiar con instituciones, prácticas y culturas burocráticas, lo que determina un margen no muy amplio para que las mismas sean elaboradas y ejecutadas. Así mismo se encuentran varias racionalidades de los distintos actores que intervienen en el proceso de elaboración de las políticas públicas, los tecnoburócratas muchas veces operan con criterios distintos a los propios de los políticos, lo que se evidencia en la ejecución de las políticas, la cual finalmente podría resultar deformada de su idea original.²¹

Dice Persio Arida, ex-presidente del Banco Central de Brasil, cargo que conlleva grandes responsabilidades, lo siguiente:

Hay un punto más allá del cual las decisiones son políticas. Pero no se sabe a *priori* cual es el punto [por el cual] El arte de la buena conducción es extender al máximo el límite de la esfera técnica de decisión. Es preciso estirar la racionalidad técnica... o instrumental a su límite.²²

Debe tenerse en cuenta la parte sustancial de las resoluciones a adoptar, diferenciando los campos específicos de acción, los parámetros legales, las responsabilidades y los nuevos requerimientos institucionales que implican la aplicación de las decisiones, es cierto que la política influye en las políticas públicas, pero lo es también que las políticas influyen en la política "*policies determines politics*".²³

Ha llegado a ser habitual en estos días oponer la acción pública a la acción política, afirmaciones hechas por los propios actores políticos según las cuales las dinámicas sociales, hoy en día, escapan al control de los encargados de la toma de decisiones, en razón de los límites propios de su acción, reflejan la oposición mencionada.

²¹ Cfr. Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas. Óp. cit*, p. 24..

²² Persio Arida. Citado en Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas. Óp. cit*, p. 24.

²³ Theodore LOWI. *American Business, Public Policy, Case Studies and Political Theory*. Citado en Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas. Óp. cit*, p. 29.

Trabajos recientes en Ciencia Política desarrollan una idea actual de cambio en el campo de acción pública y el rol estatal, cambio que se encuentra asociado a la dualidad existente entre *policies*, concepto que encierra el funcionamiento institucional y las políticas públicas, y *politics*, término que designa el espacio de la contienda electoral y la competencia por el poder. La transformación se refiere a las crecientes transferencias de competencias a organismos no elegidos, entre los que se puede nombrar a agencias administrativas y entidades técnicas, de lo que se deriva la idea del creciente distanciamiento entre la esfera de representación electoral y la esfera de la efectiva decisión.

En relación a lo anotado ha manifestado, Fritz Scharpf, doctor en Leyes y Ciencia Política, que los regímenes democráticos contemporáneos están animados por dos procesos de legitimación: la legitimación por los *inputs*, que reposa sobre la convicción de que “las decisiones políticas (son) legítimas en la medida en que reflejan la “voluntad del pueblo”, y la legitimidad por los *outputs*, que supone que las decisiones públicas tienen por objetivo “favorecer efectivamente el bienestar de la comunidad”.²⁴

En conclusión se puede decir que existe una línea de determinación recíproca entre política y políticas públicas. Si bien la política por su naturaleza de controversia y generación de ideas es un componente importante y determinante en la generación de políticas públicas, estas también se hallan limitadas por la autonomía que se genera en el procedimiento específico de elaboración y ejecución de las mismas, procedimiento que tiene que pasar por algunos niveles de la Administración.

La políticas públicas son, pero no exclusivamente, la materialización de las decisiones políticas para atender a determinado problema del grupo social, se hallan contenidas también por el procedimiento de elaboración de las mismas, e

²⁴ Cfr. Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas*. Óp. cit, p. 41-45.

influenciadas por actores “secundarios” quienes necesariamente se ven abocados a intervenir en su producción.

1.3 POLÍTICAS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En términos generales la actividad estatal se concreta en tres funciones legislación justicia y administración. La primera caracterizada por su producción normativa genérica y obligatoria; la segunda aplicadora de ley a los casos específicos en conflicto; y, la tercera originalmente concebida como una simple ejecutora de los preceptos legales. Es en estas tres funciones donde sus respectivos entes ejercitan y desempeñan parte del poder del Estado.

La Administración es una actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran, sin dejar de lado también las necesidades del “individuo”, por ejemplo la concesión sobre un bien de dominio público.²⁵

No existe una definición única de lo que ha de considerarse como Administración Pública, sin embargo la definición expresada por Miguel Marienhoff citada en el párrafo anterior, engloba en buena medida lo que ha de considerarse como Administración Pública, así con un criterio similar Manuel María Diez manifiesta: “La actividad administrativa, entonces, desde el punto de vista objetivo podríamos decir que es la actividad concreta, que satisface inmediata y continuamente las necesidades colectivas con sujeción al ordenamiento jurídico vigente.”²⁶

Expone Jaime Santofimio Gamboa que la Administración Pública constituye un conjunto de órganos y funciones activos en la consecución de los fines estatales: “En la actualidad la Administración también es discrecionalidad, oportunidad y

²⁵ Miguel, MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1964, p.

²⁶ Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Omeba, 1963, p. 99.

fundamentalmente decisión, aspecto este que le otorga una connotación política en su desarrollo cotidiano”.²⁷

Aunque la discrecionalidad puede ser tomada como generadora de inestabilidad y presenta un problema de difícil control para el Estado, resulta inevitable hacerlo debido al rol moderno de la Administración de no tener una función meramente estática, sino también de poseer el dinamismo de la actuación en el ejercicio de su actividad a través de los entes y personas que lo desempeñan.

Cabe decir que la Administración es para el Derecho Público Interno y para el Derecho Administrativo, y como una característica permanente e invariable, una persona jurídica, la cual: expresa su voluntad, suscribe contratos, es titular de bienes, es responsable, es justiciable, etc.

La Administración para asegurar el buen cumplimiento de su actuación, sus decisiones y el óptimo desarrollo de las políticas públicas, debe garantizar un diseño orgánico capaz de dar respuesta a las funciones que la sociedad demanda.

La Administración debe ser vista como una organización relacionada con su entorno, la Administración Pública en el dinamismo en que se desarrolla, debe estar normativamente abierta a la realidad político - social, debido a que la Administración debe cumplir las metas y objetivos políticos guiados por el “interés público o general”, el cual es controvertido y cumple ciclos a través de procesos y lógicas de estricta naturaleza política, y es aquí donde radica la principal diferencia entre la Administración como organización pública y cualquier otra organización privada: el carácter originariamente político.

La Administración tradicionalmente ha fundamentado su actuación en el supuesto del interés general, concepto elaborado doctrinalmente desde el Derecho

²⁷ Jaime SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: 1996, p. 126.

Administrativo, transformándose casi en una organización autista, que no ha encontrado los mecanismos suficientes para comunicarse con su entorno y poder amoldarse a la cambiante situación político, social y jurídica.

La idea del interés público avalaba la autotutela de la Administración, y le otorgaba unidad y coherencia a su actuación, por lo que no precisaba rendir cuenta de sus actuaciones a la sociedad, sin embargo esta organización no ha logrado anular en la práctica el conflicto subyacente Administración – sociedad, lo que ha derivado en el reconocimiento que la Administración al igual que cualquier otra institución política, es un lugar en el que confluyen varios intereses particulares, y se resuelve de manera selectiva con actuaciones y políticas públicas que no en rara ocasión son contradictorias e incoherentes entres si o contra la satisfacción del interés público pretendida.²⁸

El Derecho Administrativo, que tiene, en la Administración Pública y su actividad el objeto de su estudio, pretende dar soluciones al problema de la Administración y su relación con los administrados, debe encontrar soluciones para optimizar y corregir las actuaciones estatales, que van en desmedro de la satisfacción del interés del grupo social.

Las demandas de bienestar de la comunidad en los distintos campos de acción, han sido interiorizadas por la Administración, sin embargo no ha sido capaz de atenderlas adecuadamente, y exigen que las mismas sean gestionadas con un mayor grado de eficiencia y eficacia. Con frecuencia los mecanismos de control a los que está sujeta la Administración, han sido materialmente escasos, para el efectivo examen de la legalidad de sus actuaciones.

Bajo la idea global que supone el muy abstracto objetivo del interés general, existen distintas realidades orgánicas a las que se les ha otorgado diferentes

²⁸ Cfr. Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política*. Óp. cit, p. 451.

facultades, competencias y funciones técnicas que a su vez derivan en objetivos y metas particulares, las cuales pueden ir desde las funciones administrativas clásicas (mantenimiento del orden, gestión documental) o hasta las más evolucionadas y técnicas (asistencia social, telecomunicaciones, competencia) las cuales requieren estructuras complejas, pero a la vez flexibles.²⁹

Con la evolución de la tarea administrativa, y al adoptar una perspectiva general de la Administración, es necesario generar mecanismos más eficientes en la gestión pública, dentro de su heterogeneidad, siempre dentro del marco de la Constitución y la Ley y los principios de igualdad, justicia y libertad con el fin de alcanzar el objetivo político sin romper con el marco jurídico impuesto. La asimetría entre los ciclos políticos, presupuestarios y políticas públicas, exigen estabilidad que les permita alcanzar sus metas a mediano y largo plazo.

La organización administrativa actual tiene unos límites políticos claros, puesto que ya no es capaz por si sola de llevar a cabo las políticas públicas que la sociedad demanda. La participación ciudadana es un elemento cada vez más importante para el éxito de las actuaciones públicas. La Administración debe pasar de considerar a la ciudadanía como mera receptora pasiva de bienes y servicios a integrarla dentro de la organización como protagonista activo.³⁰

La diferencia entre los procedimientos políticos y la producción de políticas pertenece a una clásica distinción entre “política” y “administración”, idea introducida por especialistas como Frank Good y Woodrow Wilson en la que los funcionarios elegidos debían realizar la política, mientras que la burocracia debía mantenerse al margen y administrar las decisiones política, sin embargo en sociedades contemporáneas las dependencias administrativas están profundamente comprometidas en las decisiones políticas.³¹

²⁹ Cfr. Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política*. 2da ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 453.

³⁰ Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política*. 2da ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 455.

³¹ Cfr. Steven KELMAN. *La Política Pública en el Estado Moderno*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1992, p. 18.

Esta nueva manera de concebir la Administración puede chocar contra la forma tradicional que esta se ha manejado, así como también contra el grupo social que se ve en una relación de subordinación y considera es un mero sujeto pasivo, el cual es ajeno a la actuación administrativa, olvidando así muchas veces los derechos reconocidos en la Carta Magna y demás leyes.

La necesaria sujeción de la Administración a las metas políticas establecidas en el régimen, con la búsqueda de contextualizar la actuación administrativa dentro de procedimientos y normas establecidos ha resultado en una proliferación normativa que ha bloqueado la capacidad de respuesta inmediata de la Administración a las distintas demandas sociales, lo que ha devenido en la pérdida de cierta ética en la actuación pública para cumplir con el objeto final de servir a la ciudadanía y atender sus necesidades.

Dice Ana Sanz: “La realidad administrativa ha estado plagada de “legalidades” perfectamente inútiles y obstruccionistas, que han tenido que ser sustituidas sobre la marcha por “ilegalidades” útiles que han sido capaces de resolver ciertos problemas”³². Sin embargo desde la perspectiva del Derecho está aseveración es una tropelía que no puede ser de ningún modo justificable, el actuar de la Administración debe estar siempre sujeto al principio de legalidad, de lo contrario, se estaría ante el error y abuso que ha intentado controlar el Derecho Administrativo, que es el gobierno de personas y no de leyes.

Es importante subrayar que “La Administración, lejos de ser un fin en sí mismo, es un medio para llevar a cabo un determinado proyecto político, el cual debe ser permanentemente definido por la sociedad y los gobiernos de modo conjunto”³³ siempre dentro de la esfera del ordenamiento jurídico.

³² Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política*. Óp. cit, p. 457.

³³ Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política*. Óp. cit, p. 457.

1.4 DERECHO Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Para analistas como Richard Rose³⁴, la acción pública se encadena muy claramente al conjunto de normas de derecho y a las diferentes reglas aplicables en un momento dado, disposiciones todas que diseñan tanto las posibilidades como las exigencias que los representantes elegidos deben afrontar.

Para ilustrar su idea del peso del pasado y las normas de derecho sobre las políticas públicas presentes, Rose hace referencia a una evaluación cuantitativa del derecho aplicable en Gran Bretaña a la llegada de Margaret Thatcher al poder en 1979. Muestra la situación a la que debió enfrentarse al encontrar un conjunto jurídico de normas adoptado principalmente antes de la segunda guerra mundial; incluso el 26% de los textos de las leyes todavía en vigor databan de finales del siglo XIX. Los factores explicativos de esa herencia, según Rose, se refieren a las repetitivas rutinas en los comportamientos administrativos, como en el carácter casi mecánico de la producción y de la evolución de las reglas jurídicas.³⁵

Es indebatible la afirmación de que las políticas públicas deben estar sustentadas dentro del marco constitucional de otra manera se estaría ante la impermissible realidad de que los actores políticos y demás funcionarios administrativos, podrían vulnerar el ordenamiento jurídico bajo la “competencia” otorgada por la legitimación política.

Muchos estudios realizados han llegado a determinar ejemplos idénticos de sedimentación jurídica, y han develado un relativo automatismo en la producción de normas, independientemente del régimen político que se haya atravesado, lo que ilustra la limitación que impone el Derecho a la elaboración de políticas públicas.³⁶

³⁴ Director del centro de estudios de políticas públicas en la Universidad de Stratchclyde - Escocia

³⁵ Cfr. Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas*. Óp cit, p. 50-51.

³⁶ Cfr. Rolando FRANCO et al. (comps). *Política y Políticas Públicas*. Óp. cit, p. 51.

Analizar el peso del Derecho en la elaboración de políticas públicas y como este es el marco necesario dentro del cual se han de producir las mismas, es evidencia de que las políticas públicas no están ligadas totalmente a la política - separación entre *politics* y *policy* - sino que las políticas públicas y sus autores, deberán obedecer por sobre todo al principio de legalidad, el cual en el caso ecuatoriano se encuentra prescrito en el artículo 226 de la Carta Magna.

Desde la perspectiva del Derecho es incluso deseable la separación de política y políticas públicas, debido a que los actores políticos justamente por su esencia buscan el control del poder y sus propuestas no siempre reflejan una respuesta congruente y factible a las demandas que necesita la realidad del grupo social. El Derecho busca siempre el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, las cuales *a priori* a un plan de acción político, pre-establecen obligaciones al Estado, para que sean garantizadas y cumplidas a favor de la comunidad, lo que deriva en la salvaguarda al principio de un gobierno de leyes y no de personas.

Es también necesario, en razón de la técnica y la pericia necesaria en ciertos campos de la actividad de la Administración, que las políticas públicas sean realizadas por personeros que tengan el conocimiento para la regulación y atención a determinada demanda de la ciudadanía en un campo específico, en razón de la diversificación del Derecho aplicable a cada campo.

1.5 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

1.5.1 NACIMIENTO

La idea del desarrollo del conocimiento social con propósito de su mejoramiento se formó durante el “*Enlightenment*” (poder de la razón – movimiento filosófico del siglo XVIII). Las revoluciones americana y francesa fueron la culminación del desarrollo a gran escala de la aplicación de la moderna teoría política

y social. La nueva situación post-revolucionaria alteró la situación epistemológica de las ciencias sociales, cualquier intento de entender una situación en el mundo político y/o social tenía que ver con la condición de libertad, pero la idea sola de libertad no era suficiente para entender el orden social.³⁷

Ahora el individuo podía hacer lo que le plazca, pero ¿qué le place al individuo?, esta es la situación que demandaba nuevas formas de conocimiento social. En ese entonces comenzó a conocerse al plan de intervención del Estado en el mundo social como *policy*, sin embargo se consideraba que no era necesario mucho de esto, debido a que la sociedad se regularía sola, con base en la libre expresión de los individuos. Críticos de esta idea como Burke, Hegel y Marx, apuntaron que no sería así, y que un nuevo tipo de intervención basada en una libertad abstracta sería requerida.³⁸

Beryl Radin y Peter DeLeon, han descrito las evoluciones políticas e institucionales de las políticas públicas y su estudio. Radin argumenta que el análisis de las políticas públicas deviene de la herencia estadounidense del conocimiento de la Administración Pública, por ejemplo, sugiere que el análisis de las políticas públicas, representa una continuación del movimiento progresista de inicios del siglo XX, particularmente en términos del análisis científico de problemas sociales y regímenes democráticos de gobierno.³⁹

Paralelamente Peter DeLeon explica un modelo más complicado de evolución, enlazando las actividades de análisis a eventos políticos específicos, en particular cinco eventos, los cuales han sido esenciales para el desarrollo de las políticas públicas y su estudio, los cuales son:

- La Segunda Guerra Mundial

³⁷ Cfr. Frank FISCHER *et al.* (comps). *Handbook of Public Policy Analysis*. Boca Raton: CRC Press, 2007, p. 29.

³⁸ Cfr. Frank FISCHER *et al.* (comps). *Handbook of Public Policy Analysis*. *Óp. cit.*, p. 29.

³⁹ Cfr. Frank FISCHER *et al.* (comps). *Handbook of Public Policy Analysis*. *Óp. cit.*, p. 5.

- La Guerra de la Pobreza
- La Guerra de Vietnam
- El Escándalo de Watergate
- La Crisis Energética de la década de 1970⁴⁰

En realidad se puede decir que las dos teorías confluyen. El estudio intelectual de las políticas públicas se origina en Estados Unidos, como resultado de una serie de circunstancias de orden intelectual, ideológico, social y político. Estados Unidos fue un país que se estructuró administrativa y profesionalmente mucho después de su independencia, esto es durante la presidencia de Woodrow Wilson (1913-1921), quien quiso desarrollar las capacidades administrativas y profesionales dentro de la Administración, y lograr la separación entre esta última y la Política.

Adicionalmente posterior a la Segunda Guerra Mundial, el gobierno americano, dentro del llamado *Welfare State* o Estado de Bienestar comenzó a implementar una serie de programas sociales en salud, educación y servicios públicos. Nace entonces el estudio de las políticas públicas en un contexto científico, como respuesta a una razón instrumental en la búsqueda de solución a una serie de problemas administrativos.⁴¹

Harold Laswell en 1951 empieza la articulación de las llamadas *policy sciences*, este autor considera que la aportación desde la ciencia del conocimiento aplicable, mejoraría el desempeño administrativo y acción gubernamental del Estado, generando un “buen gobierno” o un “gobierno ilustrado”, y desde entonces ha sido el punto de referencia en el campo de investigación político y social.⁴²

⁴⁰ Cfr. Frank FISCHER *et al.* (comps). *Handbook of Public Policy Analysis*. *Óp. cit*, p. 6-9.

⁴¹ Antoni FERNÁNDEZ. Las Políticas Públicas. Citado en German Valencia (ed). *La Ciencia Política y las Políticas Públicas: notas para una reconstrucción histórica de su relación*. Universidad de Antioquia <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/viewFile/1944/1603> (acceso 8/10/2013)

⁴² Cfr. Harold LAWSWELL. *Democratic Character*. Citado en Cfr. Frank FISCHER *et al.* (comps). *Handbook of Public Policy Analysis*. *Óp. cit*, p. 3

Fuera de los Estados Unidos de América el estudio de las políticas públicas en el campo académico y su traslado al ámbito público fue más lento, a Estados Unidos le siguió Inglaterra y posteriormente Francia e Italia.⁴³ En Sudamérica el estudio de las políticas públicas data de finales del siglo pasado.

1.5.2 CONCEPTO

No existe un acuerdo acerca de la definición de políticas públicas, dificultad que en países de habla hispana se ve ahondada por un problema terminológico. Mientras en los países anglosajones se hace una distinción entre *politics* y *policies*, donde se usa la primera para referirse a la política como construcción del consenso y lucha por el poder, y la segunda para denominar las actividades gubernamentales más concretas en campos específicos, como defensa, salud, telecomunicaciones, educación, etc., en los países de lenguas latinas se usa el término política para hacer referencia a todas las actividades, problema que ha pretendido solucionarse traduciendo el término anglosajón *policy* en política pública.⁴⁴

Como se vio en líneas anteriores, Administración y Política son esferas que están íntimamente ligadas, la Administración Pública no se encuentra en el vacío, únicamente reconociendo su globalidad y el sistema político en el que se imbrica, se puede realizar explicaciones sobre su actuación y alcance, aunque cabe recalcar que Administración Pública es un concepto en el que se pueden encontrar algunos rasgos característicos, no es un concepto unívoco.⁴⁵

Todo gobernante necesita una organización que lleve a cabo y asegure el cumplimiento de sus decisiones políticas. Para ello, los Estados modernos han ido desarrollando aparatos encargados de “administrar” el poder político, y han

⁴³ Cfr. Jordi CAPO *et al.* (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 463.

⁴⁴ Cfr. Jordi CAPO *et al.* (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 463-464

⁴⁵ Cfr. Jordi CAPO *et al.* (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 445-450.

evolucionado hacia estructuras más o menos parecidas al modelo ideal de “burocracia pública”,⁴⁶ teorizado por Webber⁴⁷.

El sistema político desde un punto de vista dinámico engloba una corriente constante de interacción entre los actores políticos, en la cual se forman demandas sociales que consecuentemente podrían transformarse en proyectos, decisiones y acciones, las cuales estarán destinadas a satisfacer sus demandas y objetivos iniciales.

El proceso normal de funcionamiento del sistema político está orientado a la realización de los objetivos de orden y desarrollo, según la concepción que de los mismos tengan los gobernantes, de acuerdo con los rasgos centrales del sistema político.⁴⁸

La materialización de estas decisiones políticas, que permite el paso del mundo de las ideas a la acción pública para atender las necesidades sociales y lograr los objetivos del Estado y del gobierno son las políticas públicas. Parte fundamental de la actividad administrativa que realiza el Estado se refiere al diseño, gestión y evaluación de políticas públicas.

El estudio de las políticas públicas es un campo relativamente nuevo, que se encuentra aún en crecimiento y evolución, tratar de establecer una definición o concepto único de políticas públicas, es un esfuerzo vacuo, en razón de que pueden existir algunas nociones diferentes, pero no por eso erróneas o que carezcan de un fundamento que las respalde. Algunos autores consideran que es más importante el análisis de las políticas públicas que emplear el tiempo en intentar definir las.

⁴⁶ Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 444.

⁴⁷ Webber señaló que el tipo de dominación legal propio de las sociedades capitalistas modernas, el más racional de todos cuantos se habían sucedido históricamente, se basaba en la idea de que el Estado debe regirse por un ordenamiento jurídico que contemple reglas de actuación abstractas y que establezcan derechos y deberes de manera impersonal.

⁴⁸ Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 68.

El presente estudio pretende aportar al conocimiento de las mismas en su relación con la esfera jurídica, por lo que se considera oportuno revisar algunos conceptos que sobre políticas públicas se han emitido.

[..] una política pública no es un fenómeno objetivo de perfiles claros y definidos, su existencia debe ser puesta de relieve como fruto de la investigación en el plano empírico, mediante la identificación de sus elementos constitutivos, sean estos declaraciones de intenciones, programas, decisiones a cargo de uno o varios actores políticos, resultados (*outputs*) y consecuencias (*outcomes*) a lo largo de un cierto período de tiempo. De la definición que se utilice como marco conceptual, dependerá en buena parte que tal o cual acto, símbolo, decisión o no decisión sean aceptadas por el investigador como constitutivas de una política pública singularizable en un contexto marcado por la interacción entre políticas distintas, que se afectan y condicionan mutuamente con los problemas que ello plantea a cualquier intento de aislar el objeto de estudio.⁴⁹

Como se observa no es simple la tarea de emitir un concepto de política pública, sin embargo a continuación se enunciarán algunas acepciones de políticas públicas, que permitan identificar ciertas características para su comprensión y posterior análisis.

Thomas Dye considera que “política pública es todo aquello que los gobiernos deciden hacer o no hacer”⁵⁰

Omar Guerrero define a la política pública como “un tipo de actividad de gobierno, aquella que se encamina estimular la colaboración social o inhibir el conflicto... Es el cauce que determina y orienta el curso a seguir por la actividad gubernamental”.⁵¹

⁴⁹ Cfr. Jordi CAPO *et al.* (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 464.

⁵⁰ Thomas DYE. *Understanding Public Policy*. Citado en Jordi CAPO *et al.* (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 464.

⁵¹ Omar GUERRERO. *Políticas Públicas: Interrogantes*. Citado en Alejo VARGAS. *Óp cit*, p. 56.

Phillips Shively las define como:

[...] la toma de decisiones comunes para un grupo por medio del uso del poder... Cualquier acto de política puede ser visto desde cualquiera de las dos perspectivas, ya sea como una búsqueda cooperativa de una respuesta a problemas comunes o como un acto por el cual algunos miembros de un grupo imponen su voluntad sobre otros miembros del grupo.⁵²

Lawrence Mead académicamente dice que la política pública es: “una aproximación al estudio de la política que analiza al gobierno a la luz de los asuntos públicos más importantes”⁵³

James Andersson dice que una política es “una secuencia intencionada de acción seguida por un actor o un conjunto de actores a la hora de tratar con un asunto que los afecta. Las políticas públicas, continúa, son aquellas desarrolladas por cuerpos gubernamentales y sus funcionarios”.⁵⁴

B. Guy Peters escribió “una política pública es la suma de las actividades de los gobiernos, bien por medio de una actuación directa, bien por medio de agentes, en la medida que tenga influencia sobre la vida de los ciudadanos”⁵⁵

Deborah Stone por su parte plantea “[...] la elaboración de políticas [...] es una batalla constante en torno a los criterios para clasificación, los límites de las categorías y la definición de ideales que guíen la manera de comportarse de la gente”.⁵⁶

⁵² Phillips Shively. *Introducción a las Ciencias Políticas*. Citado en Alejo VARGAS. *Óp. cit*, p. 56-57.

⁵³ Lawrence MEAD. *Public Policy: vision, potential, limits*. Citado en Robert GOODIN *et al.* (comps). *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Madrid: Itsmo, 2001, p. 800.

⁵⁴ James Anderson. *Public Policymaking*. Citado en Robert GOODIN *et al.* (comps). *Óp. cit*, p. 800-801.

⁵⁵ B. Guy PETERS. *American Public Policy*. Citado en Robert GOODIN *et al.* (comps). *Óp. cit*, p. 801.

⁵⁶ Deborah STONE. *Policy Paradoxes and Political Reason*. Citado en Robert GOODIN *et al.* (comps). *Nuevo Manual de Ciencia Política*. *Óp. cit*, p. 802.

Algunas definiciones de políticas públicas están enfocadas desde las etapas intervinientes en su elaboración.

Asimismo la formulación propuesta por Harold Laswell (1971) del proceso de las políticas lo describía como un proceso de decisión creativa compuesto de actividades de recomendación, prescripción, invocación, aplicación y finalización.⁵⁷

Garry Brewer y Peter DeLeon (1983, pp. 9, 17, 21) escribieron que “las políticas públicas son las decisiones más importantes de una sociedad, acciones apoyadas sobre una aprobación amplia y/o amenaza de sanciones”. Para ellos, una política pública es un proceso conformado por sistemas y niveles, articulado en seis etapas: iniciación, estimación, selección, implementación, evaluación y terminación.⁵⁸

Lowi frente a la concepción tradicional de *politics determine policies* sostiene:

[...] que son las políticas las que determinan la política (*policies determine politics*), de manera que son las características de cada política las que crean sus procesos decisionales específicos. De acuerdo con esta visión, cada política crea su propio centro de poder, una “arena” que tiende a desarrollar su propia estructura, sus élites y sus relaciones de grupo.⁵⁹

Los presentados referentes de orden conceptual, permiten determinar ciertos elementos comunes y esenciales en lo que ha de considerarse una política pública, a saber:

- La acción u omisión por parte del gobierno.
- La toma de decisiones.
- La búsqueda de solución a problemas sociales.

⁵⁷ Harold LASWELL. *A pre-view of Policy Sciences*. Citado en Robert GOODIN et al. (comps). *Nuevo Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 801.

⁵⁸ Garry BREWER y Peter DELEON, *Foundations of Policy Analysis*. Citado en Robert GOODIN et al. (comps). *Nuevo Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 802.

⁵⁹ Theodore LOWI. Citado en Jordi CAPO et al. (comps). *Manual de Ciencia Política. Óp. cit*, p. 468.

- El involucramiento de acciones y etapas.
- La intervención de distintos sistemas y niveles en el Estado.

De lo analizado se puede expresar una definición propia de política pública dentro de los siguientes términos:

Una política pública es la materialización de la idea política, que involucra la decisión del Gobierno de una acción u omisión, en la cual intervienen distintas esferas del Estado, para trazar una línea guía y dar solución a una problemática social.

1.5.3 NATURALEZA

La naturaleza de la política pública es necesariamente política, sin embargo por todas las consideraciones anotadas, este trabajo pretende entender cual es la sustancia jurídica, de haberla, que les corresponde a las mismas.

Dice el Doctor Efraín Pérez, que para el estudio de la formulación y determinación de las políticas públicas se tiene que hacer referencia a la “función gubernativa o política”⁶⁰, para distinguirla de la “función administrativa” al interior de la función ejecutiva.⁶¹

La función gubernativa o política es la actividad estatal discrecional, sin límites jurídicos, realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad, consiste en fijar las grandes directrices políticas a través de la gestión de asuntos de vital importancia para la sociedad. Dentro de los

⁶⁰ Roberto DROMI, por encima de la clásica distribución de funciones realizada por Montesquieu, cree en la existencia de una función gubernativa, en la actualidad se puede considerar prioritariamente como una actividad distinta dentro de la función administrativa.

⁶¹ Cfr. Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Tercera Edición. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2009, p. 477.

órganos legislativo y ejecutivo hay actos superiores de dirección o iniciativa que reflejan la orientación política en uso del poder del Estado.⁶²

En relación a la función gubernativa dice Francisco Linares “[...] son ciertas funciones generalmente muy discrecionales que por su importancia para la comunidad se han dado en llamar “de gobierno”, “de política” o “de Estado”.⁶³

En los regímenes de Poder eficaz, la función gubernamental consiste, primordialmente, en el trazado de la política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla [...] El gobierno no es una suma de decisiones individuales e inconexas, requiere una política vertebrada y esta política actúa a través de la función gubernamental.⁶⁴

La función gubernativa no requiere de un órgano específico de realización, puede ser realizada por el ejecutivo como por el legislativo, sin embargo cobra su verdadero carácter en el ámbito y actuación del ejecutivo, el cual no se limita a la administración, sino que está también encargado de dirigir la política. La función gubernativa se expresa mediante una de las modalidades de actos de poder -actos políticos- los cuales sólo pueden emitirse en los casos previstos en la Constitución. Los actos políticos deben dictarse con efectos jurídicos generales, por lo que al no afectar directamente derechos subjetivos de los administrados, no dan lugar a impugnación, los derechos de los administrados pueden verse inmediata y directamente afectados por los actos emitidos como consecuencia de los actos políticos, en cuyo caso si cabe la impugnación.⁶⁵

⁶² Cfr. Roberto DROMI. *Introducción al Derecho Administrativo*. Madrid: Grouz, 1986, p. 57.

⁶³ Francisco LINARES. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Citado en Roberto DROMI. *Introducción al Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 57.

⁶⁴ Julio OYHANARTE. *Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina*. Citado en Roberto Dromi, *Introducción al Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 57.

⁶⁵ Cfr. Roberto DROMI. *Introducción al Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 58.

En el Ecuador la orientación política se encuentra encargada principalmente al Ejecutivo, dice así el artículo 147 de la Carta Magna: “Son atribuciones y deberes de la presidenta o presidente de la República, además de los que determine la Ley:

“[...] 3.- Definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva [...]”.⁶⁶

La categorización jurídica de la política pública no es clara en el Derecho Administrativo, debido a que la política pública, ha sido un concepto siempre abordado desde la perspectiva de la teoría política, sin embargo, es por su fin político mismo, que una política pública no puede ser asimilable, sino a un acto político o de gobierno, en relación a la función gubernativa o política a la cual se hacía alusión anteriormente.

En efecto, tanto la doctrina como la misma legislación sobre procedimientos administrativos establecen la existencia de “actos políticos” como diferentes de los “actos administrativos”, aunque las diferencias entre estas dos clases de actos se vuelve cada vez mas tenue. Las políticas públicas estatales se manifiestan jurídicamente a través de actos políticos.⁶⁷

Son características de los actos políticos:

- 1.- Ejecutan directamente la norma constitucional.
- 2.- Son dictados en ejercicio de una actividad discrecional, indelegable de los órganos ejecutivo y/o legislativo sin límites jurídicos y por motivo de oportunidad y mérito.
- 3.- Se vinculan a la propia “organización y subsistencia del Estado”, y se justifican por una finalidad política vital para la seguridad, defensa y orden del Estado (en la actualidad con la diversificación de actividades reguladas por el Estado estos campos se han visto notablemente ampliados). No se trata de asuntos atinentes a la marcha de la buena Administración.

⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 147. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶⁷ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 477.

- 4.- No inciden directa ni inmediatamente en la esfera del administrado, “cuyo status no se altera ante la emisión del acto político, de gobierno o institucional”
- 5.- Son unilaterales en su estructura y de alcance o efecto general
- 6.- Son irreversibles, no judiciales, no justiciables o no invalidables judicialmente. Están exentos de control jurisdiccional.⁶⁸ (el subrayado es añadido)

Para Gordillo, desde la perspectiva del Derecho Administrativo el problema del llamado acto de gobierno, como él llama al acto político, debe entenderse sólo con referencia a ciertas actividades de los más altos órganos del Poder Ejecutivo, y la importancia del tema reside en determinar la justiciabilidad o no de tales actos. Cualquiera sea su denominación, la pretensión radica en que dichos actos estén exentos de control, si se les quitara dicha particularidad, ninguna diferencia existiría con los actos administrativos -en sentido laxo- y no habría razón para distinguirlos.⁶⁹

Para Dromi, el que la función judicial tratase de controlar los actos políticos, que son de naturaleza discrecional, elaborados con motivo de oportunidad política, representaría una afección grave a la división de funciones, adicionalmente expresa que siempre existe la posibilidad de impugnar los actos administrativos dictados con motivo de dichos actos.⁷⁰

Gordillo por su parte señala que de acuerdo a la doctrina administrativa contemporánea, no existen actos políticos o de gobierno, que se encuentren exentos de revisión, sin embargo reconoce que ciertos actos no podrían impugnarse, por no existir un actor legitimado. Por ejemplo una política pública dictada por el presidente de la República, difícilmente se podría ver como generadora de una afección directa a una persona en particular, que es un requisito esencial para que un acto sea considerado administrativo. Actualmente también las legislaciones nacionales

⁶⁸ Roberto DROMI. *Introducción al Derecho Administrativo*. Óp. cit. p. 60.

⁶⁹ Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Primera Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 415-417.

⁷⁰ Cfr. Roberto Dromi. *Introducción al Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 62.

otorgan legitimación procesal a cualquier persona para plantear acciones judiciales por ejemplo, sobre temas ambientales.⁷¹

Es verdad que algunos actos, por no afectar una situación subjetiva directa no son impugnables, sin embargo eso no constituye fundamento jurídico suficiente para edificar alrededor de aquello una categoría distinta de actuaciones, bajo el nombre de actos políticos o de gobierno, que defienda su no revisión, o no justiciabilidad.⁷²

Es difícil pensar en “actos políticos” fuera del campo “orgánico” que no afecten los derechos fundamentales. La fuerza expansiva de esta línea puede ofrecer resultados insólitos. [...] Es difícil pensar en una función política que no se materialice en actos o funciones administrativas. Es igualmente difícil pensar en una función política en campos donde no exista regulación más allá de la competencia o del procedimiento. La función política ha de ejercerse de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.⁷³

Dice el doctor Efraín Pérez que la impugnabilidad o no de actos de gobierno es uno de los temas de mayor actualidad en el Derecho Administrativo, sin embargo a pesar la cierta discusión doctrinaria, es indiscutible que existen actos del ejecutivo que declaran la orientación que su gobierno imprimirá a temas determinados, los cuales se abstendrán de determinar acciones específicas, por lo que carecen de un elemental requisito del acto administrativo, el cual es afectar una situación subjetiva de forma directa.⁷⁴ El cual es el caso de las políticas públicas.

La política pública, es jurídicamente un acto político, el cual a pesar de ser discrecional debe estar enmarcado dentro de los límites que establece la Constitución y la Ley, debe ser expedida de manera general, sin que implique una afección directa en la esfera de derechos de los administrados. Cabe destacar que

⁷¹ Cfr. Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 479.

⁷² Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 421-429.

⁷³ Jordano FRAGA. ¿Jaque mate al acto político. Citado en Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 480.

⁷⁴ Cfr. Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 480-481.

aun cuando la Administración intervenga en la elaboración y promulgación de las políticas públicas estas, por su sustancia, no son actos administrativos.

Las políticas públicas por su esencia, son el desarrollo materializado de la política del gobierno en los distintos ámbitos de su actuación, una política pública en estricto sentido es un acto político, aunque un acto político no sea siempre una política pública. Ahora bien, es importante mencionar también que una política pública podría afectar derechos subjetivos dentro de la esfera de los administrados, en cuyo caso no cumpliría con las características de una política pública, y probablemente su sustancia se encuadre más con la del acto administrativo.

En palabras de Marienhoff: “Lo que ha de definir una institución es la “sustancia” de la misma, no la “forma” ni el autor de los actos respectivos: la “forma” y el “autor” solo constituyen elementos contingentes”⁷⁵

Como señalaba Jordano Fraga en la cita anotada anteriormente, es difícil pensar en una función política que no se materialice en funciones administrativas, y cuya fuerza expansiva no termine vulnerando derechos individuales. De esto es oportuno anotar que la política pública es el acto que da inicio a una serie de actividades, de las más diversas categorías (promulgar leyes, expedir reglamentos, emitir actos, etc.), las cuales podrían contener varios vicios de formación y los cuales tienen sus propios mecanismos de revisión y control, sin embargo la política *stricto sensu*, bajo la características anotadas no vulnera derechos individuales de manera subjetiva.

En la realidad el acto político se ha reducido a una noción bastante empírica, variable por naturaleza, y poco útil para afincar sobre ella todo un conjunto de actividades características y uniforme entre sí. Por lo que se ha tratado de crear su categoría en la existencia de la doble actividad del ejecutivo, gubernamental y

⁷⁵ Miguel, MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 41.

administrativa, distinción que se vuelve de casi imposible realización sin caer en la arbitrariedad de ella derivada.⁷⁶

De lo expresado se colige que una política pública, en estricto sentido, carece de un elemento fundamental que da paso a su impugnación, y es el de afectar de manera directa y subjetiva la esfera de derechos de los individuos que conforman el grupo social, característica que es determinante en el acto administrativo y permite su impugnación en sede administrativa y judicial.

En el Ecuador la Constitución en su artículo 88 prescribe la posibilidad de proponer la acción de protección en contra de políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, lo cual permite la revisión de políticas públicas en el campo constitucional.⁷⁷

Por otro lado la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa establece:

Artículo. 6. - No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa:

[...] c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso – administrativa [...]⁷⁸

Hace notar Hernández, que al no estar definido a nivel de Ley lo que ha de considerarse como acto político, la disposición establecida en el literal c) del artículo

⁷⁶ Cfr. Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. 3ra. ed. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 19-20.

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 88. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁸ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 6. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, última modificación 28 de diciembre de 2001.

6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, introduce un factor de inseguridad jurídica dentro de la legislación ecuatoriana.⁷⁹

La susceptibilidad de impugnación de políticas públicas en sede administrativa constituye el objeto materia del presente estudio, y será desarrollado en los capítulos siguientes del trabajo.

⁷⁹ Cfr. Miguel HERNÁNDEZ. *Seguridad Jurídica*. Citado en Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 479.

II CAPÍTULO

EL ACTO ADMINISTRATIVO

Para continuar con el desarrollo de este estudio es necesario analizar el Acto Administrativo, para diferenciarlo de las políticas públicas (actos políticos) y entender los distintos efectos que pueden derivar de la naturaleza de cada uno.

La noción de acto administrativo sin lugar a duda constituye una pieza fundamental en el Derecho Administrativo ya que tiene repercusiones en diversos ámbitos, sobre el acto administrativo se han desarrollado muchos conceptos, formulados con distintos criterios.

Es importante empezar recordando que son inseparables el concepto de actuación administrativa y el principio de legalidad.

El sometimiento de la Administración al principio de legalidad opera de manera tal que debe actuar dentro del marco normativo previamente establecido por el mismo Estado al cual la Administración pertenece. En ese sentido, el ejercicio del poder público no puede separarse del orden jurídico en el que el propio Estado se encuentra inmerso. [...] La observancia del Estado de Derecho supone un Estado cuyas potestades sean limitadas y se encuentren sometidas al deslinde de competencias fijadas por la Constitución. A través de tal deslinde la competencia de la Administración debe surgir, de forma expresa o razonablemente explícita en lo expreso, del bloque de legalidad.⁸⁰

Actualmente la Ley constituye más que un límite de la actuación administrativa, un presupuesto para que la misma tenga lugar, y es importante tener en cuenta esta consideración previa al estudio del acto administrativo.

⁸⁰ Rafael BIELSA. *Derecho Administrativo*. Citado en Pedro ABERASTURY *et al.* (comps). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007, p. 344.

2.1 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA

Vale, previo al estudio del acto administrativo, analizar brevemente la noción de la Administración Pública como persona jurídica, para entender las consecuencias derivadas. La Administración se desenvuelve dentro de un Estado, es un resultante de este en uno de sus diversos aspectos.

El Estado es una sociedad jurídicamente organizada, es decir, ordenada y organizada en el Derecho, dentro de un espacio geográfico determinado. Tiene por objeto satisfacer las necesidades colectivas, y requiere para ello el concurso de la fuerza y la distribución de competencia, según la aptitud de cada uno; elimina la lucha entre individuos, propendiendo así al bien común, contra la fuerza externa y mantiene el orden interno. La Administración Pública sería el instrumento que dirige o administra el Estado, sin la cual el mismo no podría existir y desenvolverse para sus diversos fines.⁸¹

Para algunos autores, en sentido restringido no cabe hablar de la Administración como persona jurídica, ya que esta constituye una parte del Estado, así como el órgano judicial o el órgano legislativo, consideran que la Administración no es persona jurídica alguna, debe además ser tomado en cuenta que la Administración no es una entidad, sino una serie de organismos.

Para poder hablar de la Administración Pública como persona jurídica debe hacerse referencia a la teoría del Fisco. La idea del Fisco como patrimonio separado arranca en el Derecho Romano, pero en la formulación que interesa dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, nace de una reelaboración de los juristas alemanes del absolutismo. Junto al monarca como soberano se reconocía una segunda faz: el Fisco, el cual es en efecto una ficción a la que se reconoce la

⁸¹ José CANASI. Derecho Administrativo. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1972, p. 11.

condición de persona jurídica privada, lo que permite utilizarle como centro de imputación de relaciones de tipo patrimonial e incluso someterle a tribunales ordinarios. La teoría del Fisco supuso una distinción entre el Estado que no tiene patrimonio, sino sólo poder soberano y el Fisco que no tiene poder, sino solamente patrimonio.⁸²

Sobre este supuesto surge en Alemania, el intento de construir el Derecho Público sobre bases autónomas, independientes de los conceptos de Derecho Privado. El jurista alemán Alnrecht en 1837 afirmó que el Estado es una verdadera persona jurídica. Para Gerber el pueblo se eleva mediante el Estado a la condición de persona jurídica, la preeminencia del Estado se debe a los derechos superiores de que está investida tal persona jurídica. A este esquema jurídico, Gierke añadió su teoría del órgano, en la que indica que el Estado como persona jurídica necesita para desenvolverse de una serie de órganos a través de los cuales obra y cuya correcta actuación se le imputa.⁸³

George Jellinek, más adelante precisaría que para que sean propiamente jurídicas las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, es imprescindible, que tanto el Estado como ellos se reconozcan investidos de derechos y deberes recíprocos.

El anterior dualismo, Estado como poder público y Estado como persona jurídica, no tiene ya lugar en el Derecho contemporáneo (derecho positivo en vigor) y en realidad no tiene razón de ser, ya que actualmente no hay ningún inconveniente en admitir que, incluso cuando la Administración actúa investida por su poder público, surgen también relaciones jurídicas. No afecta en nada a la personalidad unitaria de la Administración del Estado el hecho de que en el seno de la misma puedan distinguirse varios órganos. Todos los órganos de la Administración del

⁸² Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ma. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 371.

⁸³ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 372.

Estado, son sólo eso, simples órganos de una sola persona jurídica a la que se le imputan sus respectivas actividades.⁸⁴

Es la Administración como aparato instrumental, que actúa a través de sus órganos, la que se produce, en efecto, como una persona jurídica única sin distinguir ya los modos diferentes de su actuación. Las relaciones entre Administración y los ciudadanos son propiamente jurídicas, aún cuando la Administración actúe investida de su poder de imperio. Toda una larga evolución ha culminado, pues, en la asimilación y aceptación de estas elementales afirmaciones, hoy ya poco discutidas.

Es innegable en nuestros días que la Administración es para el Derecho una persona jurídica, que establece relaciones jurídicas con los administrados, sin embargo cabe aclarar que esta afirmación, es realizada para lo concerniente al ordenamiento jurídico interno, para el Derecho Internacional solo el Estado es una persona jurídica.

La Administración del Estado no se identifica con el Estado entero, como bien sabemos, ni con la comunidad o grupo social en función de la cual la estructura política que llamamos Estado se forma; es una organización en servicio de esa comunidad o de ese Estado o de ambos a la vez (puesto que el segundo es una simple estructura instrumental del primero), y por eso asume la ejecución de los fines propios del grupo político. La realización de esos fines será su misión propia. Por el mismo motivo deberá encomendarse a la Administración el sostenimiento de las demás organizaciones estatales distintas a la estrictamente administrativa y sobre la Administración recaerán, en definitiva, todas las consecuencias patrimoniales del funcionamiento de esos órganos, incluyendo en ella la responsabilidad patrimonial por daños [...].⁸⁵

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández expresan:

⁸⁴ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 373-374.

⁸⁵ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 376.

Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo.⁸⁶

Cabe también anotar que, como Marco Morales Tobar dice: “[...] debe comprenderse a la Administración Pública como un complejo orgánico integrado por organismos con o sin personería jurídica pero si con personalidad jurídica que ejercen actividad administrativa.” Los órganos deben ser concebidos como unidades entre los que se divide la materia, la competencia que le corresponde en materia administrativa, es decir en ellos se delimitan las esferas de competencia, las cuales en conjunto forman la Administración.⁸⁷

En concordancia con lo expuesto, se ha reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a la Administración Pública como una persona jurídica, dice así el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE):

Artículo. 3.- PERSONALIDAD JURIDICA.- La Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas.⁸⁸

⁸⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 32.

⁸⁷ Marco MORALES. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 68-71.

⁸⁸ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

2.2 ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

De acuerdo al mencionado principio de legalidad, la validez de la actuación administrativa se vincula a que la misma derive de una precepto jurídico de rango legal, esto sustenta el principio de que “en derecho administrativo, la competencia es la excepción y la incompetencia, la regla; por lo tanto, toda competencia debe estar conferida por norma o por extensión a lo razonablemente implícito en lo expreso”.⁸⁹

La subordinación de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico puede ser entendida en sentido negativo, es decir que la actividad administrativa encuentra en la Ley un límite intraspasable, sin embargo la limitación también puede ser en sentido positivo, no solo al vincular positivamente la actividad administrativa a norma, sino también no admitiendo una invasión por parte del Estado en la esfera de derechos individuales, salvo en los casos en que la Ley lo consienta.

Merkl enseña que no debe confundirse el principio de juridicidad con el principio de legalidad. El principio de juridicidad no significa solo que la Administración está condicionada por un Derecho Administrativo, sino también que cada acción administrativa aislada está condicionada por un precepto jurídico que admite semejante acción, en el caso que la acción administrativa no pueda ser legitimada por un precepto jurídico que prevea dicha acción, no podrá ser considerada como acción del Estado. Con referencia al principio de juridicidad la Administración no se diferencia de otras actividades estatales, porque el Derecho es el supuesto previo de la legislación y de la justicia.⁹⁰

La existencia de la juridicidad de la Administración precede a toda y todas las administraciones, mientras que la exigencia de la legalidad se apoya en cada ordenamiento jurídico y no tiene valor más que para ese ordenamiento, el principio

⁸⁹ Citado en Pedro ABERASTURY *et al.* (comps). *Responsabilidad del Estado. Óp. cit*, p. 345.

⁹⁰ Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Omeba, 1963, p. 126.

de juridicidad se funda en la naturaleza que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas. El principio de juridicidad es un postulado jurídico-político, mientras que el principio de legalidad, debe ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídica positiva.

El principio de legalidad no puede entenderse en forma estricta, es decir la actuación de la Administración no siempre debe estar apoyada inmediata y directamente en una ley, sino que puede estar mediatizada por una actividad o un conjunto de actividades administrativas, las cuales formen el enlace necesario entre la Ley y la acción administrativa.

La actividad administrativa está supeditada a los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, dentro de los cuales, el primero y más importante es la Constitución, no es concebible el desempeño de la actividad administrativa sin sujeción a la Constitución, adicionalmente la actividad administrativa tiene que respetar los límites que le impone la Ley, y finalmente no puede transgredir limitaciones, también de carácter administrativo, así un acto administrativo no podrá transgredir un acto normativo.

La Ley deberá determinar los fines que en determinado momento histórico, el Estado asume como propios para asegurar la realización de los mismos, estableciendo la esfera, que a tal propósito, está reservada la autoridad administrativa. La Ley deberá también disciplinar la actividad administrativa desde su formación para garantizar de la forma más óptima la conformidad y congruencia de la actividad administrativa con el interés general que se pretende satisfacer. Muchas veces la Ley resulta insuficiente para asegurar la congruencia y conformidad con la satisfacción del interés general, por lo que surge la necesidad de que las normas jurídicas que disciplinan la actividad administrativa sean integradas por normas

jurídicas, particularmente políticas y técnicas, de donde derivará la actividad reglada y discrecional de la Administración.⁹¹

Como se dijo anteriormente, el principio de legalidad se encuentra prescrito en el artículo 226 de la Constitución, así como también se encuentra recogido en los artículos 4⁹² y 101⁹³ del ERJAFE.

2.3 ACTO ADMINISTRATIVO

El concepto de acto administrativo surge en Francia, como expresión práctica del principio de separación entre Administración y Justicia: se trataba de un acto exento del poder jurisdiccional del juez por ser producto de la autoridad administrativa, y sólo sometido al control de esta. Resulta difícil caracterizar cada uno de los poderes en la producción de un acto jurídico típico y unitario, los poderes no están divididos como supuestas funciones abstractas, de modo que cada uno tenga una forma de expresión única, sino por el contrario son complejas organizaciones de principios políticos diversos, pero en cuyo funcionamiento se dan paralelismos e incluso identidades técnicas. Al acto administrativo se le otorga un peso excesivo

⁹¹ Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 127.

⁹² Artículo. 4.- Principios y Sistemas Reguladores.- Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios.

⁹³ Artículo. 101.- Principios generales.

1. La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho.

Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. La Administración Pública Central, en sus relaciones, se rige por el principio de cooperación y colaboración; y, en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los administrados. 3. Bajo la dirección de la Presidencia de la República, las entidades y órganos que integran la Administración Pública Central ejercen la función administrativa para alcanzar los objetivos que establecen la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

4. En sus relaciones con los administrados, la Administración Pública Central actúa de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

“[...] el de intentar expresar en una suerte de célula básica, el microcosmos definitorio, la sustantividad y peculiaridad entera del Derecho Administrativo”.⁹⁴

En un sentido amplio, acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo, pero ese concepto amplio es desestimado por la doctrina y por la legislación en favor de un concepto más estricto, en el que se excluyen reglamentos, actos contractuales y finalmente se independiza el uso de la coacción administrativa, para edificar alrededor de la misma una teoría singular, reduciendo la teoría de los actos administrativos a los unilaterales, y concretando el acto administrativo en declaraciones y no ejecuciones.⁹⁵

Quedan excluidos, por tanto, del concepto de acto administrativo los hechos jurídicos, los negocios jurídicos, la actividad material o técnica de la Administración y las manifestaciones de la actividad bilateral o multilateral de la Administración.⁹⁶

Existen autores que pretenden reducir al campo que abarca conceptualmente el acto administrativo, sin embargo esta reducción solo se justificaría en la medida en que los supuestos excluidos puedan ser objeto de una teorización independiente, pueden existir concreciones dentro del mismo concepto, pueden ser especie separadas dentro de un mismo concepto, pero que no parece puedan absorber un concepto exclusivo.

Una de las definiciones que mayor acogida ha tenido, es la construida por Zanobini, quien manifiesta: “Es acto administrativo cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un órgano de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”, definición que ha sido acogida

⁹⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 548.

⁹⁵ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 548 - 549.

⁹⁶ José TARDIO. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2001, p. 35.

y sobre la cual se han realizado ligeras variantes por autores como Garrido Falla, García de Enterría y Santamaría Pastor entre otros autores.⁹⁷

Manifiesta así García de Enterría: “Acto administrativo sería la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria”⁹⁸. Esta acepción ha sido acogida por la Ex-Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.⁹⁹

De la definición expresada en el párrafo anterior, es acertado hacer algunas precisiones:

a) Se trata de una declaración intelectual lo que excluye actividades puramente materiales.

b) La declaración puede ser de voluntad, como es lo regular en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, sin embargo también puede contener otros estados intelectuales: de juicio, de deseo o de conocimiento, para el ejercicio de la Administración la expresión de estos estados es cotidiana. Las declaraciones de voluntad, sin embargo son particularmente relevantes en el desempeño de la actuación administrativa en virtud de que crean una situación jurídica. Las otras operaciones intelectuales no son por si mismas creadoras o modificadoras de situaciones jurídicas, es decir, carecen de efectos imperativos o decisorios.

c) El acto administrativo es esencialmente unilateral, lo cual no excluye que la voluntad del administrado pueda actuar en él como un presupuesto de existencia o de eficacia. Ha de notarse también que la procedencia formal de la declaración

⁹⁷ Francisco DE AHUMADA RAMOS. Materiales para el estudio del derecho Económico-Administrativo. <http://vlex.com/vid/acto-administrativo-176563> (acceso 29/10/2013)

⁹⁸ Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 550.

⁹⁹ Vid. Sentencia Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 0348-2010 de 8 de octubre de 2010.

puede operar de manera directa, a través del órgano dotado de competencia, o de manera indirecta por una persona que actúa bajo poderes delegados por la Administración.

d) La declaración administrativa en que el acto consiste se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa, ligada al principio de legalidad. Los actos administrativos en cuanto son expresión de una potestad, producen efectos jurídicos, principalmente de innovar o modificar situaciones jurídicas. El acto administrativo, como expresión de una potestad, conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera particular, como el acto ha de expresar una potestad administrativa previamente establecida en el ordenamiento, no existe acto sin norma específica que lo autorice y lo prevea. El acto administrativo a diferencia del negocio jurídico privado es esencialmente típico, nominado, no obedece ni puede obedecer a ningún genérico principio de la autonomía de la voluntad, sino a su previsión legal.

e) La diferencia de la potestad administrativa ejercida en el acto es distinta a la potestad reglamentaria, no se trata de una simple diferencia cuantitativa (destinatarios generales e indeterminados o determinados) sino el grado, el Reglamento crea derecho objetivo, en tanto que el acto lo aplica, más aún si se admite la figura de un acto administrativo general o que tenga por destinatarios a una pluralidad de sujetos.¹⁰⁰ Más adelante se analizará con mayor profundidad la diferenciación.

La afirmación de que los actos administrativos están sometidos al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa, es una nota esencial del concepto, que excluye los actos de la Administración sometidos al Derecho Privado y a las jurisdicciones civil, mercantil y laboral. De la misma forma se usa para separar el concepto de acto administrativo de la figura de los actos políticos o de gobierno,

¹⁰⁰ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 551-552.

como actos del poder ejecutivo no sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.¹⁰¹

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ha definido al acto administrativo dentro de los siguientes términos:

Artículo. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.¹⁰²

2.4 ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los elementos del acto administrativo constituyen auténticas condiciones de validez de los mismos, en el análisis de aquellos se pueden observar las exigencias que imponen las disposiciones legales y los presupuestos de legitimidad para que el acto pueda reputarse conforme a Derecho, tales condiciones de validez indican el momento anatómico y fisiológico del acto, mientras que la invalidez atiende sus patologías, y finalmente la eficacia observa las condiciones necesarias para la producción de efectos.¹⁰³

En un criterio de gran expansión y aceptación en la doctrina, los elementos esenciales del acto administrativo pueden clasificarse en subjetivos (órgano, competencia e investidura legítima del titular); objetivos (presupuesto de hecho, fin, causa, motivo, la declaración y su contenido, y objeto); y formales (forma de producción y forma de la declaración).

¹⁰¹ Cfr. José TARDIO. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 45.

¹⁰² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁰³ Cfr. Juan BENALCAZAR. *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*. Quito: Ediciones Legales p. 59.

2.4.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS

a) Órgano.- Ha de ser una Administración Pública que posea la correspondiente potestad administrativa y sea titular de la respectiva competencia.

b) Competencia.- La competencia es el conjunto de funciones que una persona pública u órgano administrativo puede legítimamente ejercer. El concepto de competencia determina la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada ente u órgano administrativo. Es su aptitud legal para obrar.¹⁰⁴

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en su artículo 84, respecto a la competencia, manifiesta:

DE LA COMPETENCIA.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto.¹⁰⁵

Dentro de dicha Administración, el acto debe ser dictado por el órgano de la misma titular de la competencia respectiva.

c) Investidura del titular.- Finalmente la persona natural titular del órgano competente debe ostentar la investidura legítima para actuar en la declaración que se realice, la cual debe mantener íntegra su situación de imparcialidad abstracta.

Siguiendo esta línea, el titular del órgano competente no debe encontrarse inmerso en las causales de abstención y excusa establecidas en el artículo 104 del ERJAFE.

¹⁰⁴ Juan BENALCAZAR. *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*. Óp. cit, p. 60.

¹⁰⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

2.4.2 ELEMENTOS OBJETIVOS

Los elementos objetivos están referidos a la operación que el acto administrativo contiene.

a) Presupuesto de hecho.- Resulta que la Ley como imperativo abstracto conecta una cierta consecuencia jurídica a un tipo de hecho específico; tal es la estructura necesaria de toda proposición normativa, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, esta estructura se prorroga en las potestades de que resulta investida la Administración para la aplicación de dicha norma. El Acto Administrativo no es más que el ejercicio de una potestad, por lo que el mismo sólo puede dictarse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma de cuya aplicación se trata, presupuesto que puede ser una situación material perfectamente objetivable, o una situación más compleja que requiera otro tipo de operaciones intelectuales o calificaciones jurídicas previas.

El presupuesto de hecho es siempre un elemento reglado del acto, sino se cumple el mismo en la realidad, la potestad legalmente configurada en virtud de dicho presupuesto no ha sido ejercida correctamente.¹⁰⁶

b) Fin.- El ejercicio de la actuación administrativa tiene siempre sus objetivos en el ordenamiento jurídico, los cuales en conjunto responden a la satisfacción del interés general. El acto administrativo como ejercicio de una facultad administrativa debe servir al fin típico para el cual esta ha sido conferida o incurrirá en el vicio de desviación de poder si de dicho sustento teleológico se aparta, o si pretende servir a una finalidad distinta, aún si se tratare de una finalidad pública.¹⁰⁷

Vinculada a la noción de desviación de poder se ha configurado la desviación de procedimiento, la cual se suscita cuando dos normas distintas permiten a la

¹⁰⁶ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 557.

¹⁰⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 558.

Administración llegar al mismo resultado mediante procedimientos diferentes. Ocurre que en lugar de perseguir el fin que la norma propone y observar el procedimiento respectivo, la Administración para eludir formalidades que le incomodan, expresa tener otro fin y elige el procedimiento más simplificado que a dicho fin pertenece.¹⁰⁸

c) Causa.- Es la adecuación o congruencia efectiva entre los fines propios de la potestad que se ejercita y el acto en sí. Los problemas de la causa en el Derecho Privado no se ajustan a la realidad del Derecho Administrativo, debido a que el acto administrativo es un acto nominado, tipificado en la Ley, simplemente se considera causa si la función prevista en el ordenamiento jurídico resulta cumplida por el acto concreto. Por ejemplo el interés social o la utilidad pública son causas para la expropiación forzosa.

d) Motivo.- La Administración, a diferencia de los sujetos de Derecho Privado, no tiene otra actuación, ni otra vida que la estrictamente legal, de tal manera que no puede existir para ella motivos impulsivos de su accionar fuera del Derecho. Adicionalmente la Administración posee siempre la obligación de motivar sus actos, esto es expresar en la declaración formal los motivos de hecho y de derecho en función de los cuales se ha expedido el acto, por lo que puede decirse que en el accionar administrativo los motivos están siempre y necesariamente incorporados a la causa.¹⁰⁹

Es justamente a través de los motivos que mueven a la Administración a dictar sus actos donde se viene a concretar todo el esquema conceptual [...] expuesto: en ellos ha de aparecer, por una parte, la realidad del presupuesto normativo de hecho a que el acto se aplica, y, por otra parte, el servicio al interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejercita, servicio cuya efectividad viene a constituir la causa propia del acto, como ya sabemos. [...] Puede y debe controlarse aquí, por la Administración primero, en su fase aplicativa y de

¹⁰⁸ Cfr. Héctor MAIRAL. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Citado en Juan BENALCAZAR. *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*. *Óp. cit*, p. 64 - 65.

¹⁰⁹ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 558.

eventual autotutela y por el juez contencioso, después, en su fase fiscalizadora, si los motivos que la Administración invoca existen o no [...].¹¹⁰

El ERJAFE acerca de la motivación de los actos administrativos expresa en uno de sus acápite:

Artículo. 122.- Motivación.

1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos, produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.¹¹¹

e) La Declaración y su Contenido.- Como se expuso anteriormente el acto administrativo consiste en una declaración, esta declaración puede ser explícita o puede deducirse de una conducta expresiva.

Así lo expresó la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de mayo de 2004, en un análisis realizado sobre la el alcance del acto administrativo:

[...] El acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad, se trata, en primer término de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales [...] por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal, sino también la que se manifiesta a través de

¹¹⁰ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 560-561.

¹¹¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual [...].¹¹²

Cuestión de trascendencia es la relativa a los vicios de la voluntad expresados en la declaración: situación de capacidad personal del agente, error, violencia, intimidación y dolo. Debe tenerse en cuenta, que la Administración actúa por medio de personas físicas, los vicios de la voluntad por tanto han de referirse a la situación personal de dichos sujetos. También habrá de tenerse en cuenta que la actividad jurídico-administrativa es una actividad de ejecución legal, lo que implica que si el contenido del acto se acomoda a la Ley será normalmente indiferente investigar sobre los vicios de la voluntad o estado psicológico del agente expresado en el acto.¹¹³

Esta observación plantea el problema en términos singulares respecto del mismo tema en cuanto al principio privado de la autonomía de la voluntad, debido a que lo que se trata de evitar es que se cree la regulación singular vinculante que del negocio surge si la voluntad no se ha expresado con absoluta libertad y conciencia. Sin embargo el argumento de la singularidad de la posición de la Administración solo es aplicable en tanto se trate de un acto reglado, el cual se limita a singularizar en el caso concreto el efecto preestablecido en la Ley, pero no cuando se incorpore un elemento de libertad estimativa por parte de la Administración, como en un acto discrecional, porque entonces los efectos creativos vinculables al ejercicio de dicha libertad no serán admisibles si la situación psicológica que en el acto se expresa no ha sido libre y consciente.¹¹⁴

El contenido es la declaración misma que el acto incorpora y realiza, lo que la Administración decide efectuar a través del mismo. Es lo que dice, manda, autoriza, constata. El contenido debe ajustarse a lo dispuesto a lo preestablecido en el

¹¹² Marco MORALES. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Óp. cit, p. 124.

¹¹³ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 563.

¹¹⁴ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 563.

ordenamiento jurídico, y debe ser congruente con su fin. Debe ser lícito, razonable, viable, todo esto permitirá apreciar la existencia o no de vicios en el contenido, como ilegalidad, irrazonabilidad, inviabilidad, etc.

El contenido del acto administrativo puede ser de tres tipos: esencial, natural y/o accidental:

Esencial.- Es aquel que siempre y en cualquier caso debe acompañar el acto administrativo, puesto que sin ello el acto carecería de existencia propia.

Natural.- Es el que viene dado por aquello que aún sin expresa mención en el acto, se considera que es connatural al mismo.

Accidental.- El contenido accidental, involucra una disposición expresa, que establece una condición al acto.¹¹⁵

f) Objeto.- El objeto de la declaración puede ser un comportamiento del administrado, de otra Administración, de otro órgano, del titular del órgano; un hecho; un bien; una situación jurídica; su propia organización; o puede ser una mezcla de estos objetos típicos en la medida en que sean propuestos por el ordenamiento jurídico como finalidad de la Administración que lo emana. La proposición de los objetos de las declaraciones administrativas, limita el problema de las notas genéricas que el objeto de los actos jurídicos deben cumplir, pero no lo resuelve del todo, especialmente en los casos en los que existen libertades apreciativas, que dan origen a los actos discrecionales.

El objeto es la cosa, la actividad, la relación o situación jurídica sobre la cual trata el contenido de la declaración.

¹¹⁵ Cfr. Juan BENALCAZAR. *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*. Óp. cit, p. 68.

Algunos autores consideran que contenido y objeto son lo mismo, dice así Alfredo Pérez Dayán: “El contenido u objeto del acto administrativo se asimila a aquello que con él, la autoridad ha querido disponer, ordenar o autorizar”.¹¹⁶

2.4.3 ELEMENTOS FORMALES

La declaración en que consiste el acto ha de realizarse, primero siguiendo un camino concreto y segundo a través de formas preestablecidas de manifestación.

a) Forma de producción.- La forma de producción es el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo es el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término, y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego.¹¹⁷

El procedimiento administrativo dentro del desempeño de la actividad administrativa simultáneamente regula:

Primero.- Una actividad administrativa determinada para llegar al establecimiento del supuesto de hecho.

Segundo.- La participación de una pluralidad de sujetos o de órganos, los cuales guían uno o varios aspectos dentro del tema a decidir.

Tercero.- La necesidad de adoptar ciertas formas de actuación

¹¹⁶ Cfr. Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. 3ra. ed. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 121.

¹¹⁷ Raúl BOCANEGRA. *Lecciones Sobre el Acto Administrativo*. Citado en Juan BENALCAZAR. *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*. *Óp. cit*, p. 70.

Cuarto.- La participación de las personas, distintas a la Administración, que intervienen en el procedimiento a decidir.¹¹⁸

En lo que atañe a la participación de los interesados en el procedimiento administrativo, se encuentra establecido en el ERJAFE:

Artículo. 152.- Actuación de los interesados.

1. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.
2. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de un profesional del derecho cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.
3. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.¹¹⁹

El procedimiento no se limita a articular todos los temas anotados, sino que garantiza también un orden establecido hasta llegar a la culminación del mismo.

El procedimiento administrativo posee varias características y finalidades que junto a su consideración como elemento formal del acto administrativo, constituye una condición de validez, y cuya vulneración puede derivar en la nulidad o anulabilidad del acto.

b) La forma de manifestación.- La forma de manifestación de los actos administrativos es por antonomasia la escrita, lo cual no impide que sea otra la forma

¹¹⁸ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. *Óp. cit*, p. 566.

¹¹⁹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

de manifestación, siempre que su naturaleza lo permita, lo cual responde a ciertas razones específicas, fundamentalmente la de la certeza y la de la valoración de los fundamentos expuestos en la motivación, a más de razones como la notificación y publicación.¹²⁰

En el contexto descrito el ERJAFE establece en lo atinente a la forma de manifestación señala:

Artículo. 123.- Forma.

1. Los actos se producirán por escrito.
2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.
3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

En cuanto a la forma de manifestación, merece especial atención la motivación de los actos. La motivación posee un aspecto formal, sin embargo posee también un aspecto sustancial, en tanto que toda actuación de los poderes públicos en un Estado de Derecho debe basarse en la legalidad y la razón, y no en el mero capricho del funcionario. Puede hablarse de motivación en sentido formal para referirse a la exteriorización o explicación de las razones que han guiado al

¹²⁰ Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*. Citado en Juan BENALCAZAR. *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*. Óp. cit, p. 71.

respectivo órgano administrativo a dictar el acto administrativo en referencia y puede hablarse de motivación en sentido material para aludir a las razones intrínsecas o justificación de dicho acto.¹²¹

2.4.4 ELEMENTOS ACCIDENTALES

Algunos autores consideran que además de los elementos expuestos, el acto administrativo posee algunos elementos accidentales que deben ser tomados en cuenta dentro del estudio del Acto Administrativo.

El acto administrativo en un sinnúmero de casos no sólo se conforma de la reunión de elementos que le son esenciales para su existencia, sino que la voluntad administrativa que realiza la declaración que produce efectos jurídicos, posee también algunos elementos de naturaleza accesoria o accidental, que en conjunto con las notas esenciales del acto le dan una particularidad al acto administrativo típico.

Tres son los elementos accidentales del acto administrativo: mérito u oportunidad, plazo o término, y uno cuya denominación es cláusula de reserva.

a) Merito y oportunidad.- El mérito u oportunidad del acto, es básicamente la apreciación dada por la Administración Pública, respecto de si debe o no actuar en determinado momento.

El Acto Administrativo posee un elemento accesorio que encuentra su fundamento en la buena marcha de la Administración Pública, pues declara su voluntad en el momento y forma específica que la situación requiere, este elemento se encuentra vinculado con la actividad discrecional de la Administración.

¹²¹ Cfr. José TARDIO. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 58-59.

La figura del mérito u oportunidad es de suma importancia. No es suficiente que los actos administrativos se ajusten en su integridad a la Ley, sino que deben ser adecuados a su mérito y oportunidad, así además de que la Administración se encuentre ceñida al Derecho, también será eficaz.¹²²

b) Plazo o Término.- Este elemento accidental tiene vinculación directa con la temporalidad dentro de la cual nace y surte efectos el acto administrativo.

El plazo o término señala, cuando la naturaleza del acto lo permite, el momento en que el mismo comienza a surtir efectos y cuando han de cesar. Esta nota accesoria permite conocer cuando el actuar administrativo se torna definitivo y en consecuencia da lugar al nacimiento de otros términos establecidos para proceder a la impugnación del acto de ser el caso.¹²³

Cabe anotar, que el acto administrativo tendrá validez desde su notificación, así el ERJAFE señala:

Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.¹²⁴

c) Cláusula de Reserva.- La cláusula de reserva se convierte en un elemento accidental del acto administrativo, cuando para precisar algún efecto o condición que importe al mismo, la Administración crea alguna modalidad en su ejercicio, es decir sirve como fórmula útil para determinar dentro del contenido del acto cualquier

¹²² Cfr. Héctor ESCOLA. Compendio de Derecho Administrativo. Citado en Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. Óp. cit, p. 125-126.

¹²³ Cfr. Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. Óp. cit, p. 127.

¹²⁴ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

contingencia no prevista en su formulación y que de presentarse no tendría forma de resolverse, sin la emisión de otro acto administrativo que la complemente.¹²⁵

Este elemento accidental es tan variado como el acto administrativo mismo, el caso más común es la cláusula de condición para detener el efecto del acto hasta la realización de otro hecho futuro e incierto.

2.5 VALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Se debe tomar en consideración que el obrar administrativo significa, en todo régimen estatal, la forma práctica de trasladar a la realidad la voluntad colectiva expresada en todo el ordenamiento jurídico. La Administración Pública en el desempeño de su actividad debe contar con elementos suficientes de eficacia que otorguen la certeza y seguridad de que la actividad administrativa será válida y podrá llevarse a cabo sin que la misma sea interrumpida, y así podrá concretar la voluntad administrativa.

En virtud de esto, doctrinaria y positivamente se ha construido la idea de que el acto administrativo por su importancia en el desempeño de la actividad administrativa, debe poseer la presunción de validez por haberse dictado de acuerdo al ordenamiento jurídico que lo prevé, es decir se presume legítimo. Mientras no se demuestre la invalidez de un acto administrativo, este tendrá pleno valor y surtirá todos sus efectos, tal cual si estuviese ceñido al ordenamiento jurídico, en cumplimiento al principio de legalidad.

A este respecto dispone el Estatuto:

¹²⁵ Cfr. Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. Óp. cit, p. 127-128.

Artículo. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.¹²⁶

El acto administrativo en virtud de este elemento, funciona como una presunción *iuris tantum*, esto es mantiene su vigencia mientras no se pruebe lo contrario. El soporte de dicha presunción de validez, se mantiene hasta que una declaración con fuerza de verdad legal determine la ilegitimidad del acto administrativo dictado.¹²⁷ Hasta que un órgano administrativo o judicial no declare lo contrario, los actos administrativos aun cuando contengan vicios de ilegalidad, son válidos y pueden ser conservados como tales.¹²⁸

Dicho de manera simple la validez de los actos administrativos es la no incursión de estos en infracciones al ordenamiento jurídico de carácter invalidante, por otro lado la invalidez es lo contrario, la incursión de estos en infracciones al ordenamiento jurídico que si le dan un carácter invalidante.

Para Cassagne, según lo reseña Julio Comadira, se debe relacionar la invalidez del acto no con la afectación de los elementos esenciales de éste, sino con la entidad o gravedad del vicio en sí, con independencia del elemento afectado. En este sentido señala Gordillo que las normas, cuya infracción puede dar origen a la comisión de vicios del acto administrativo, son internacionales, supranacionales, constitucionales, legales o reglamentarias, amén de que hay también vicios no contemplados expresamente en norma concreta alguna, pero que devienen de los principios generales del Derecho.¹²⁹

¹²⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹²⁷ Cfr. Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. Óp. cit, p. 127-132.

¹²⁸ Cfr. Jorge ZAVALA. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: Edilex S.A., 2011, p. 527.

¹²⁹ Cfr. Marco MORALES. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Óp. cit, p. 224.

La calificación de los tipos de nulidades no se ciñe únicamente a la omisión de un elemento esencial, sino a la magnitud de la transgresión del ordenamiento jurídico, en virtud de esto, la teoría que mayor arraigo ha tenido en la doctrina del Derecho Administrativo es la que clasifica la invalidez del acto administrativo en tres grados:

El de menor intensidad que se denomina nulidad relativa o anulabilidad (en cuyo caso el acto administrativo se llama regular); de mayor intensidad, llamado de nulidad absoluta o de pleno derecho (el cual se denomina acto administrativo irregular); y, el grado más alto, que son actos viciados al extremo denominados jurídicamente inexistentes.¹³⁰

2.5.1 ACTOS ANULABLES

Un acto administrativo defectuoso, cuya formulación viciada no afecta el orden público, es considerado como un acto anulable o de nulidad relativa, se puede extinguir con el paso del tiempo, es susceptible de ser convalidable con el consentimiento de los afectados.

El Estatuto, dentro de su articulado, señala al respecto de este tipo de actos, lo siguiente:

Artículo. 130.- Anulabilidad.

1. Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

¹³⁰ Cfr. Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Primera Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 244.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.¹³¹

2.5.2 ACTOS ABSOLUTAMENTE NULOS

Un acto jurídico será absolutamente nulo cuando adolezca de vicios ostensibles y particularmente graves, este tipo de actuación administrativa no puede ser convalidable bajo ninguna forma o mecanismo. Un acto nulo de pleno derecho es aquel que atenta contra el orden público y el interés general, contraviniendo frontalmente la esencia de la actividad administrativa.¹³²

En relación con estos actos el ERJAFE dispone:

Artículo. 129.- Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;
- b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
- c. Los que tengan un contenido imposible;

¹³¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹³² Cfr. Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. Óp. cit, p. 127-134.

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

2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.¹³³

Se dice que un acto o negocio es nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia inmediata, ipso iure, del acto, carácter general o erga omnes de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción. [...] El efecto inmediato de la nulidad supone que el acto es ineficaz por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, a quien, a quien puede pedirse una declaración de nulidad en el supuesto de que sea necesario para destruir la apariencia creada o para vencer la eventual resistencia de un tercero.¹³⁴

¹³³ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹³⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 618.

La Corte Nacional de Justicia ha dicho: La ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie. Siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emita un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión, se está ante un acto ilegal; mas tal acto ilegal es nulo únicamente cuando se encuentra en uno de los casos dispuestos en el ordenamiento jurídico, es decir cuando, de acuerdo a la doctrina no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo; el acto ilegal evidentemente existió, solo que no es eficaz, en tanto que el acto nulo se lo reputa inexistente.¹³⁵

2.5.3 ACTOS INEXISTENTES

A las dos categorías básicas antes mencionadas, suele unirse una tercera, que son los actos inexistentes. Son actos que se los ha denominado así dada su notoria, grosera y evidente infracción al ordenamiento jurídico.

La inexistencia de un acto administrativo, representa una noción confusa y polémica, porque si bien se puede explicar teóricamente que un acto determinado, por su manifiesta ilegalidad, es la nada jurídica, en la realidad es prácticamente imposible ignorar las consecuencias materiales que dicho actuar pudo causar. Se dice entonces que hay inexistencia de un acto administrativo cuando dicha figura no contempla ni remotamente las condiciones mínimas para constituir un acto apegado a la juridicidad.¹³⁶

Su polémico reconocimiento, responde a una razón muy concreta. La Ley no suele hacer referencia a ciertos requisitos de los actos, cuando se trata de exigencias verdaderamente elementales y obvias. Si tales requisitos faltaren, el intento sancionar su ausencia tropezaría con el viejo principio, *pas de nullité sans texte*, no hay nulidad, sin norma que expresamente lo establezca. Justamente para superar

¹³⁵ Cfr. Sentencia Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 0313-2006 de 24 de noviembre de 2009.

¹³⁶ Cfr. Alfredo PÉREZ. *Teoría General del Acto Administrativo*. Óp. cit, p. 132-133.

este obstáculo que impediría eliminar estos actos evidentemente inadmisibles, se dice que el acto, más que nulo, es inexistente, ya que ni siquiera puede decirse que tenga apariencia de tal. Dichos actos pueden ser simplemente desconocidos, sin necesidad de acudir a un juez, como puede serlo en ciertos casos, cuando se trata de actos nulos de pleno derecho, ya que en estos últimos existe al menos la apariencia de acto legítimo.¹³⁷

En concordancia con lo expuesto, es necesario mencionar que en la legislación ecuatoriana no se hace referencia alguna a este polémico tercer grado de invalidez que es la inexistencia, y al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia: “se ha sostenido que en nuestra legislación no se distingue la inexistencia y la nulidad y que por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes deben ser incluidos dentro de los absolutamente nulos”.¹³⁸

Finalmente se debe decir, que la declaración de invalidez, es un juicio de valor acerca del grado de ilegalidad que sufre el acto administrativo y si es subsanable o no.

Jorge Zavala Egas manifiesta:

En definitiva concluimos este punto con la afirmación que existe el principio de conservación del acto administrativo, sin lugar a duda alguna y que ello implica reconocer que no poseen validez jurídica solo y exclusivamente los actos cuya conformidad con el Derecho no admite duda alguna, esto es, los que son conforme a la Ley, sino que son igualmente válidos los que, infringiendo el ordenamiento jurídico y a pesar de ello, han constituido una situación jurídica que el Derecho estima de necesaria protección.¹³⁹

¹³⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 619.

¹³⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. 16 de mayo de 2001.

¹³⁹ Jorge ZAVALA. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 529

2.6 CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Existen algunas clases de actos administrativos entre las cuales es pertinente destacar las siguientes:

a) Actos favorables, actos de gravamen y actos mixtos.-

Se consideran como favorables los actos que amplían las posibilidades jurídicas de los administrados y actos de gravamen los que limitan la esfera de derechos o intereses de los mismos. Existen también actos mixtos o de doble efecto, esto quiere decir favorable para unos y desfavorable para otros.

b) Actos resolutorios y actos de trámite.-

Se denominan actos resolutorios a aquellos que ponen fin al procedimiento administrativo, se los llama también resoluciones, y se llaman actos de trámite a los demás actos del procedimiento que se producen en las diferentes fases de este, son instrumentales de los actos resolutorios.

Si bien los actos de trámite no son propiamente actos administrativos, esta distinción es importante, debido a la recurribilidad de los actos, debido a que si bien en principio solo pueden impugnarse los actos resolutorios, los actos de trámite, también son susceptibles de impugnación de modo independiente cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto.

En aplicación de lo expuesto el ERJAFE ha determinado sobre los actos de trámite:

Artículo. 173.- Objeto y clases.

1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 30 y 131 de esta norma.

La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento. [...]¹⁴⁰

c) Actos decisorios externos y actos no decisorios.-

El acto decisorio externo es una declaración administrativa de voluntad dirigida a un sujeto, mediante la cual se define una situación jurídica individualizada de dicho sujeto, normalmente estas son las decisiones objeto de recursos administrativos y jurisdiccionales. Y se denominan actos no decisorios a los actos que contienen otras operaciones administrativas que no necesariamente definen una situación jurídica del administrado.

2.7 EL EFECTO SUBJETIVO E INMEDIATO

Solo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión pueden ser parte de un proceso o un procedimiento. La legitimación es requisito subjetivo de todo acto jurídico y, por tanto, su estudio es interesante no solo en el Derecho Privado, sino también en el Derecho Público.¹⁴¹

¹⁴⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁴¹ Jaime SÁNCHEZ. *El interés directo en los derechos español y francés*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, p. 67.

Es imprescindible destacar que con el dictado del acto administrativo nace la relación jurídico-administrativa y con ella derechos subjetivos y obligaciones correlativas, así como el mismo surge de las potestades de la Administración, las cuales a su vez surgen de la Ley. El generador de la relación jurídica que produce el derecho subjetivo o la obligación que corresponda es el acto administrativo, sin embargo esta relación jurídica es ajena a la potestad administrativa, sin desconocer que es esta la fuente que permite la existencia del acto.¹⁴²

Los actos administrativos, en tanto actos jurídicos, derivan de la potestad administrativa de la cual está investida la Administración Pública por Ley, pero las relaciones jurídicas con los administrados solo se generan por tales actos.

Que la actividad administrativa genere efectos jurídicos significa que la misma cree derechos y obligaciones tanto para la Administración como para el administrado. El acto administrativo constituye una especie de la actuación administrativa, y una de sus características fundamentales radica en la producción de efectos jurídicos directos en la esfera individual.

La relación jurídica del acto administrativo está integrada por los siguientes elementos:

- Un vínculo que relaciona y regula a dos sujetos, o a un sujeto con respecto de una cosa, y que crea derechos y obligaciones.
- Los sujetos que serán la Administración Pública y los ciudadanos, titulares correlativamente de derechos y obligaciones.
- El hecho que genera la relación, que es el acto administrativo.

¹⁴² Jorge ZAVALA. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 540

- La situación jurídica que puede involucrar la titularidad de un derecho subjetivo o el cumplimiento de un deber.
- El objeto que será un gravamen o un beneficio para el administrado o para la Administración.¹⁴³

Cuando los efectos atañan única y exclusivamente al administrado, debe hablarse de actos individuales, inter partes o subjetivos; y cuando concitan atención general, de actos generales, colectivos, objetivos, o mas bien se está ante la presencia de actos normativos. Cabe anotar que existen actos administrativos que como tales están dirigidos a una pluralidad, pero que en su contextura son inter partes, es decir el efecto se produce de cara al destinatario.¹⁴⁴

La legitimación para realizar una petición reside en el afectado, es decir el titular del derecho subjetivo o de un interés legítimo, que sufre una afectación directa, personal y diferenciada que recae sobre él. La inexistencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo determina, que salvo en casos excepcionales, la reacción impugnatoria no pueda ser propuesta, por quien no se encuentra personal y directamente perjudicado, lo que opera como un límite negativo a la legitimación.

Donde está el derecho subjetivo no es en la violación abstracta de la norma, sino en la acción que se otorga para eliminar el acto, que, habiendo violado la norma, causa un perjuicio personal ciudadano, y es evidente que esa acción se otorga en interés del ciudadano, que en tal sentido y solo en el mismo la ejercita.¹⁴⁵

Junto a la figura de interés legítimo, existe también la figura de interés simple, la diferencia entre estos dos, es que el interés simple es común a todos los habitantes, mientras que el interés legítimo debe pertenecer a una categoría definida

¹⁴³ Jorge ZAVALA. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 540

¹⁴⁴ Marco MORALES. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Óp. cit, p. 126.

¹⁴⁵ Jaime SÁNCHEZ. *El interés directo en los derechos español y francés*. Óp. cit, p. 27-28.

y limitada de individuos, es decir la diferencia recae en el hecho de que el interés legítimo requiere que el individuo tenga un interés personal y directo.¹⁴⁶

El concepto de interés directo exige únicamente un interés personal en el éxito de la pretensión deducida en la demanda, ya porque le represente un beneficio material o jurídico, o por el contrario, la persistencia de la situación fáctica creada, o que pudiera crear el acto administrativo impugnado, originaría un perjuicio al recurrente.

El objetivo de la regla de interés personal es evitar que una persona pretenda representar los intereses generales de la Administración, en otras palabras es necesario que el peticionante tenga un interés distinto de aquel que tendría la persona administrativa misma. De allí se advierte que el concepto de interés personal se entiende simplemente como interés no administrativo, como un interés de índole privada, que afecta a individuos particulares.¹⁴⁷

El interés de que se trata el derecho subjetivo es un interés propio de cada portador de derecho, individual a él, es decir exclusivo, excluyente; ello no impide que litiguen más de uno conjuntamente, o que en un litigio colectivo se diriman los derechos subjetivos de múltiples personas: pero cada una obtendrá siempre una reparación individual, exclusiva y excluyente. En el caso del interés legítimo, el interés que se defiende es inseparablemente de tal individuo y de otros: es un interés común con otros individuos, un interés concurrente, en principio inseparable; ese dato también lo comparte en ocasiones con el derecho de incidencia colectiva.¹⁴⁸

Existen diferencias respecto a las atribuciones de quienes pueden acudir a la Administración o la justicia para pedir la extinción de un acto que los afecta. Ello se

¹⁴⁶ Agustín GORDILLO. *El interés legítimo*. http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo4.pdf (acceso 17/12/2013)

¹⁴⁷ Agustín GORDILLO. *El interés legítimo*. http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo4.pdf (acceso 17/12/2013)

¹⁴⁸ Agustín GORDILLO. *El interés legítimo*. http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo3.pdf (acceso 17/12/2013)

deriva de la nociones, de derecho subjetivo y de interés legítimo. El primero es una protección que el ordenamiento jurídico otorga a un individuo determinado, y el segundo como una protección algo más debilitada que la anterior, otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos, en concurrencia. Quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar en tanto de él, ante la Administración o ante la justicia, adicionalmente el individuo puede pedir no solo la extinción del acto que lo afecta en su derecho subjetivo, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones pertinentes por los daños que tal acto le hubiere irrogado. Quien tiene un interés legítimo únicamente puede reclamarlo ante la Administración.¹⁴⁹

Es pertinente manifestar que no todas las actuaciones de la Administración producen efectos jurídicos, o si bien los producen, no lo hacen de manera inmediata o directa, particularidad transcendental también del acto administrativo.

Dice Cassagne, en relación con lo expuesto anteriormente, que por efectos jurídicos directos deben entenderse aquellos que surgen del propio acto, por lo que quedan por fuera del concepto de acto administrativo los carentes de efectos jurídicos, y aquellos que solo repercuten indirectamente en la esfera de los administrados. Concluye, que, los actos de efectos jurídicos indirectos o mediatos, no son actos administrativos por carecer de la inmediatez.¹⁵⁰

Los efectos del acto administrativo surgen de él no se supeditan a la emanación de un acto posterior, el acto administrativo que no produce efectos inmediatos no es propiamente acto administrativo, porque no es impugnabile en cuanto a su validez, cabe recalcar que son efectos de afectación inmediata al administrado, puesto que sin duda existen actos administrativos de la Administración que producen efectos jurídicos al interior de la misma, pero sin afectar en ese

¹⁴⁹ Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Primera Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. X- 41.

¹⁵⁰ Cfr. Juan Cassagne. *Derecho Administrativo*. Citado en Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Tercera Edición. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2009, p. 432.

momento el estatus jurídico de los administrados, entre los cuales se incluyen a los funcionarios públicos en sus derechos subjetivos.¹⁵¹

2.8 EL ACTO NORMATIVO

El doctor Efraín Pérez manifiesta como conclusión después de un estudio de la legislación, jurisprudencia y doctrina en el Ecuador que Acto Administrativo es:

[...] la declaración expresa o presunta de un órgano público competente, en ejercicio de la función administrativa, que crea, modifica, reconoce o extingue una situación jurídica individual. No obstante en alguna ocasión se ha extendido la interpretación de acto administrativo para que abarque también los actos normativos o reglamentarios.¹⁵²

Para Vedel los actos administrativos unilaterales se pueden clasificar desde el punto de vista formal o según el punto de vista material, dentro de este contexto divide los actos reglamentarios y no reglamentarios. Los actos reglamentarios son definidos como actos administrativos generales e impersonales¹⁵³, por lo que coincide con Carre de Malberg quien manifiesta que los reglamentos al menos en forma son actos administrativos.¹⁵⁴

Nada se opone, a considerar, como acto administrativo al reglamento, sin embargo es necesario distinguir entre los actos administrativos y los que no lo son para subrayar sus diferencias, dice Marienhoff quien incluye al reglamento como acto administrativo, por el contrario Manuel María Díez distingue a los actos administrativos de los reglamentos.¹⁵⁵

¹⁵¹ Cfr. Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 433.

¹⁵² Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 425.

¹⁵³ Georges VEDEL. *Derecho Administrativo*. Citado en Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 92.

¹⁵⁴ Cfr. Carre DE MALBERG. *Contribution a la Théorie Générale de Etat*. Citado en Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 92.

¹⁵⁵ Cfr. Manuel DIEZ. *Derecho Administrativo*. Citado en Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 93.

Fiorini en concordancia con la tesis de Marienhoff, considera al reglamento un acto administrativo general, y el equívoco que representaría su exclusión de la mencionada noción.¹⁵⁶

Dicen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, que el acto normativo forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el acto administrativo es algo ordenado, el acto normativo innova el ordenamiento, el acto administrativo se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado. La distinción es visible por si misma, debido a que la individualización de la norma que cumple el acto se traduce en la presentación de la misma con un destinatario concreto, en tanto que el acto normativo, como cualquier norma en común, suele hablar en un lenguaje impersonal y abstracto.

El problema surge cuando un acto administrativo genuino aparece dirigido a un conjunto indeterminado de sujetos o incluso a una colectividad, o cuando un acto normativo regula supuestos específicos, lo que parecería romper la correlación singular-general como expresión de la distinción acto administrativo-acto normativo.

Existen actos normativos dictados con atención a casos singulares o singularizables, pero usando una enunciación abstracta, habría que ver si este enunciado no encubre en realidad una intención discriminatoria, existen también actos administrativos que contemplan una pluralidad de sujetos no determinados, sin embargo el elemento de distinción es que tales actos no se integran al ordenamiento jurídico, este sigue siendo el mismo de antes, son actos aplicativos del ordenamiento y no innovadores del mismo.¹⁵⁷

Para ilustrar la idea cabe realizar un ejercicio, el acto administrativo, ya sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su cumplimiento, se

¹⁵⁶ Bartolomé FIORINI. Teoría Jurídica del Acto Administrativo. Citado en Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 93.

¹⁵⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. *Óp. cit*, p. 187-189.

consume en éste, para un nuevo cumplimiento es necesario un nuevo acto. Por su parte el acto normativo no se consume con su cumplimiento singular, se mantiene y es susceptible de una serie de cumplimientos.

Efraín Pérez manifiesta que la discusión respecto de si existen o no actos administrativos generales solo puede resolverse teniendo en cuenta el derecho positivo de cada país. En todo caso es generalmente aceptado que la diferencia es de grado, el reglamento crea o innova derecho objetivo, mientras que el acto lo aplica.¹⁵⁸

En el Ecuador el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece:

Artículo. 80.- Acto Normativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.¹⁵⁹

Como se desprende de lo citado en el ERJAFE, si hay una distinción entre acto administrativo y acto normativo. Los actos normativos, se puede decir en conclusión, que, son normas generales, abstractas y obligatorias dictadas por la Administración, las cuales crean derecho objetivo, el cual después será aplicado por los actos administrativos.

¹⁵⁸ Cfr. Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, 2009, p. 94.

¹⁵⁹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

III CAPÍTULO

IMPUGNACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN SEDE ADMINISTRATIVA

Es poco acorde a los tiempos actuales que existan actos de poder público que estén exentos de revisión y control, porque ello supone dos cosas: o la perfección en el desempeño de la actividad administrativa o de gobierno, la cual se produce sin ningún tipo de afectación a los administrados; o que se está ante una condición abierta de abuso de poder.

Como se ha dicho, las políticas públicas, en principio no causarían una afectación a un derecho ciudadano de manera inmediata, sin embargo dentro de la misma óptica en la cual se contempla la actividad administrativa o gubernamental como falible, debe entenderse que de la misma manera podrían encontrarse dentro de las innumerables políticas públicas que produce el Estado, elementos que si puedan vulnerar directamente los derechos de los administrados, por lo que es necesario que exista la posibilidad de revisarlos, y corregirlos de ser el caso.

El Estado, en general, encargado de ese poder público otorgado por los ciudadanos, está sujeto al principio de legalidad, el cual más que un limitante es un presupuesto mismo de actuación de todos los funcionarios que actúan a nombre del mismo, por lo que no es de ninguna manera permisible, otorgar una calidad de “superacto” a actuaciones que si bien en principio son políticas y no vulneran derechos, en la práctica su efectivo desarrollo no es tan simple.

Desde antaño, la doctrina tiene dicho que el obrar de la Administración debe ser legal; si su actividad es ilegal, debe rectificarse; en primer término por la propia Administración Pública y, en su defecto, por el órgano jurisdiccional con competencia

para hacerlo, pues el administrado debe tener garantías de justicia respecto de la Administración [...] ¹⁶⁰

Es deber del Derecho Administrativo y en general del Derecho, en su búsqueda de una sociedad armónica y justa, el edificar instituciones y mecanismos que permitan lograr los fines mismos del Estado, para lograr la efectiva satisfacción del interés colectivo.

No se trata de expulsar supuestos incómodos “a las tinieblas exteriores” para no ocuparse más de ellos y poder complacerse en perfeccionar un objeto convencionalmente delimitado, sino de dar cuenta de una realidad. ¹⁶¹

Es así que esta realidad exige el tomar en cuenta a las denominadas políticas públicas, y enmarcarlas dentro del contexto jurídico, para aplicar sobre las mismas el principio de juridicidad, en virtud de que se erigen como actos potencialmente lesivos a los derechos particulares.

3.1 GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Alrededor de la distinción entre Gobierno y Administración Pública se buscó otorgar al primero la capacidad de efectuar actos, los cuales se encuentren exentos de revisión, por ser principalmente de contenido político, bajo el fundamento de permitir al Gobierno regir los caminos del Estado sin obstáculos que entorpezcan su desarrollo.

Desde la perspectiva política, Gobierno es el conjunto de los más altos órganos ejecutivos del Estado ¹⁶², sin embargo desde la perspectiva del Derecho

¹⁶⁰ Rafael BIELSA. *Derecho Administrativo*. Citado en Pedro ABERASTURY *et al.* (comps). *Responsabilidad del Estado*. *Óp. cit.*, p. 344.

¹⁶¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 550.

¹⁶² Walter ANTONIOLLI. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Citado en Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 415.

Administrativo, se entiende como Gobierno solo a ciertas actividades el poder ejecutivo, las cuales hacen referencia a los actos políticos o actos de gobierno, y es así que en Derecho Administrativo el problema de acto político o de gobierno debe entenderse justamente solo con referencia a ciertos actos, de los cuales las políticas públicas constituyen una especie.

José Canasi considera que el concepto de Gobierno difiere del de Administración. Gobierno engloba una serie de significados, concierne a la función más elevada del poder ejecutivo la cual se encarga de la dirección suprema de los asuntos públicos y de la orientación política, así como también del conjunto de órganos encargados de esa función. Anota también que puede considerarse Gobierno representativo, al cual el pueblo ha confiado el ejercicio de su soberanía a través de la votación, en especial para la producción legislativa. Dice también que Gobierno en sentido estructural, es la estructura especializada mediante la cual el Estado hace efectivas sus funciones específicas. Todo lo dicho sin perjuicio de que se pueda considerar Gobierno a todos los significados anotados.¹⁶³

Cada Estado de acuerdo a su ordenamiento jurídico poseerá su forma particular de Gobierno, la cual se verá influida por su extensión geográfica, vida política, así como por las circunstancias del medio, todo esto según las exigencias del momento y el tipo político dominante. Gobierno es el elemento esencial de la soberanía, por medio del cual esta se traduce en acto, es el conjunto de órganos, agentes o representantes por medio de los cuales obra el Estado.¹⁶⁴

“[...] Dabin ha podido escribir que gobernar o administrar es la función general que engloba en conjunto toda situación, cualquiera que sea, que llegue a requerir la intervención del poder”.¹⁶⁵ Equiparando de esta manera lo que es Gobierno con lo que es Administración.

¹⁶³ Cfr. José CANASI. *Derecho Administrativo*. Vol I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1972, p. 30.

¹⁶⁴ Cfr. Adolfo POSADA. *Tratado de Derecho Político*. Citado en José CANASI. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 31.

¹⁶⁵ José CANASI. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 32.

Zanobini considera que Administración es “la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines”, comenta Canasi, que esta es una definición sencilla, pero a la vez clara de lo que es Administración, sin embargo acota que en el Estado moderno la Administración adquiere el carácter de instrumento de regulación social, cuyo ámbito es cada vez más dilatado y su ejercicio es necesariamente permanente, por lo que se administra siempre que se desempeña una actividad para la realización de un fin social.¹⁶⁶

Lo que se puede decir y con gran seguridad es que tanto Gobierno como Administración no son conceptos unívocos, por el contrario son conceptos multívocos, que en mucho dependen de la perspectiva de donde sean observados, por lo cual no resulta una tarea fácil establecer puntos de diferencia entre los dos conceptos.

En un concepto amplio la Administración podría resultar equivalente a Gobierno, porque consiste en la actividad que desarrolla y rige gran parte de las actividades del Estado y los servicios públicos, sin embargo para autores como Otto Mayer, Gobierno sería la alta dirección de la Administración, Gobierno serían las escalas superiores y Administración las escalas inferiores. Con este mismo criterio Esmein ve en el Gobierno el impulso de la sociedad política, por lo que el Gobierno sería el motor y los funcionarios de la Administración las piezas de la máquina.¹⁶⁷

Como ya se dijo en líneas anteriores en este estudio, Administración es la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de inmediato los intereses públicos que asume como propios, al decir que la Administración satisface de inmediato los intereses públicos, se puede a partir de este punto diferenciarla de las otras funciones como la legislativa y jurisdiccional, y porque no podría también servir

¹⁶⁶ Cfr. José CANASI. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 34-36.

¹⁶⁷ Cfr. José CANASI. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 36.

de parámetro para distinguirla de la función gubernativa al interior de la función ejecutiva. Bajo esta perspectiva se podría considerar que la actividad gubernativa no es siempre inmediata, por el contrario presenta grandes directrices que posteriormente serán desarrollados por actos de carácter directo e inmediato.

La distinción entre Administración y Gobierno debe ser buscada desde el punto de vista objetivo, debido a que observada desde un punto de vista subjetivo, Gobierno y Administración se encuentran dentro y forman parte de la función ejecutiva, por lo que los órganos que la componen son los mismos, y tratar de realizar la diferencia en base a las escalas jerárquicas, resulta un trabajo arbitrario, al intentar definir cuales son las altas esferas al interior de la función ejecutiva.

Durante el siglo pasado, doctrinariamente se ha considerado a la Administración:

- Como un complejo orgánico que se comprende dentro del marco del poder Ejecutivo.
- Su misión es la de ejecutar la Ley.
- No existe identidad entre Administración y órgano ejecutivo, ya que aquella es igual a este menos gobierno.¹⁶⁸

Si se entiende que el poder Ejecutivo realiza una doble actividad de carácter jurídico, la administrativa y la gubernamental, es importante tratar de definir o establecer los límites que poseen estas dos actividades al interior de un mismo órgano.

A toda actividad del poder Ejecutivo que no sea Gobierno se la llamará administrativa, es útil señalar que el Diccionario de la Real Academia Española define la Administración como acción del Gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la Ley y para la conservación y

¹⁶⁸ Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 102.

fomento de los intereses públicos y al resolver las reclamaciones a que de lugar lo mandado, en esta definición se aprecia una separación entre Gobierno y Administración, y esto es así porque el concepto de Gobierno involucra una actividad netamente política.¹⁶⁹

Para referirse primero a la actividad administrativa, cabe decir que esta no es una actividad homogénea, la función administrativa no solo dicta actos de contenido administrativo, sino otros que tienen un contenido legislativo como un reglamento, y como consecuencia de la legislación positiva, el poder ejecutivo puede también realizar actos con contenido jurisdiccional. Esto ocurre porque en un comienzo durante la época del Estado de Policía¹⁷⁰ todas las funciones estuvieron en manos del príncipe; justicia y legislación en ese orden fueron funciones que después adoptaron su independencia, es entonces cuando aparece la organización del Estado en tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Cabe decir que una vez realizadas dichas subtracciones, el poder ejecutivo es el único que queda en manos del monarca, de ahí surge la teoría residual¹⁷¹ de la Administración.¹⁷²

En un comienzo con la palabra Gobierno se entendía a la actividad total del Estado, con posterioridad al separarse las funciones judicial y legislativa, continuó llamándose Gobierno a la figura del monarca que quedó en ejercicio de la función administrativa.

¹⁶⁹ Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 105-108.

¹⁷⁰ Serán los historiadores alemanes de mediados del siglo XIX (como reacción a las posiciones políticas de Federico el Grande) los que acuñarán de manera historiográfica el concepto de estado policial, intentando diferenciar este sistema de uno superior que respondía más cabalmente al ideal constitucional burgués de la época concebido como el estado de derecho. En sus formas típicas de realización histórica el estado policial resumiría en sí esencialmente la noción de orden de estado, la policía es vista como el medio para perseguir este orden de estado entendido como un objetivo bueno en sí y por ende necesario para el bienestar social y por ende incuestionable desde el punto de vista político-social. En términos generales el estado policial sería un sistema donde el gobierno mantiene un estricto control social.

¹⁷¹ La teoría residual de Merkl consiste en que si a la actividad total del Estado le restamos lo que es legislación y justicia, queda un residuo que es la Administración.

¹⁷² Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 102-103.

Merkel, en cuanto al concepto de Gobierno, señala que algunos autores consideran al Gobierno como una parte de la Administración, y que debía considerarse Gobierno la actividad libre en el dominio de la Administración, en oposición a las demás actividades que se consideran regladas. Esta actividad libre está condicionada por el interés común pero no se sujeta a reglas especiales de Derecho, mientras que la actividad reglada es aquella que se desarrolla en el cumplimiento de un deber jurídico, al respecto manifiesta Manuel María Diez, que es imposible aceptar este concepto de Gobierno debido a que no se puede llevar a cabo una supuesta separación de la Administración por ser discrecional o libre, o por ser reglada.¹⁷³

No se puede realizar una distinción en base a una actividad discrecional o reglada, al considerar que la actividad discrecional es libre. Toda actividad de la Administración es reglada, debe además tomarse en cuenta que una actividad discrecional no equivale a arbitrariedad y que estos conceptos resultan opuestos, la discrecionalidad y para algunos llamada discrecionalidad reglada es una técnica necesaria para la Administración Pública por la cual esta actúa dentro del margen previsto y establecido en el ordenamiento jurídico, por lo tanto no hay mera arbitrariedad, sino una actividad reglada por el ordenamiento jurídico.¹⁷⁴

En efecto la Administración en el desarrollo de su actividad necesita de la discrecionalidad, pero esto no constituye razón suficiente para separar dos conceptos, más aun cuando esta discrecionalidad es también reglada.

[...] es necesario que el derecho administrativo utilice la discrecionalidad como una herramienta de actuación, discrecionalidad que no es arbitrariedad, y no puede ser entendida por arbitrariedad; es discrecionalidad dentro del derecho y para el derecho. Para ello, basta la cita de Tomás Fernández que sigue a continuación:

¹⁷³ Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 109.

¹⁷⁴ Cfr. Javier ROBALINO. Crisis de los Principios Generales del Derecho Administrativo: en el Ecuador y en América Latina. P 14-15

“De lo hasta aquí dicho se desprende con claridad que la última palabra, constitucionalmente hablando (...) No la tienen ni la Administración ni el juez; la tiene el derecho. La administración puede elegir libremente cuando la ley le concede el margen para ello, una solución concreta entre las áreas legalmente posibles”.¹⁷⁵

Existen autores también que oponen radicalmente el Gobierno a la Administración, consideran al Gobierno incluso como un cuarto poder, a la par de administración, justicia y legislación, Mayer entiende al Gobierno como la alta dirección, la impulsión que parte del centro que genera una buena política para satisfacer el interés general, es de naturaleza mas bien ideal y no desciende al terreno del Derecho.¹⁷⁶ Si se aceptase esta teoría, se debería pensar en el Gobierno como en un cuarto poder por encima de los otros tres, no subordinado al ordenamiento jurídico, sería el poder de un Estado metajurídico, en oposición a las tres funciones estatales que corresponden a un Estado jurídico.¹⁷⁷

Esta teoría que busca oponer al Gobierno y la Administración es poco adecuada a la realidad y no puede encontrar asidero en la práctica, en la doctrina contemporánea no se puede pensar en un poder metajurídico, que sea superior al Estado mismo, todas las actividades del Estado son jurídicas, y deben serlo, no es concebible una actividad del Estado por fuera del ordenamiento jurídico.

Mayer, considera que constituyen actividades de Gobierno y que por lo tanto son metajurídicas, las actividades auxiliares del Derecho Constitucional, las cuales consistirían en actos y gestiones que sirven para instituir y poner en movimiento la Constitución.

Estos actos pueden ser: la disolución de la cámara de diputados, la celebración de tratados, la gestión de relaciones diplomáticas, etc. El Estado al

¹⁷⁵ Cfr. Javier ROBALINO. *Crisis de los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 17.

¹⁷⁶ Cfr. Otto Mayer. *Le droit administratif allemand*. Citado en Manuel María DIEZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 109-110.

¹⁷⁷ Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 109-110.

realizar estas funciones rebasa la esfera jurídica, por ello sostiene que no pueden entrar estas actividades bajo el concepto de Administración, ya que esta implica la acción del Estado bajo Leyes, por lo cual esta actividad sería entonces de Gobierno, sin embargo existen normas que se refieren esa actividad, así por ejemplo las constituciones tienen normas relativas a la firma de tratados, por ello la realización de estos asuntos no es otra cosa que Administración, con excepción de aquellas actividades que en ejecución inmediata de la Constitución pueden considerarse parte del órgano legislativo, incluso las actividades militares tienen alguna regulación en la Constitución y en leyes del ejército. De todo lo manifestado es que, en general, estas funciones sean administrativas, y no metajurídicas.¹⁷⁸

El Gobierno desde el punto de vista objetivo, sería la actividad política, aquella actividad que involucra la dirección suprema y general del Estado en conjunto, por el contrario de la Administración que posee por objeto intereses públicos singulares, es decir intereses particularmente determinados y circunscritos que pertenecen a una esfera subordinada en la que se desenvuelve el poder público. Administración significaría entonces una actividad de grado inferior al Gobierno.

En Francia durante la época de Napoleón se intentó realizar una distinción objetiva entre Gobierno y Administración, así Napoleón gobernaba con su Consejo de Estado los grandes asuntos, mientras que los ministros se encargaban de los negocios corrientes, por lo que se elaboró la distinción considerando que la función administrativa consistiría en realizar los asuntos corrientes del Estado, a la vez que la función gubernativa se encargaría de solucionar los asuntos excepcionales que interesan a la unidad política en sí y a los grandes intereses estatales.¹⁷⁹

Esta diferenciación que se basa en la importancia del asunto que debe resolverse, resulta siendo insuficiente al momento de afrontar en la práctica la

¹⁷⁸ Cfr. Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 109-110.

¹⁷⁹ Cfr. Maurice HAURIOU. *Aux sources de droit*. Citado en Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 111.

innumerable cantidad de situaciones que deben ser resueltas por el Estado para el cumplimiento de sus fines.

Zanobini manifiesta que la actividad administrativa y la actividad política son dos especies de una función, la función ejecutiva, y agrega que prefiere no usar el término función ejecutiva, ya que hace pensar en una actividad de pura ejecución de una norma jurídica, y la administración y con mayor razón la política carecen algunas veces de este carácter.¹⁸⁰

Podríamos llegar, entonces, al concepto de gobierno desde el punto de vista subjetivo y objetivo, diciendo que debe entenderse por tal la actividad de los órganos supremos del Poder Ejecutivo, es decir, órganos independientes, no sujetos a los otros órganos administrativos que tiene por objeto la dirección suprema del Estado, encontrando en él su fundamento y su causa jurídica. Es lógico añadir que estos órganos superiores del poder ejecutivo, al mismo tiempo que ejercen las funciones de gobierno pueden ejercer funciones administrativas. De ahí que el Presidente de la República ejerza, conjuntamente con los ministros, la función política de gobierno y también la administrativa, mientras que los otros funcionarios solamente puedan realizar tarea administrativa. [...] La administración es la acción que se realiza para satisfacer las necesidades del Estado, de acuerdo con las leyes y las directivas del gobierno. El gobierno es entonces función de iniciativa; da impulso y dirección a la administración. El gobierno es la cabeza y la administración el brazo.¹⁸¹

Para Juan Carlos Cassagne la función gubernativa es un plano distinto al de las funciones ejecutiva legislativa y judicial, y se refiere a la actividad de los órganos superiores del Estado en relación a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución. La teoría de la función de gobierno que se ha conservado como resabio del absolutismo, resulta necesaria al sistema republicano que parece no

¹⁸⁰ Guido ZANOBINI. *Amministrazione Publica*. Citado en Manuel María DIEZ. *Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 112.

¹⁸¹ Manuel María. DIEZ. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Omeba, 1963, p. 112-113.

poder subsistir sin ese recurso, por el cual se excluyen determinados actos de la revisión judicial.¹⁸²

La aplicación de esta función en la práctica se da con excluir a determinados actos de la revisión judicial, los que para un sector de tratadistas reciben el nombre de actos políticos o de gobierno. La función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad y paz [...].¹⁸³

Más allá de una distinción práctica, entre Gobierno y Administración, resulta importante entender, porque bajo esta distinción se pretende excluir ciertos actos de control jurídico.

Los argumentos que se esgrimen son usualmente metajurídicos, en cuanto invocan supuestas razones superiores de Estado, y no concretos fundamentos jurídicos que prueben efectivamente que ciertos actos no son susceptibles de control jurídico.¹⁸⁴

Es evidente que resulta una tarea compleja realizar una diferenciación entre Gobierno y Administración, y más complejo resulta aún construir sobre esta, una teoría que excluya ciertos actos de control y revisión por ser “políticos” o “de gobierno”. Por otro lado más allá de estar o no de acuerdo con la existencia de estos actos, es si deber del Derecho Administrativo como rama del Derecho que busca regular la esfera del poder público y su interacción con los particulares, analizar y

¹⁸² Cfr. Juan Cassagne. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 98-99.

¹⁸³ Juan Cassagne. *Derecho Administrativo. Óp. cit*, p. 99.

¹⁸⁴ Cfr. Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Primera Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 415-417.

crear las formas necesarias para no permitir que bajo cualquier nombre que se le quiera dar a un acto, se permita el atropello de los derechos ciudadanos.

En esta línea de pensamiento -en lo que respecta a este estudio- al referirnos a las políticas públicas, como especie del genérico acto político, no pueden vulnerar la esfera de derechos que a los ciudadanos les otorga la Constitución. Si bien es cierto las políticas públicas llevan en gran parte un contenido político, el cual no se materializa hacia los particulares de manera directa, no se debe olvidar que podría darse el caso de que la política pública contenga también elementos que lesionen un derecho subjetivo, y es aquí donde el Derecho Administrativo debe intervenir para vigilar el cumplimiento de la legalidad.

Como se citó a Mayer en líneas anteriores, una política busca satisfacer el interés general y es de naturaleza más bien ideal por lo que no desciende al terreno del Derecho. Así una política que busca resolver una problemática, y no provoca efectos jurídicos, no generaría problema alguno, el problema nace cuando una política si genera efectos jurídicos a los administrados, y dichos efectos, de ser perjudiciales, no pueden ser justiciables bajo el escudo de ser una política efectuada por el "Gobierno".

Y más parece encontrarse la respuesta, en cuanto a la impugnabilidad de un denominado acto político, o para el caso de este estudio una política pública, en la generación de efectos jurídicos directos en la esfera de los administrados.

Si es cierto que estos actos no pueden ser atacados cuando son generales, o cuando siendo particulares el que los impugna no es el afectado por el acto, entonces pudiera existir algún dejo de justificación para edificar sobre esto una teoría especial. Sin embargo, esa exclusión del recurso no surge en modo alguno del carácter político del acto, sino de que todo acto dictado por la Administración, tenga o no carácter político, sea o no de gran importancia, se rige por los mismos principios. Esos principios son los que se refieren a la legitimación procesal, en virtud de la cual

no cualquier persona puede atacar cualquier acto, sino solo aquellas cuyos derechos se ven afectados en una manera subjetiva, de acuerdo al sistema procesal vigente.¹⁸⁵

Y así la legitimación no se adquiere según el tipo de acto impugnado, sino según la relación o interés que posea la persona respecto del acto.

3.2 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La Constitución es el fundamento y condición previa de toda actividad estatal, las políticas públicas no son la excepción y como actividad estatal están contempladas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Es así que en efecto la Constitución de la República del Ecuador a lo largo de sus 444 artículos las menciona con frecuencia. El problema viene dado al momento de entender su alcance y limitación como parte integrante del ordenamiento jurídico.

No es labor que le competa al texto constitucional acercar una concepción objetiva o establecer parámetros de lo que una política pública constituye, sin embargo como Ley fundamental es necesario hacer una revisión del ordenamiento jurídico partiendo de la misma. Es así oportuno y necesario rescatar algunos enunciados, que en relación al tema que es materia del presente estudio, son útiles para elucidar el camino que conduzca a una respuesta satisfactoria sobre el mismo.

Se iniciará el análisis, partiendo de lo que la Constitución establece sobre los actos políticos o de los actos en general, una vez que se determinó que las políticas públicas constituyen una especie del llamado acto político o de gobierno.

Así menciona en su artículo 84:

¹⁸⁵ Cfr. Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 427.

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.¹⁸⁶

Las políticas públicas, en cualquier caso constituyen actos de poder público, y de acuerdo a lo prescrito en el artículo 84, de ninguna manera dichos actos pueden vulnerar derechos reconocidos en la Constitución. Si bien no es enunciado que aporte una verdad de difícil entendimiento, si se desprende del mismo que cualquier acto de poder público -incluso en el supuesto de un acto político emanado por la función gubernativa- debe estar sometido al orden constitucional y a los derechos que este establece, desechando la idea analizada anteriormente de un acto político con carácter de metajurídico.

En la continuación de la lectura de la Carta Magna, el artículo 151 reza de la siguiente manera:

Las ministras y los ministros de Estado serán de libre nombramiento y remoción por la Presidenta o Presidente de la República, y lo representarán en los asuntos propios del ministerio a su cargo. Serán responsables política, civil y penalmente por los actos y contratos que realicen en el ejercicio de sus funciones, con independencia de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado [...]¹⁸⁷

La Constitución atribuye responsabilidad a todos los actos que realicen los ministros en el ejercicio de sus funciones, por lo que se entiende que no existen

¹⁸⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 84. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 151. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

actos que puedan estar exentos de responsabilidad, ni si quiera un acto político o para el presente caso, una política pública.

La Ley Fundamental a continuación, en su artículo 424 expresa:

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.¹⁸⁸

En refuerzo de lo expresado anteriormente, la Constitución establece que ningún acto de poder público podrá estar en disconformidad con las disposiciones constitucionales, y que, de estarlo, el mismo carecerá de eficacia jurídica. La Constitución es la piedra angular sobre la que se edifica el Estado de Derecho, de ninguna manera pueden existir actos que se encuentren en contraposición con la misma, porque aquello constituiría una tropelía que debilitaría el ordenamiento en su conjunto.

Para proseguir el análisis, el artículo 425 prescrito en la Constitución resulta de particular importancia, manifiesta:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y

¹⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.¹⁸⁹

Este artículo parecería no dejar dudas de cuál es el lugar que tienen los actos políticos y por ende las políticas públicas, dentro del ordenamiento. La Constitución en su jerarquización normativa, no efectúa distinción alguna entre los tipos de actos, simplemente, los encierra bajo los términos “actos y decisiones de los poderes públicos”, tratar de situar al acto político fuera de esta jerarquización sería un intento abierto de evadir el peso de la Constitución como eje de toda actividad pública.

¿Cómo tratar de otorgar un carácter “metajurídico” a un acto, en este caso una política pública para que sea irrevisable por los distintos mecanismos de control jurídicos establecidos en el ordenamiento? La respuesta, en suma de lo analizado y establecido parecería estar en que la política pública no es *per se* un elemento que genere efectos jurídicos de manera directa, los efectos los generarán los actos y decisiones que de ella deriven, para los cuales si existen mecanismos de revisión. Pero qué pasa con las políticas que por no estar elaboradas con una técnica adecuada si generan efectos jurídicos inmediatos ¿acaso por su mera enunciación deben ser excluidas de revisión? Y la respuesta necesariamente, en cumplimiento al objeto mismo del Derecho Administrativo, es no.

¹⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Cabe ahora en una segunda parte realizar un análisis de lo que la Constitución establece en cuanto a las políticas públicas, que en lo relevante al presente estudio conviene destacar:

Artículo. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

[...] 8.- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.¹⁹⁰

Se desprende de este artículo, que una política pública es una actividad estatal, cuyo objeto es desarrollar los derechos que la Constitución prescribe.

La Constitución establece en su artículo 85 lo siguiente:

La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1.- Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2.- Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3.- El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

¹⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.¹⁹¹ (el subrayado es añadido)

A raíz de lo expresado en este artículo se podría decir que una política pública, dado el caso si podría vulnerar derechos particulares, sin embargo si se precisa la lectura el numeral 2 hace referencia a los efectos de la ejecución de una política pública, lo cual no necesariamente implica que los efectos sean generados por la política misma. Lo indiscutible es que constituye obligación de un Estado de Derecho que se garanticen las formas para que los individuos que resulten lesionados, o que deban hacer un sacrificio especial, puedan activar los mecanismos necesarios para detener la actividad lesiva, o en su defecto reclamar al Estado las medidas de compensación necesarias para reparar el daño, que se origine en una política pública o en la ejecución de la misma por los actos que la desarrollan.

El artículo 88, aun cuando versa sobre otro tema, es importante por un reconocimiento que asienta respecto a las políticas públicas:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación¹⁹². (el subrayado es añadido)

¹⁹¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 85. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁹² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 88. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Se colige del artículo citado que en efecto las políticas públicas, de acuerdo al reconocimiento que hace la Constitución, si pueden importar la restricción del goce o ejercicio de derechos constitucionales, lo que sitúa en un nivel jurídico directo los efectos que se desprenden de las políticas públicas.

El artículo 141 de la Constitución presenta un aporte relevante que en contraposición a la teoría del acto político, como acto propio de la función gubernativa, por lo menos en lo referente la política pública, manifiesta:

La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública.

La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas.¹⁹³

Manifiesta así el artículo citado que la rectoría, planificación ejecución y evaluación de las políticas públicas están encargados en el ámbito de su competencia a los distintos organismos e instituciones de la función ejecutiva, lo que, para el caso de la política pública, desvirtúa el concepto de que las mismas sean producidas por las altas esferas del poder ejecutivo, habría que analizar los otros tipos de acto de gobierno, pero en lo referente a la política pública es evidente que las mismas no son solamente producidas por las altas esferas del poder ejecutivo.

De la lectura constitucional realizada en los párrafos anteriores, se puede colegir que:

¹⁹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 141. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

- Al ser la política pública un tipo de acto político o de gobierno, debe estar siempre sujeta al ordenamiento jurídico, y de ninguna manera puede estar en contra de los derechos y garantías que reconoce la Constitución, y que se encuentran plasmados a lo largo del ordenamiento jurídico.

- La política pública, entendida como acto político, no es una actividad única de la función gubernativa, como se manifestó en el primer capítulo de este estudio¹⁹⁴, es una actividad en la que se encuentran inmersos varios niveles de la Administración Pública.

- Una política pública puede tener relevancia jurídica en la progresión de derechos constitucionales, a la vez que puede ser causante de la restricción de los mismos.

- Cuando una política pública o sus efectos en la ejecución, vulneren derechos constitucionales, el Estado deberá modificar la política pública o encontrar los métodos alternativos para conciliar los derechos en conflicto.

Para continuar con el estudio del ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto a las políticas públicas, es necesario examinar el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

Artículo 1.- El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Ver Capítulo I. p. 15 y siguientes.

¹⁹⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Así el ERJAFE establece su objeto, y expresa que regirá a los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional, que dependen de la Función Ejecutiva.

El artículo 5 trata de realizar una distinción entre Gobierno y Administración al interior de la función ejecutiva, que como se vio anteriormente resulta una distinción compleja e insuficiente para justificar la no la susceptibilidad de revisión de un acto, manifiesta:

GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL.- Corresponde a los órganos superiores de la Función Ejecutiva la dirección de la política interior y exterior del Estado, así como su administración civil y militar, de acuerdo a las normas constitucionales y legales.

La Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República quien representa al Estado en forma extrajudicial, ejerce la potestad reglamentaria y tiene a su cargo la dirección de toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus ministros o delegados.¹⁹⁶

El artículo 10 a continuación expresa lo siguiente:

SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA Y POLÍTICA.- Todos los órganos y autoridades de la Administración Pública Central que conforman la Función Ejecutiva se hallan sometidos a la jerarquía del Presidente de la República y a la de los respectivos ministros de Estado.

Las entidades y empresas que conforman la Administración Pública Institucional deberán desarrollar sus actividades y políticas de acuerdo a los planes y decisiones del Presidente de la República y de los respectivos ministerios de Estado.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁹⁷ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Como se ve en este artículo, el Estatuto contempla la posibilidad de que los órganos que integran la Administración Pública Institucional desarrollen sus políticas públicas, siempre y cuando se encuentren enmarcados en las directrices de la autoridad máxima del Ejecutivo, lo que también soporta la idea de que una política pública, no es un acto que sólo se encuentre determinado para la función gubernativa.

En los literales g) y h) del artículo 10-2, el Estatuto expresa que la facultad de emitir políticas públicas nacionales o de Estado son del Gobierno Central:

ATRIBUCIONES DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.- Corresponde a la Función Ejecutiva ejercer las siguientes atribuciones:

[...] g) Rectoría.- Es la facultad de emitir políticas públicas nacionales o de Estado que orientan las acciones para el logro de los objetivos y metas del desarrollo, así como para definir sistemas, áreas y proyectos estratégicos de interés nacional, en función de su importancia económica, social, política o ambiental. Corresponde exclusivamente al Gobierno Central; y,

h) Regulación.- Es la facultad de emitir normas para el adecuado y oportuno desarrollo y cumplimiento de la política pública y la prestación de los servicios, con el fin de dirigir, orientar o modificar la conducta de los agentes regulados.¹⁹⁸

Finalmente el literal h) hace referencia a la facultad del Ejecutivo de emitir normas para el desarrollo de las políticas públicas. Este artículo refuerza la idea doctrinal que, sin embargo no se ve plasmada de manera uniforme en el ordenamiento, y es que una política no causa efectos inmediatos para los administrados, sino los causan las normas y regulaciones planteadas en desarrollo y aplicación de las mismas.

¹⁹⁸ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

El artículo 17-1 expresa:

De los Ministerios Sectoriales.- Entidades encargadas de la rectoría de un sector, del diseño, definición e implementación de políticas, de la formulación e implementación de planes, programas y proyectos, y de su ejecución de manera desconcentrada. Tienen competencia para el despacho de todos los asuntos inherentes al sector que dirige, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

Su dirección estará a cargo de un Ministro de Estado que es el Jefe de la Administración Pública en su respectivo sector, sin perjuicio de la función nominadora de los representantes de entidades desconcentradas, adscritas o vinculadas.¹⁹⁹

Como se desprende de este artículo es facultad de los distintos ministerios de Estado la definición e implementación de políticas públicas, pero es justamente aquí donde se acentúa la interrogante acerca de cuál es el alcance de una política pública, y porque una política pública podría ser considerada un concepto jurídico indeterminado, al no constar específicamente como una categoría de la actividad administrativa.

El cuerpo normativo en mención dice:

Artículo. 64.- CATEGORÍAS.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto

¹⁹⁹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.²⁰⁰

La política pública, como se dijo anteriormente, es un teoría creada en la Ciencia Política, por lo cual su categorización en el Derecho no es clara lo que se evidencia en el Estatuto al no incluirla como una categoría dentro de la actividad de la Administración, por lo menos en lo referente a la manifestación de su voluntad. Esto a su vez responde, como se explicó antes, a que las políticas públicas no tienen eficacia directa, hasta que las mismas no son desarrolladas por los actos subsiguientes, empero como se desprende del examen realizado a la Constitución y al Estatuto, esta premisa no se presenta de manera pareja en la normativa.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, respecto a las políticas públicas, por su parte establece:

Artículo. 15.- De las políticas públicas.- La definición de la política pública nacional le corresponde a la función ejecutiva, dentro del ámbito de sus competencias. Los ministerios, secretarías y consejos sectoriales de política, formularán y ejecutarán políticas y planes sectoriales con enfoque territorial, sujetos estrictamente a los objetivos y metas del Plan Nacional de Desarrollo.

Los gobiernos autónomos descentralizados formularán y ejecutarán las políticas locales para la gestión del territorio en el ámbito de sus competencias, las mismas que serán incorporadas en sus planes de desarrollo y de ordenamiento territorial y en los instrumentos normativos que se dicten para el efecto.

Para la definición de las políticas se aplicarán los mecanismos participativos establecidos en la Constitución de la República, las leyes, en los instrumentos

²⁰⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

normativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y en el reglamento de este código.²⁰¹

Se extrae de este artículo que las políticas públicas de carácter nacional, le corresponde al Ejecutivo, sin embargo los gobiernos autónomos descentralizados también podrán formular políticas públicas locales. Esto hace ver que una política pública como acto político no se crea necesariamente en las altas esferas del ejecutivo, o haría pensar que la política pública no se identifica totalmente como acto político o de gobierno, por lo menos de la manera en que se presenta en la doctrina, y mas allá de eso evidencia lo involucrados que están los distintos niveles de la Administración en el desarrollo de las políticas públicas.

Y es que en realidad, la política pública más allá de asimilarla como especie de un acto político o de gobierno no existe como materialidad jurídica, por lo que la Constitución y la Ley al crear esta figura y otorgarle la facultad de su elaboración a los órganos que conforman la Administración Pública Central e Institucional, e incluso a los gobiernos autónomos descentralizados, podría pensarse que convierten a la política pública en un concepto indeterminado en el ordenamiento jurídico.

3.3 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UN CONCEPTO INDETERMINADO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La política pública ha sido un concepto que siempre ha sido abordado desde un enfoque político, mas no desde una perspectiva jurídica en sí. Varios estudios respecto a esta nacen de la teoría política, por lo que surgen algunos problemas al momento de trasladarla o introducirla al mundo jurídico. Como se desprende de este estudio una política pública correspondería a un acto político, sin embargo no se ha realizado un estudio pormenorizado de la política pública como especie y de acuerdo a sus particularidades.

²⁰¹ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Ley. Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

Este vacío doctrinario respecto a la política pública desde un enfoque jurídico, se ve trasladado al derecho positivo, donde se habla mucho de la política pública, pero no se consigue entender bien sus alcances y sus efectos, lo que puede ser tomado como un factor de inseguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico.

El problema descrito lleva a plantearse la siguiente pregunta ¿Es la política pública un concepto indeterminado en el Derecho Administrativo?

El objeto de la vida en sociedad, es la conservación, el desarrollo y el perfeccionamiento del ser humano conforme a normas y valores. El derecho positivo, es como Kelsen indica, una técnica social: un cierto estado social deseado ha de ser provocado o tratará de ser provocado mediante determinados contenidos normativos. La Constitución, como Ley fundamental, es una dialéctica constante entre el ser y el deber ser, contiene las bases jurídicas indispensables desde donde se empiezan a construir los poderes del Estado y sus funciones.²⁰²

Lasalle, se refiere a la Constitución como el resultado de la suma de los factores reales de poder, así lo que debe plasmarse en un régimen constitucional son las aspiraciones de las fuerzas sociales y políticas de un Estado. Las cuestiones constitucionales, no son principalmente cuestiones jurídicas, sino cuestiones de poder, cuestiones políticas y esta era su tesis básica.²⁰³

Para Jellinek a través del estudio de las constituciones y su evolución se puede aprender que las normas jurídicas son incapaces de dominar efectivamente las fuerzas políticas reales que se mueven por sus propias leyes, con independencia de cualquier forma jurídica, y en efecto la historia constitucional así lo respalda en los

²⁰² Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012, p. 13-14.

²⁰³ Cfr. Ferdinand LASALLE. *Qué es una Constitución*. Citado en Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 14-15.

hechos, tanto en la lucha política diaria como en las cuestiones vitales del Estado, la normatividad siempre ha tenido que ceder ante la facticidad.²⁰⁴

Es una premisa innegable que el Derecho y la Constitución, han debido ceder constantemente ante el poder político, pero es tarea del Derecho controlar este problema, y buscar que dentro del ordenamiento jurídico los espacios en los que el Derecho cede ante la política sean mucho más reducidos para hacer efectivo el Estado de Derecho, en el cual es mismo Estado existe por y para el Derecho.

Para Sommermann, uno de los grandes fines del Estado es la garantía e impulso formal, material e institucional de los derechos y libertades, y explica que no hay fractura entre la dimensión objetiva de los fines estatales, y la subjetiva de las libertades. Los clásicos fines estatales “bien común” o “necesidades públicas”, actualmente se concretan en la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales de las personas, principalmente a cargo de la Administración, sin perjuicio de que se mantengan los fines objetivos de aquella. La unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico, más que un punto de partida es una meta a alcanzar.²⁰⁵

Un conjunto de normas no forma un ordenamiento jurídico por el hecho de estar vigentes en el mismo tiempo, en el mismo territorio, para el mismo grupo humano, para Kelsen la relación entre normas es relevante como relación sistémica del ordenamiento jurídico cuando las normas tienen un fundamento común de validez. El vínculo común que es verificable entre las normas jurídicas de un ordenamiento, consiste en que la validez de cada norma se fundamenta en otra norma de jerarquía superior, y en último término todas y cada una de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico deberán estar fundamentadas por la llamada por Kelsen “norma fundamental”.²⁰⁶

²⁰⁴ Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 15-16.

²⁰⁵ Cfr. José. ORTIZ DIAZ. *Estado Constitucional y Derecho Administrativo*. Citado en Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 18.

²⁰⁶ Cfr. Miguel RODILLA. *Dinamismo y coactividad sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho*. Citado en Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 25.

Un ordenamiento jurídico no es un conjunto de normas, cualquiera sino un conjunto estructurado de normas, en el cual todas bajo la Constitución se alinean y buscan cumplir los principios en esta establecidos, los cuales vinculados y coordinados buscan satisfacer el interés general. En la actualidad el ordenamiento jurídico enfrenta una dinámica realidad que engloba cambios tecnológicos, económicos y culturales, los cuales deben ser analizados y determinados en el mismo, para su limitación, regulación y posterior control.

Al hacer una norma jurídica, el productor de la misma describe hipótesis normativas generales y abstractas, que pueden contener descripciones concretas o conceptuales, dependiendo de lo que trate de regularse, sin embargo el legislador no puede ser omnicomprensivo previendo todas las situaciones posibles y probables al elaborar una norma, por lo tanto la solución se construye mediante presupuestos jurídicos bastante extensos para que abarque la aplicación ante distintas necesidades, sin embargo deberán ser tan precisos como lo obligue la seguridad jurídica.²⁰⁷

El productor de la norma es determinante en la articulación del Derecho, sin embargo cabe también tomar en cuenta que los textos jurídicos son interpretados con connotaciones disímiles por sus destinatarios. La diferenciación entre conceptos determinados e indeterminados y su práctica en el Derecho Administrativo ha modificado el panorama jurídico actual, en el cual cada vez más el Derecho es dinámico e incierto, desafiando dos características importantes del mismo: estabilidad y certeza.²⁰⁸

El legislador ha establecido las condiciones bajo las cuales debe realizarse la actuación administrativa, sin que esto implique que la misma constituye una actividad

²⁰⁷ Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 19.

²⁰⁸ Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 23.

automática del funcionario, pues de alguna manera, siempre la aplicación del Derecho implica un ejercicio de interpretación.²⁰⁹

Los conceptos jurídicos indeterminados para armonizar su aplicación necesitan de los siguientes principios:

- Igualdad y universalidad en su aplicación;
- Estabilidad y seguridad jurídica del ordenamiento; y
- Coherencia en la interpretación.²¹⁰

Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes, pueden ser determinados o indeterminados; los conceptos determinados delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca; en cambio con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La Ley no determina con exactitud los límites de estos conceptos, porque se trata de términos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso, es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante su indeterminación, admite ser precisado en el momento de la aplicación; [...].²¹¹

La denominación conceptos jurídicos indeterminados, no es tal vez la más precisa, en virtud de que en la práctica jurídica no existe una diferenciación como tal acerca de un concepto jurídico determinado y otro indeterminado. Como dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la distinción no obedece al deseo de separar uno conceptos con otros, sino al querer excluir interpretaciones meramente discrecionales.²¹²

²⁰⁹ Juan PALACIOS. *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*. Revista Jurídica 2002/15 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (2002), p. 27.

²¹⁰ Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 30.

²¹¹ Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 31.

²¹² Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ. Cuso de Derecho Administrativo. Citado en Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. *Óp. cit*, p. 27.

Los conceptos jurídicos indeterminados son de imposible definición, debido a que su contenido solo puede ser delineado por circunstancias de modo, tiempo y lugar, prevalecientes al momento de su valoración, resultan ser normas abiertas y en caso de controversia dependen de la decisión de una autoridad administrativa para obtener un significado, el cual deberá necesariamente estar apoyado por elementos objetivos brindados por el ordenamiento jurídico.

La indeterminación jurídica resulta evidenciada en distintos ámbitos:

- La indeterminación de reglas y principios, a causa de su textura abierta;
- La incertidumbre sobre los criterios de validez del derecho; y,
- La discrecionalidad.²¹³

Existen conceptos determinados, el Derecho por momentos ha encontrado segmentos de precisión en su búsqueda de la perfección, sin embargo estos necesariamente se ven en un momento dado en interacción con conceptos que no lo son, y para lograr su aplicación conjunta, se requiere el uso inexorable de los principios que rigen el Derecho. Las interrogantes acerca de los conceptos indeterminados avocan a su relación con el resto del ordenamiento jurídico para poder interpretarlos.

En lo que se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados se debe ser permanentemente crítico, y no aceptar respuestas que se dan como absolutas, y ahí radica la clave del desarrollo y evolución del Derecho hacia esferas perfectibles del mismo. Sin dejar de lado los elementos determinados, la autoridad administrativa, debe ser indeterminista, crítica y buscar las explicaciones más adecuadas a fin de entender de tales conceptos, aunque las mismas resulten distintas, esto derivará en la construcción de soluciones más justas frente a las distintas problemáticas en la

²¹³ Herbert HART. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. Citado en Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 32.

esfera del Derecho, así la acción individual es un medio para el desarrollo de la idea general de la razón que se va materializando en operaciones concretas. Al referirse por ejemplo a una decisión administrativa, trátase de la aplicación de una ley, una resolución, contestación, sanción, etc., el ideal es que se proceda bajo el principio de razonabilidad el cual se objetivará en acciones concretas.²¹⁴

No se trata simplemente de acciones individuales aisladas e incomunicadas del ordenamiento, por el contrario se trata de una aplicación razonada que derive del entendimiento del ordenamiento jurídico en conjunto, que tiene a la Constitución como su piedra angular, y la cual establece los principios básicos que deberán ser siempre tomados en cuenta en las distintas operaciones jurídicas que se producen en el desempeño de la actividad del Estado.

El Derecho administrativo, no puede plantearse paradigmas simplificadores de los elementos en estudio, porque eso reduciría su perspectiva [...] No puede impulsarse, en consecuencia, la idea de que los conceptos jurídicos indeterminados puedan resolverse en un mero análisis tópico, que llegase a promover la parálisis de la iniciativa epistemológica, como si se encontrara mayor virtud en recalcar la incapacidad de disipar su misterio. Nada parece prestarse tanto a la relatividad como la variación que puede suscitarse en este terreno y el Derecho administrativo provee abundantes ejemplos de conceptos que parecen desafiar toda concepción objetiva.²¹⁵

Más allá de que las políticas públicas, puedan considerarse un concepto indeterminado en el Derecho, el problema radica en que, aunque la Constitución y la Ley hablan sobre las mismas, es la autoridad administrativa quien al momento de su elaboración y aplicación material determinará en realidad que es la política pública. Es tarea del Derecho buscar que la aplicación de estos elementos indeterminados no vulnere ni lesione derechos de las personas, porque eso sería ir en contra de la Constitución y todo el bloque de juridicidad.

²¹⁴ Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 33-34.

²¹⁵ Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 35.

En el Derecho Público son perfectamente habituales, normales y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, la confusión de conceptos de naturaleza indeterminada en las normas que ha de aplicar la Administración, con la existencia de poderes discrecionales para el uso de esta, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos con los que la Ley define supuestos de hecho, áreas de interés, o actuaciones identificables, aunque lo haga en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse al momento de su aplicación.²¹⁶

[...] la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, en un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.²¹⁷

Kelsen manifiesta que los actos de aplicación en el Derecho son siempre indeterminados de inicio, pues todo acto jurídico se encuentra determinado en parte por el Derecho, y la indeterminación se encuentra en la aplicación. El problema viene dado cuando la interpretación del concepto jurídico, se ve viciado con intereses, ideologías, y otros elementos no propiamente jurídicos, que necesariamente influirán en el acto, por lo que puede darse que el intérprete llegue a una interpretación descaminada o errada, que en la práctica constituya una grave lesión a la seguridad jurídica.²¹⁸

²¹⁶ Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 36.

²¹⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Citado en Juan PALACIOS. *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*. Revista Jurídica 2002/15 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (2002), p. 29

²¹⁸ Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 36.

En las políticas públicas como ya se vio, siempre existe un contenido ideológico, el quehacer consiste en que dicho contenido no vulnere las reglas jurídicas que establece el ordenamiento en su conjunto.

Se presentan entonces en la práctica ciertos casos difíciles, en los cuales no es susceptible encontrar una solución sencilla, así se pueden ejemplificar los siguientes:

- Indeterminación normativa derivada generalmente de la equivocidad de las expresiones o de los propios textos normativos;
- Cuando la respuesta no es dada por las normas del Derecho Administrativo previo al caso;
- Ausencia de regulación para un caso en el que cabría razonablemente esperarla;
- Convicción de la autoridad administrativa en función de que al resolver un determinado caso, tiene que apartarse de un precedente que ha aplicado antes respecto de casos similares, para evitar que se produzca un resultado negativo o un riesgo para la comunidad;
- Consecuencias notoriamente injustas para el gobernado; y,
- Necesidad de solventar problemas relacionados a los atributos de coherencia del ordenamiento jurídico.

Así las políticas públicas, al momento de entrar al mundo jurídico deben atenerse al conjunto normativo establecido el cual nace de la misma Constitución, y en el supuesto de que no lo hicieren, se deben crear formas para revertir cualquier actividad dañosa que de ellas provenga.

Las autoridades administrativas deben valorar las consecuencias que provengan de sus decisiones, la consistencia de estándares, como: principios, derechos fundamentales y reglas que son parte del ordenamiento jurídico, soportan la teoría de que el mismo ordenamiento jurídico, entendido desde su integralidad

prestará una respuesta a un caso complejo que presente la interpretación de un concepto indeterminado.

En el ámbito del Derecho Administrativo, al confrontar la actividad administrativa con los textos legales que a ella rigen, resulta evidente que se trata de casos cotidianos que se desarrollan en el lenguaje jurídico-administrativo y político.

De la previsión legal de los conceptos indeterminados, no se desprende un medio de control sobre su interpretación que conduzca a una apreciación objetiva de cual es el sentido inequívoco de la norma y que exprese un camino único de aplicación, fuera del umbral de la incertidumbre, las dificultades de interpretación se resuelven únicamente al esclarecer sus puntos oscuros, al explorar sus consecuencias y sus premisas.

En el Derecho Administrativo, con frecuencia la utilización de conceptos jurídicos indeterminados; por ejemplo: las causas de utilidad pública, justo precio, interés colectivo, necesidad, urgencia, oportunidad, orden público, etc., los cuales revisten un profundo interés para el Derecho Administrativo por ser concluyentes y definitivos en la esfera del administrado.²¹⁹

Conceptos indeterminados como los ejemplificados en el párrafo anterior, han sido siempre de incumbencia en el Derecho, por otra parte la política pública no es un concepto de imposible definición, y aunque no se ve en el Derecho claramente precisado lo que es una política pública, eso no lo hace propiamente un concepto indeterminado. Lo que si se puede decir con seguridad es que su delimitación no es clara en el ordenamiento jurídico, por lo que deja una cláusula abierta que deberá ser correctamente aplicada en el ejercicio de la actividad administrativa.

²¹⁹ Cfr. Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 42.

Al otorgar la Constitución y la Ley potestades a la Administración para elaborar y promulgar políticas públicas, queda a cargo de esta la tarea de su realización, la cual de no ser bien entendida puede convertirse en un factor de debilitamiento del ordenamiento jurídico, tanto en la esfera misma de la Administración como en su relación con los particulares. En la previsión legal de las políticas no existe un camino unívoco que establezca una opción clara de aplicación, por lo que es una tarea cotidiana el llenar los espacios desconocidos y especialmente medir las consecuencias de su aplicación.

Una gran corriente de administrativistas rechazan la separación entre conceptos determinados e indeterminados, cuya lógica consideran de una estructura meramente discursiva, sin embargo en la actuación de la Administración, es habitual la presencia de conceptos indeterminados trátase de actos; por la extensión de sus efectos, generales y concretos; por la posibilidad de ser combatidos, impugnables e inimpugnables; por el tipo de facultad ejercida, discrecionales y reglados; y, por el contenido y sus efectos, actos definitivos y actos de trámite.

Los conceptos jurídicos indeterminados son una constante no sólo en los actos y las normas administrativas en estricto sentido, sino también en los actos originados en los poderes públicos, que no son formalmente administración pública y que son los dictados fuera del ejercicio de las funciones típicas y definidoras de otros poderes.²²⁰

No es fácil ni definitorio cualquier intento de establecer una delimitación clara entre conceptos determinados e indeterminados, en un ordenamiento jurídico siempre se encontrará ambas categorías, el ejercicio consiste en saber integrarlas y de su complementación lograr un resultado favorable y justo en la aplicación de las mismas.

Es por lo tanto una tarea decisiva de la autoridad administrativa encontrar el camino para interpretar el concepto en un ámbito creado por el entrelazamiento de

²²⁰ Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 48.

elementos objetivos y subjetivos, cuya armonía se encuentra en un sentido de orden y rigor, y la clave por sobre todo parece ser el análisis de constitucionalidad como punto de inicio de todo proceso hermenéutico. Este análisis no es una mera digresión filosófica sin consecuencias prácticas, su intensa cotidianidad evidencia la importancia de sus efectos prácticos.

La respuesta a la pregunta planteada parecería ser que la política pública no es propiamente un concepto indeterminado en el Derecho, sino que simplemente es una teoría que no pertenece a esta ciencia, cuyo estudio pertenece a la Ciencia Política, es un instrumento cuya técnica de elaboración se encuentra en un campo distinto al del Derecho, sin que esto quiera decir que pueda encontrarse al margen del mismo.

En cualquier caso, el ordenamiento jurídico no es claro en precisar sus límites, y dada la textura abierta de la prescripción normativa, no deja de ser cierto que la elaboración y aplicación de una política pública requiere de un correcto accionar por parte del funcionario administrativo, requiere que en su aplicación:

[...] haya un juicio integro en ejercicio de la inteligencia, la reflexión, el conocimiento, y la experiencia, conducentes al discernimiento de la verdad, al criterio justo, imparcial, de buena fe, desinteresado, desapasionado, neutral, y ecuánime, aunque no puede descartarse que por excepción, exista quien llegue a torcer el sentido de la Ley por motivos extrajurídicos, situando a los gobernados y a los justiciables en un terreno de total incertidumbre; por eso, la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, requiere de consistencia, coherencia, pericia jurídica y acatamiento a los límites que impone la lógica y el orden jurídico en su conjunto. [...] De ahí a pensar que la decisión jurídica puede enmarcarse con facilidad en una determinada referencia normativa, que, en definitiva, constituye el resultado automático de la aplicación de un enunciado perfectamente identificable en el conjunto del

sistema jurídico, media un estrecho margen que muchos juristas se han aprestado consciente o inconscientemente a recorrer.²²¹

Así al elaborarse una política pública en cumplimiento a la facultad legalmente otorgada, la autoridad administrativa debe medir sus consecuencias y en una aplicación conjunta y coordinada del ordenamiento jurídico, no permitir que dichas políticas se constituyan en elementos dañosos al conjunto de normas que constituyen el ordenamiento y que son garantía de derechos y libertades ciudadanas.

Es también lógico entender que en el desarrollo de la actividad estatal, se creen políticas que no necesariamente se apeguen al ordenamiento y por el contrario se erijan como elementos apartados del objeto del mismo, por lo que es ocupación del Derecho encontrar los medios para revertir y corregir estas actuaciones en pro del fortalecimiento y aplicación del ordenamiento jurídico. Es obligación de la Administración encontrar los caminos para encausar su actividad en la legalidad, y en la satisfacción de intereses particulares que den como resultado el bien colectivo.

3.4 SUSCEPTIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA EN SEDE ADMINISTRATIVA

La política pública, no es una categoría que se encuentre establecida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como susceptible de impugnación en sede administrativa, por lo menos no como tal.

Sea cual sea el enunciado o encabezado que determinada actuación exprese, lo cierto es que lo que ha de fijar la calidad de la misma es su naturaleza. El Derecho Administrativo como garantía de los ciudadanos ante el poder, debe usar todos los instrumentos que están a su alcance para controlar las actuaciones del Estado, que

²²¹ Teresita RENDON. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 40-41.

resulten lesivas a los derechos constitucionalmente otorgados a los administrados, cualquiera sea el nombre que quiera dárseles.

Se desprende de lo estudiado, y es criterio del presente trabajo, que una política pública constituye una especie del llamado acto político, sin embargo cabe mencionar, que al no ser la política pública una noción propiamente jurídica, se puede encontrar ciertos puntos de inflexión para criticar dicha aseveración.

Es también importante recordar que la política pública, como conceptualización, es de reciente introducción en Ecuador, por lo que sus antecedentes no son bastos. La política pública, es también un instrumento de muy dinámica y evolutiva aplicación, en la actualidad ocupa una gran parte de la actividad de dirección del Estado, por lo que no es fácil su encasillamiento y delimitación.

Más allá de coincidir o no en cual es la sustancia jurídica que se le asignaría a una política pública dentro del Derecho, si es que en efecto la hay, lo que no puede de ninguna manera permitirse, es que las mismas bajo una pretendida actuación política o ideológica vulneren el principio de legalidad, el cual se erige como una garantía misma de los derechos ciudadanos.

Como se mencionó anteriormente la Constitución ecuatoriana si establece el mecanismo para impugnar una política pública, en vía constitucional, cuando la misma implique la restricción de derechos fundamentales. Se vio también que la política pública, equiparable al acto político, no es susceptible de impugnación en sede judicial, por prohibición legal expresa.

Ahora en cuanto a su susceptibilidad de impugnación de una política pública en sede administrativa, asunto que le pone el título al presente trabajo, cabe hacerse algunas consideraciones.

Una política pública, por acto político que sea, no es una actuación que involucra únicamente la intervención de las altas esferas del órgano ejecutivo, o la intervención de la “función gubernativa”. En las distintas etapas de política pública intervienen diversos niveles de la Administración lo que la convierte, necesariamente en una actuación administrativa.

La política pública, es una decisión, principalmente de contenido ideológico, la cual involucra la acción u omisión para trazar una guía que tiene por objeto dar una solución a una problemática social. Una política pública es la materialización de una idea política, la cual no produce efectos directos, los efectos surgen de los actos que desarrollan la misma.

Por esta razón una política pública *per se*, no es susceptible de impugnación dentro de la esfera administrativa, porque no genera efectos jurídicos directos que supongan la afección de un derecho subjetivo o de un interés legítimo de los administrados, requisito esencial para hacer un reparo a la voluntad de la Administración dentro de su esfera.

El hecho de que un acto general no puede ser atacado directamente, sino en los casos en que se lo aplica, y que un acto particular no pueda ser atacado por personas a quienes no afecta derechos subjetivos, no hace referencia a la construcción teórica a un tipo de acto, sino a principios comunes de toda actividad administrativa.

Si en algún caso no hay una persona legitimada procesalmente para lograr la anulación de un acto cualquiera, ello no significa que el acto sea irrevisable por su propia naturaleza, sino que la persona de que se trata no se ve afectada por él según el régimen procesal. Por el contrario, si se presenta una persona que en el caso está efectiva y directamente lesionada por el acto, ella puede no solo impugnarlo como

cualquier otro, sino además obtener su anulación.²²² El acto en sí no tiene ningún carácter de irreversible. Por ello que el lenguaje haga referencia a una política pública no determina su impugnabilidad, lo hace la naturaleza del acto.

En el desempeño de la actividad administrativa evidentemente se suscitarán actuaciones no acordes al bloque de juridicidad, por lo que el problema surge en la práctica cuando un acto que si produce efectos jurídicos de forma directa, pretende ser no impugnable bajo el falso título de política pública.

3.5 LA POLÍTICA PÚBLICA COMO UNA CATEGORÍA DISTINTA DENTRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es irrefutable que la actuación de la Administración en un Estado de Derecho debe estar vinculada a la legalidad, y por ende al respeto de los derechos individuales del administrado.

El Derecho en uso de los principios que lo fundan, y en una aplicación integral del ordenamiento jurídico, partiendo de la Constitución, debe hallar los mecanismos necesarios para lograr la preservación de la legalidad y del respeto a los derechos de los administrados, como fórmula que le permita evitar el abuso de poder y cumplir así el objeto mismo de la Administración.

Es evidente que siempre existirá trasgresiones y actuaciones que no estén acordes al ordenamiento jurídico, lo importante es poder controlarlas y de ser el caso corregirlas. Ante la presencia de oscuridades legales, solo con el estudio y aplicación de los principios del Derecho se podrán llenar las lagunas positivas que existirán siempre en un ordenamiento jurídico.

²²² Cfr. Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 445.

Los principios cumplen en el Derecho la trascendental función de integrar las diversas normas de un ordenamiento, bajo los criterios de coherencia y unidad que informan a todo sistema legal. Por esto, los principios sirven para interpretar la ley que no hubiere sido redactada con suficiente claridad o que presentare vacíos o contradicciones [...] la afectación al derecho de los administrados, exige sistematizar a partir de la Constitución Política, aquellos principios que orienten las actuaciones administrativas y que, por construir mandatos constitucionales tengan aplicación sobre las actuaciones de cualquier órgano administrativo del Estado [...].²²³

Bajo esta premisa, en el ERJAFE, se encuentra dos artículos que señalan de manera expresa principios que la Administración deberá tomar en cuenta en el desarrollo de su actividad.

Artículo 4.- PRINCIPIOS Y SISTEMAS REGULADORES.- Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios.²²⁴

Los mencionados principios, en concordancia con el principio de legalidad prescrito en la Constitución, hacen que todo funcionario público en ejercicio de una potestad administrativa, asegure el cumplimiento de los principios prescritos. Así también el artículo 101 manifiesta:

²²³ Edgar NEIRA. *“Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común”*. *Revista Ruptura No. 11*. Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Pp. 86-87

²²⁴ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Artículo. 101.- Principios generales.

1. La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho. Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. La Administración Pública Central, en sus relaciones, se rige por el principio de cooperación y colaboración; y, en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los administrados.

3. Bajo la dirección de la Presidencia de la República, las entidades y órganos que integran la Administración Pública Central ejercen la función administrativa para alcanzar los objetivos que establecen la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

4. En sus relaciones con los administrados, la Administración Pública Central actúa de conformidad con los principios de transparencia y de participación.²²⁵

En cumplimiento a los principios mencionados, y en uso de los mismos la Administración no puede permitir la validez de un acto contrario al ordenamiento jurídico que derive en la generación de un daño al administrado.

Así cuando falazmente un acto de naturaleza distinta al de una política pública, se presente como un elemento que afecte un derecho ciudadano de manera directa, es deber de la Administración, tomar las acciones necesarias para detener la conducta lesiva, en atención al respeto y acatamiento del ordenamiento jurídico.

²²⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

En un caso que se presente de la manera descrita, es deber del funcionario administrativa competente, realizar el análisis pertinente para determinar la naturaleza real del acto, y de evidenciarse que la naturaleza del acto no responde a la de una política pública, realizar las acciones necesarias para corregir dicho acto, obviamente después de un examen de legalidad acerca del fondo del mismo.

Se analizó en los dos primeros capítulos de este estudio cuál es la naturaleza de una política pública y cuál es la naturaleza de un acto administrativo (entendido en sentido laxo), esto en virtud de lograr entender la esencia de cada uno. Así se pretende brindar las herramientas necesarias para elucidar la naturaleza de actos que no corresponden propiamente a una de las categorías mencionadas, y bajo un membrete o mera denominación pretenden adquirir calidades especiales dentro del ordenamiento.

Una política pública de acuerdo a lo estudiado es una solución principalmente ideológica, que presenta una salida a una problemática social, la cual puede ejecutarse por distintos actos, que los realizarán los múltiples órganos estatales para la aplicación de la misma. El acto administrativo por su parte es una declaración unilateral efectuada en ejercicio de una potestad administrativa que crea efectos jurídicos subjetivos de forma directa.

Y es precisamente cuando una política pública crea efectos inmediatos que esta se desnaturaliza y crea relaciones jurídicas, lo que identificaría más la naturaleza del acto con la de un acto administrativo; o de ser un acto creador de derecho objetivo, respondería más a la naturaleza de un acto normativo.

Definir si la naturaleza del acto responde a la de un acto normativo o a la de un acto administrativo, será tarea del caso específico de acuerdo a lo establecido en el ERJAFE, sin embargo la parte de mayor importancia del análisis recae en que una vez determinada la naturaleza verdadera del acto, el mismo adquiere todos sus efectos y así también los mecanismos para que el mismo sea susceptible de

impugnarse en la esfera de la Administración. Una vez que se determine que una política pública es por su naturaleza otro tipo de actuación administrativa, esta se regirá por las reglas del procedimiento administrativo común a ellas aplicable.

Así el ERJAFE establece que tanto los actos normativos, como los administrativos son susceptibles de investigación:

En cuanto a la impugnación de actos administrativos;

Artículo. 69.- IMPUGNACIÓN.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.²²⁶

Y en cuanto a la impugnación de actos normativos:

Artículo. 83.- IMPUGNACION.- Las personas que se consideren afectadas directamente por las disposiciones de actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos podrán pedir su derogatoria o reforma en sede administrativa, sin perjuicio del derecho que les asiste de impugnarlos judicialmente.

Son puntos en común del acto administrativo y el acto normativo, de acuerdo con lo dispuesto en el ERJAFE, y los cuales otorgan al administrado la capacidad para obrar, a saber:

- El carácter unilateral;
- La generación de efectos jurídicos; y
- Que los efectos jurídicos se producen de manera directa.

²²⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

La característica de que tanto los actos administrativos como normativos generan efectos jurídicos de forma directa, constituye el principal elemento distintivo respecto de la política pública, y como se dijo anteriormente el cual otorga al administrado la capacidad de controvertir una actuación administrativa.

3.6 FUNDAMENTO DE LA IMPUGNABILIDAD

Los distintos autores coinciden en afirmar que el actuar de toda Administración en el Derecho contemporáneo, debe estar determinado por la búsqueda de la materialización del principio de eficiencia en su proceder. Debe ser un actuar en el que el aprovechamiento de los recursos sea optimizado, de modo que con los mismos pueda beneficiar de manera real a los ciudadanos en sentido particular como individuos, y en general como colectividad.

El lograr parámetros de eficiencia en la actuación administrativa no resulta una tarea sencilla, es importante que el Estado se vea en la obligación de modificar o por lo menos cuestionar y evaluar ciertos paradigmas fundamentales en su ordenamiento para la práctica de su actividad.

La evaluación no debe ser realizada desde un enfoque circunscrito a lo puramente legal, sino que debe involucrar a la vez, el análisis de los principios de Derecho Administrativo y los postulados teóricos de la gestión pública, que ayuden a la construcción de nuevos paradigmas, que a su vez contribuyan al fortalecimiento del Derecho Administrativo, capaz de responder a todas las exigencias actuales. Los juristas de manera general tienden a concentrar su análisis de Administración Pública en lo puramente legal, dejando de lado el impacto que tienen las transformaciones de los postulados y principios de la gestión pública sobre los paradigmas del Derecho en general y del Derecho Administrativo en particular.²²⁷

²²⁷ Cfr. Pedro NEVADO-BATALLA. *Legalidad y Buena Administración*. Bogotá: Editorial Ibañez, 2009, p. 23.

Con un estudio integrado, se trata de realizar análisis constructivos que aporten a la consolidación del Derecho Administrativo, más proclive a la garantía de los intereses de la colectividad dentro de un marco de eficiencia, lo cual dejará planteados postulados que, sin duda, aportarán al futuro estudio del Derecho Administrativo desde la perspectiva de la gestión pública, con miras a edificar un Estado en el que la relación entre Administración y administrados esté realmente determinada por la satisfacción de los intereses de los segundos, tanto individualizados como en conjunto.

Así, este trabajo busca ser un aporte que integra la Ciencia Política y el Derecho Administrativo, estudiando un concepto propio de la teoría política, como es la política pública, como instrumento material, y analizando su repercusión en el mundo jurídico, en especial con referencia al posible perjuicio que puede causar a los derechos de los particulares.

La Administración es una organización que se justifica por su objeto de servicio y atención a los administrados, de quienes recibe su legitimación. Una nueva cultura en la gestión pública sobre las relaciones entre el poder público y los particulares exige el alejamiento del autoritarismo y el avance hacia una relación más fluida, flexible y cercana. Esto no implica la equiparación entre Administración y administrado, cuya subordinación no puede desaparecer en atención a la investidura de prerrogativas y potestades especiales que se otorga a la Administración con miras a la satisfacción del interés general.

La aproximación de la Administración al ciudadano implica el hacerla más participativa, facilitar el ejercicio de los derechos y cumplimiento de obligaciones ciudadanas, lo que resultará en un mejor ejercicio administrativo, que derivará a la vez en una mejor garantía y satisfacción de los intereses ciudadanos.

Desde una construcción doctrinal de principios, hasta llegar a una positivización expresa, se pueden apuntar un listado de derechos ciudadanos, y

deberes de la Administración, cuya verificación desembocaría en la afirmación del derecho-deber a una buena Administración. La buena Administración debe cumplir de manera correcta y adecuada con todos y cada uno de los deberes que le obligan a actuar de una manera determinada, facilitando la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, y alcanzando los objetivos de atención al interés general dispuestos por el ordenamiento. Es una Administración que es incompatible con malas prácticas administrativas.²²⁸

Los efectos materializados del derecho/deber a una buena Administración, no se limitan a perspectivas de evaluación de calidad, o a un mero análisis doctrinario. En el tema que ocupa a este estudio se traslada a la indispensable impugnabilidad de un acto que resulta nocivo a los principios que rigen a la Administración y por ende a los derechos e intereses ciudadanos que esta busca satisfacer.

Es criterio de quien realiza este estudio, que una política pública verdadera no afecta derechos particulares, sin embargo una “política pública” como acto que si los genera lleva implícito la capacidad del administrado de poder controvertirlo mediante la interposición de un recurso administrativo.

Si se le reconoce a un acto estatal la presunción de legitimidad, esa potestad debe ir acompañada por los medios para que el administrado pueda discutir eficazmente la validez o mérito del acto que lo perjudica. La defensa de los derechos de la persona constituye una garantía constitucional, establecida en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, la cual puede ser ejercida en sede administrativa o en sede judicial.

No es óbice a la procedencia de un recurso administrativo²²⁹ la estabilidad que el acto pueda tener, pues esa estabilidad opera como una limitación a la facultad de

²²⁸ Cfr. Pedro NEVADO-BATALLA. *Legalidad y Buena Administración*. *Óp. cit.*, p. 23.

²²⁹ Dromi manifiesta que en su concepto general recurso es el medio por el cual se acude a un juez o a otra autoridad con una demanda o petición para que sea resuelta. En sentido restringido, el recurso es un remedio

extinguir el acto, no como una limitación a discutir su validez. Ningún acto tiene la condición de irreversible, sino cuando se dan las condiciones previstas en el ordenamiento, en materia de “cosa juzgada administrativa”, la que justamente se da en beneficio de los administrados y no de la Administración, por lo que mal puede invocársela para negar la procedencia de un recurso.²³⁰

El control administrativo tiene por finalidad la protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados. Por tal motivo es a través de la impugnación que se intenta restablecer la legalidad administrativa cuando ha sido violada u obtener su restablecimiento, conjugándola con la observancia de las situaciones jurídicas particulares. Es decir intenta armonizar la defensa de los derechos subjetivos con el interés público que gestiona la Administración Pública.

Los medios de control. Verdaderas garantías para los derechos de los particulares, tienen por finalidad la revisión del obrar de la Administración con el objeto de encauzarlo dentro del marco jurídico.²³¹

Cabe recalcar que una mal calificada política pública, se convierte en susceptible de impugnación porque afecta derechos subjetivos de una persona, lo que le da a la misma la capacidad de impugnar el acto emitido por la Administración.

En todo recurso intervienen dos sujetos, a saber: la Administración, la cual resuelve el recurso, y el administrado que interpone el mismo. Se exige a la Administración el tratamiento de una materia de su competencia, debiendo examinar la legalidad del acto emitido.

administrativo por el que se atacan solamente actos administrativos y se defienden derechos subjetivos o intereses legítimos.

²³⁰ Agustín GORDILLO. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 263.

²³¹ Roberto DROMI. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p.253.

En relación al administrado se exige el requisito de la capacidad, debe reconocérsele el ser parte interesada. También se requiere de la legitimación, es decir que el particular debe tener una aptitud especial dada porque titulariza un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por el acto contra el cual se recurre. En suma, si el particular está legitimado, la Administración puede examinar la cuestión de fondo.²³²

Vale decir que también podrá intervenir el administrado que tenga un derecho que pueda ser afectado por la decisión que se adopte, o si su interés legítimo y personal puede ser afectado.

Por medio del recurso administrativo se promueve el control de la legalidad de un acto emanado por la autoridad administrativa, a fin de que se lo revoque o modifique con el objeto de restablecer el derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por dicho acto. Toda declaración administrativa que produce efectos jurídicos individuales e inmediatos, sea definitiva o de mero trámite, es impugnabile mediante los distintos tipos de recursos, para la defensa del derecho subjetivo como del interés legítimo.²³³

La impugnación en sede administrativa tiene como objeto, el posibilitar a un particular el pedir a la Administración que revise un acto dictado por la misma, para que lo ratifique, lo reforme, o lo revoque.

Para lograr el cumplimiento del principio de legalidad, y todos los principios que rigen la actuación administrativa, es saludable y necesario que la Administración pueda corregir las actuaciones incorrectas, las que más pueda, dentro de su propia esfera. La impugnación en sede administrativa constituye, por parte de la Administración, un reconocimiento mismo de su falibilidad, y del deseo de que sus

²³² Cfr. Roberto DROMI. *El Procedimiento Administrativo. Óp. cit*, p.257.

²³³ Cfr. Roberto DROMI. *El Procedimiento Administrativo. Óp. cit*, p.257.

actuaciones se encaucen en un derrotero de legalidad el cual armonice con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Un verdadero Estado de Derecho está muy ligado al control de la legalidad, y sin este control el Estado de Derecho no alcanza su objeto. Si la actuación de la Administración resulta lesiva al derecho de los administrados, esta debe ser corregida. Juan José Díez, manifiesta que cuando entra en colisión el orden de la Administración con un derecho fundamental de los ciudadanos, en ningún caso el orden administrativo podrá prevalecer ante el derecho ciudadano.

Probablemente no exista una verdad absoluta respecto a las políticas públicas y a un campo objetivado de lo que son, Vidal Perdomo al referirse al ídolo de la certidumbre dice: “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero alienta enormemente a quienes gustan de renovaciones, y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual”²³⁴

La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas;” “en la lógica de la ciencia es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso: [...] no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados.”²³⁵

El problema es que la falta de metodología y aceptación de la incertidumbre que es la única regla de toda ciencia lleva también a la búsqueda de la falsa certidumbre de justificar siempre y de cualquier manera el poder. Es la racionalidad

²³⁴ Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho Administrativo*. Citado en Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas: Parte general*. 1a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, P. I-11.

²³⁵ Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas: Parte general*. Óp. cit, p. I-11.

irracional del poder ilimitado, sin frenos, sin fracturas, sin fisuras. Y es en esta premisa que se evidencia agudizado el problema de las políticas públicas, debido a que más allá cual sea su naturaleza y características, lo pernicioso es buscar a través del mal uso de esta herramienta, escapar al control jurídico, el cual robustece el correcto ejercicio de una Administración.

El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder -cualquier poder- en defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos, es la aventura de pensar. Si se quiere hacer un *derecho de la administración*, un derecho legitimador del ejercicio del poder, entonces se está renunciando a hacer derecho. Todo es allí el poder, los corredores del poder, la influencia, la corrupción. [...] el derecho administrativo está plagado de peligrosos usos emotivos y políticos del lenguaje. Así ocurre a veces con expresiones y “conceptos jurídicos” (poder de policía, actos de gobierno o no justiciables, potestad reglamentaria, decreto, etc.), como dijo GENARO R. CARRIÓ respecto de la idea de poder constituyente originario: “en realidad todo se origina en el carácter ambiguo de la palabra “poder” y en su uso híbrido”.²³⁶

Y es precisamente en armonía con los principios mismos del Derecho Administrativo, y en un entendimiento integral del ordenamiento jurídico que se considera que una política pública, o más que una política pública, un acto administrativo camuflado de tal, es impugnabile en sede administrativa, bajo las mismas condiciones aplicables a cualquier otro acto. Un falso lenguaje, o un enunciado técnicamente mal usado no es límite para que los administrados puedan cuestionar la validez de dicho acto, por considerarlo ilegal o atentatorio contra sus derechos.

Lo verdaderamente impresionante es el éxito de estas concepciones autoritarias. Cambia la Constitución, cambia el orden internacional, cambia el sometimiento del país a los tratados internacionales de derechos humanos, pero ellos siguen citando las mismas fuentes de antaño o leyendo las normas de hoy con los parámetros de

²³⁶ Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas: Parte general. Óp. cit.*, P. I-14.

esas doctrinas autoritarias del pasado. [...] Invocando la sola “autoridad” de la pura afirmación dogmática se puede llegar a que se tomen en cada ocasión las teorías de los derechos comparados, que en ese momento están al servicio del poder, o lo estuvieron antes, como el “acto institucional” de las dictaduras brasileñas, la “reserva de la administración” de la Constitución de De Gaulle, etc., o que se siga irreflexivamente los autores nacionales que mejor disertan a favor del poder, los ideólogos del poder administrativo ilimitado. Muchos, la mayoría de buena fe.²³⁷

Actualmente, en un auténtico Estado de Derecho, no es concebible que existan actuaciones que no sean sometidas a control jurídico, más aun, cuando si constituye una premisa indiscutible, la falibilidad que existe en el actuar estatal, y tratar de legitimar lo contrario, no sería más que legitimar el autoritarismo y abuso de poder. Y bajo ese paraguas es que la Administración, debe estar dispuesta siempre a corregir dentro de su esfera, como una manifestación de buena fe administrativa, cualquier acto que de ella se originase, y que vulnere derechos de los ciudadanos.

²³⁷ Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas : Parte general. Óp. cit*, p. I-11-I-12.

IV CAPÍTULO

ANÁLISIS CASO PRÁCTICO

Una vez que se han revisado algunos fundamentos teóricos y normativos, es pertinente, realizar el análisis de un caso práctico para extrapolar dichos elementos a la realidad del ejercicio administrativo, el cual favorezca a una cabal comprensión de la amenaza potencial que presentan las políticas públicas como parte integrante del ordenamiento jurídico.

4.1 EXAMEN DE LA RESOLUCIÓN No. 065-04- CONATEL-2010

El presente caso versa sobre la Resolución No. 065-04-CONATEL-2010 de 12 de marzo de 2010, y la impugnación a la misma que presentó la Compañía CONECEL S.A.

4.1.1 HECHOS

1) El Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) mediante Resolución 531-21-CONATEL-2001 de 27 de diciembre de 2001 incluyó al servicio de telefonía pública en la categoría de servicio público.

2) La SENATEL mediante oficio SNT-2010-0194 de 10 de marzo de 2010, presentó a consideración del CONATEL, el informe técnico legal sobre la fijación de cargos de interconexión en el mercado de telefonía pública.

3) El CONATEL mediante Resolución No. 065-04-CONATEL-2010 de 12 de marzo de 2010 resolvió: aprobar el informe técnico legal sobre la fijación de cargos

de interconexión en el mercado de telefonía pública; emitir como política pública el establecimiento de cargos de interconexión diferenciados para el servicio final de telecomunicaciones prestado a través de terminales de uso público, en cumplimiento de lo establecido en el marco constitucional, legal y reglamentario vigente; y, dispone que la SENATEL en el plazo de 45 días, presente al CONATEL el estudio técnico pertinente para establecer el nuevo pliego tarifario para el servicio final de telecomunicaciones.

4) El 18 de marzo de 2010 la SENATEL, de conformidad con el informe técnico legal aprobado por el CONATEL, emite la Disposición de interconexión No. SENATEL-01-2010 entre las redes públicas de telecomunicaciones CONECEL S.A. y OTECEL S.A., en la que establece condiciones legales, técnicas, económicas y comerciales, a saber:

- Cargo de interconexión por terminación de llamada en la red de OTECEL USD \$ 0,0639 por minuto.
- Cargo de interconexión por terminación de llamada en la red de CONECEL USD \$ 0,0499 por minuto.
- Cargo de interconexión para el servicio final de telecomunicaciones prestado a través de terminales de telecomunicaciones de uso público USD 0,0166 por minuto.

5) Mediante escrito de fecha 14 de abril de 2010, la Compañía CONECEL S.A. al amparo de lo previsto en los artículo 83²³⁸ y 172 letra c)²³⁹ del Estatuto del

²³⁸ Artículo. 83.- IMPUGNACION.- Las personas que se consideren afectadas directamente por las disposiciones de actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos podrán pedir su derogatoria o reforma en sede administrativa, sin perjuicio del derecho que les asiste de impugnarlos judicialmente.

²³⁹ Artículo. 172.- Los reclamos administrativos. En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:[...] c) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto. [...]

Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, interpone reclamo administrativo ante el CONATEL, para solicitar la derogatoria total de la Resolución No. 065-04-CONATEL-2010 de 12 de marzo de 2010.

6) El 22 de abril de 2010, el Secretario Nacional de Telecomunicaciones avoca conocimiento del reclamo administrativo, y dispone que la Dirección General Jurídica, en el término de 48 horas presente el informe de admisibilidad.

7) Mediante memorando No. DGJ-2010-673 de 27 de abril de 2010 la Dirección General Jurídica remitió al Secretario General de Telecomunicaciones el informe de admisibilidad del recurso presentado por CONECEL S.A., en el que concluye que el reclamo administrativo interpuesto no versa sobre lo que constituye un acto normativo, sino una política pública (establecimiento de cargos de interconexión diferenciados para el servicio final de telecomunicaciones a través de terminales de uso público) por lo que emite informe desfavorable, puesto que no se encasilla en el presupuesto establecido en la letra c) del artículo 172 del ERAJFE invocada por el accionante, y que con el contenido del aludido informe se corra traslado a CONECEL S.A.

8) Mediante providencia de 5 de mayo de 2010, el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, dispuso agregar al expediente el memorando No. DGJ-2010-673 de 27 de abril de 2010 emitido por la Dirección General Jurídica y correr traslado a CONECEL S.A.

4.1.2 ANÁLISIS

De conformidad con el artículo 34²⁴⁰ del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, la interconexión es la unión de 2 o más redes públicas de

²⁴⁰ Artículo. 34.- La interconexión es la unión de dos o más redes públicas de telecomunicaciones, a través de medios físicos o radioeléctricos, mediante equipos e instalaciones que proveen líneas o enlaces de telecomunicaciones que permiten la transmisión, emisión o recepción de signos, señales, imágenes, sonidos e

telecomunicaciones, a través de medios físicos o radioeléctricos mediante equipos e instalaciones que proveen líneas o enlaces de telecomunicaciones que permiten la transmisión de información de cualquier naturaleza entre usuarios de ambas redes.

Para cumplir con la prestación del servicio público, los operadores de telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones²⁴¹, tienen la obligación de interconectar sus redes, sin embargo la misma no es gratuita, la operadora en cuya red se origina la llamada debe pagar un valor a la operadora en cuya red termina, valor que es conocido como cargo de interconexión.

Los cargos de interconexión resultarán de los acuerdos entre las operadoras, el cual de conformidad con el artículo 41 del Reglamento General a la Ley especial de Telecomunicaciones²⁴², deberá lograrse en un plazo de 60 días, y de no llegarse a tales acuerdos, dado el interés público el Estado, la SENATEL deberá fijar los cargos de interconexión.

En virtud de que OTECEL S.A. y CONECEL S.A. en el plazo fijado por el Reglamento no habían llegado a un acuerdo, el SENATEL, el 10 de marzo de 2010 elaboró un informe técnico legal al respecto, el cual fue aprobado por el CONATEL en la resolución 065-04-CONATEL-2010 de 12 de marzo de 2010.

información de cualquier naturaleza entre usuarios de ambas redes, en forma continua o discreta y bien sea en tiempo real o diferido.

²⁴¹ Artículo. 36.- Es obligación de los prestadores que posean redes públicas interconectarse entre sí. La interconexión deberá realizarse en cualquier punto que sea técnicamente factible. [...]

²⁴² Artículo. 41.- Los prestadores de servicios y operadores de redes de telecomunicaciones estarán obligados a negociar de buena fe, un acuerdo de conexión o interconexión aceptable para ambas partes. Si en un plazo de sesenta (60) días no se ha llegado a un acuerdo de interconexión o conexión, la Secretaría, a solicitud de una o de ambas partes, establecerá, con el debido fundamento, que estará a disposición de las partes, las condiciones técnicas, legales, económicas y comerciales a las cuales se sujetará la conexión o interconexión dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días posteriores, salvo que las partes lleguen a un acuerdo antes de que la Secretaría emita su decisión. La Secretaría en su intervención partirá de los términos ya acordados entre las partes y debe observar un trato equitativo con respecto a los convenios de interconexión o conexión similares que estén vigentes. La decisión motivada de la Secretaría será obligatoria para las partes y su cumplimiento será controlado por la Superintendencia.

En la resolución 065-04-CONATEL-2010, el CONATEL emite como política pública el establecimiento de cargos de interconexión diferenciados para el servicio final de telecomunicaciones, prestado a través de terminales de uso público.

El tercer artículo innumerado del Título I del Capítulo VI de la Ley Especial de telecomunicaciones²⁴³, faculta al CONATEL a dictar políticas públicas, por lo que el CONATEL tiene la competencia legalmente otorgada para dictarlas. El que el CONATEL posea la facultad legal de dictar políticas públicas, es solo un punto de partida, ahora es necesario examinar el acto en sí.

El análisis puede dividirse en dos, la primera parte enfocada en la legalidad del acto, y finalmente se evaluaría la naturaleza misma del acto, lo que resulta particularmente trascendente para el objeto que es materia del presente estudio.

De conformidad con el artículo 314 de la Norma Suprema²⁴⁴, el Estado será responsable por la provisión del servicio público de telecomunicaciones, el cual deberá responder a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

²⁴³ Artículo. ...- Compete al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL):

a) Dictar las políticas del Estado con relación a las Telecomunicaciones; [...]

²⁴⁴ Artículo. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Este precepto constitucional no implica, ni puede implicar que para garantizar la provisión del servicio público de telecomunicaciones, el Estado pueda vulnerar otros derechos constitucionales garantizados a las personas.

Que se emita como política pública el establecimiento de cargos de interconexión diferenciados para el servicio final de telecomunicaciones prestado a través de terminales de uso público, bajo un supuesto cumplimiento de lo establecido en el nuevo marco constitucional, no tiene ninguna relevancia técnica sobre los costos que las operadoras deben asumir para llevar a cabo la interconexión, los costos que implica la realización de la interconexión para el servicio final de telecomunicaciones prestado a través de terminales de uso público, son los mismos que los de cualquier otra llamada.

De esta manera se está obligando a las operadoras a subsidiar los cargos de interconexión por llamadas originadas en terminales de uso público, sin posibilidad de recuperar los cargos por el uso de las instalaciones y equipos involucrados en la interconexión y obtener una retribución por la inversión realizada. (esta fue la posición de CONECEL S.A.)

Lo dicho se evidencia en lo establecido por la misma SENATEL en la Disposición de Interconexión del 18 de marzo, en virtud de que establece el cargo de interconexión en USD \$ 0.049 por minuto para CONECEL y de USD \$ 0,0639 por minuto para OTECEL, valores que disminuyen sustancialmente, hasta fijar en USD \$ 0,0166 el cargo de interconexión por llamadas originadas en una terminal de uso público.

El valor fijado no cubre ni si quiera los costos necesarios para realizar la interconexión, los cuales de conformidad con el artículo 46 del Reglamento General a

la Ley Especial de Telecomunicaciones²⁴⁵ y el artículo 6 del Reglamento de Interconexión²⁴⁶ deben estar orientados a cubrir los costos, más una retribución razonable del capital.

Como ya se dijo, el que el CONATEL tenga la competencia para emitir políticas públicas, no puede significar que la pueda ejercer arbitrariamente violando derechos constitucionales de los particulares.

La obligación de establecer cargos diferenciados, viola el literal d) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución²⁴⁷ el cual establece que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley. En virtud de la resolución en mención se está obligando a las operadoras a asumir el valor correspondiente a los cargos de interconexión por las llamadas originadas en terminales de uso público.

La imposición para las operadoras de asumir los valores mencionados, viola también el derecho a la propiedad garantizado en el numeral 26 del artículo 66 de la Carta Magna²⁴⁸, debido a que las operadoras deben cubrir con su patrimonio el costo que involucra la realización de la interconexión, el cual no se ve cubierto con una tarifa que no alcanza a completar los costos atinentes a los requerimientos técnicos y menos aún a obtener una retribución por dicha inversión.

²⁴⁵ Artículo. 46.- Los cargos por interconexión y manejo del tráfico que perciba la operadora de una red, deberán estar determinados en base a los requerimientos técnicos de los enlaces de interconexión que se establezcan entre las redes a interconectar, tales como: cantidad, capacidad y velocidad, así como los cargos por el uso de las instalaciones y equipos involucrados en la interconexión. Las partes negociarán los cargos de interconexión sobre la base de los costos de operación, mantenimiento y reposición de las inversiones involucradas y una retribución al capital. [...]

²⁴⁶ [...] d) Cargos por interconexión: Los cargos de interconexión deberán estar orientados al costo complementados con un margen razonable de utilidad mas una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión [...]

²⁴⁷ [...] Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la Ley. [...]

²⁴⁸ El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

De lo expuesto se colige que la llamada política pública emitida por el CONATEL en la Resolución 065-04-CONATEL-2010 de 12 de marzo de 2010, es ilegal, y afecta los derechos particulares de las operadoras, los cuales se encuentran garantizados a nivel constitucional.

Dejando de lado la primera parte del análisis, cuya discusión no es relevante para el objeto de este estudio, sino el cual, es simplemente evidenciar que el acto emitido por el CONATEL afectaba los derechos constitucionales de las operadoras, en la segunda parte del análisis, la cual es particularmente importante, y la cual es materia de la presente tesis, cabe examinar la naturaleza misma del acto, para elucidar si en efecto se está hablando de una política pública, o por el contrario la sustancia no se identifica con la misma, de acuerdo a los elementos de referencia planteados a lo largo del presente trabajo.

Como se dejó expuesto, una política pública es una solución de contenido principalmente político que plantea una solución a una problemática social. La política pública emitida por el CONATEL, la cual determina, el establecimiento de cargos de interconexión diferenciados para el servicio final de telecomunicaciones prestado a través de terminales de uso público, en atención al nuevo marco constitucional donde las telecomunicaciones son instituidas como servicio público, busca universalizar la prestación del servicio y facilitar el acceso para todas las personas, lo cual si pretendería prestar una salida a una problemática social.

El problema se genera por la afectación directa que la política genera sobre las operadoras de telefonía móvil, la cual como se vio, compone una afectación a sus derechos constitucionales.

En el primer capítulo de este estudio, se analizaron las características de una política pública, así citando a Dromi cabe señalar nuevamente:

- 1.- Ejecutan directamente la norma constitucional;
- 2.- Son dictados en ejercicio de una actividad discrecional, indelegable de los órganos ejecutivo y/o legislativo sin límites jurídicos y por motivo de oportunidad y mérito;
- 3.- Se vinculan a la propia “organización y subsistencia del Estado”, y se justifican por una finalidad política vital para la seguridad, defensa y orden del Estado (en la actualidad con la diversificación de actividades reguladas por el Estado estos campos se han visto notablemente ampliados). No se trata de asuntos atinentes a la marcha de la buena Administración;
- 4.- No inciden directa ni inmediatamente en la esfera del administrado, “cuyo status no se altera ante la emisión del acto”;
- 5.- Son unilaterales en su estructura y de alcance o efecto general; y,
- 6.- Son irreversibles, no judiciales, no justiciables o no invalidables judicialmente. Están exentos de control jurisdiccional.²⁴⁹ (el subrayado es añadido)

Bajo las características enunciadas, es adecuado hacer un estudio, sobre la política pública en mención.

1.- De acuerdo a la primera característica, de ejecución directa de la norma constitucional, se puede decir que si la cumple, debido a que la política pública emitida por el CONATEL tiene como motivación y fundamento directo de su contenido, lo establecido por la nueva Constitución adoptada en el 2008, particularmente en el artículo 314 de la misma.

2.- Respecto a la segunda característica, es necesario mencionar primero, que, es un criterio de gran aceptación en la doctrina contemporánea del Derecho Público, y de quien realiza este trabajo, que no existe acto de poder público que no este sujeto a límite jurídico. Dromi establece dicha característica, sin embargo no es aplicable, por los motivos ya expuestos en el desarrollo de este estudio.

²⁴⁹ Roberto DROMI. *Introducción al Derecho Administrativo*. Madrid: Grouz. 1986. p. 60.

3.- Sobre la tercera característica. En efecto la política pública en mención, se vincula a la propia organización del Estado, sin embargo no se puede decir que la misma sea de vital importancia política para el orden del mismo, por el contrario más parecería encuadrar como un asunto atinente a la marcha de la buena Administración.

4.- Se expuso en el avance de este trabajo, que una política pública no incide inmediata, ni directamente en la esfera del administrado. La política en cuestión si incide directa e inmediatamente en la esfera de los administrados, debido a que la misma causa un perjuicio a las operadoras en los derechos constitucionales a ellas reconocidos, sin necesidad de otro acto que desarrolle la misma.

5.- Si cumple la característica de ser unilateral en su estructura, y de ser de efecto general, en este caso aplica para todas las operadoras telefónicas, cuyas redes se encuentran obligadas a interconectarse.

6.- La sexta característica, más que ser una característica propiamente dicha, es un efecto que se le otorgaría a este tipo de actos, que para ciertos autores no serían susceptibles de revisión, sin embargo para otros autores como Gordillo, con quien se alinea quien desarrolla este estudio, no es que los actos no sean susceptibles de impugnación como un resultado de su naturaleza, sino simplemente porque no conceden legitimación para interponer un recurso a ninguna persona.

Del análisis realizado al acto en referencia, contrastándolo con las características que tiene una política pública, se desprende que no es precisamente una política pública, y no lo es principalmente porque causa un efecto inmediato y directo a los derechos de los particulares. Como ya quedó dicho esta es la característica que primordialmente distingue a la política pública de otro acto estatal, y la cual hace o no susceptible a la misma de ser impugnable, para el caso en sede administrativa, pues solamente al afectar directamente a un particular otorgaría al mismo la legitimación para impugnar el acto.

Ahora bien, si se ha determinado que el contenido de la política pública inserta en la resolución 065-04-CONATEL-2010, no se encuadra como una política pública, debe analizarse a qué tipo de acto corresponde la disposición contenida en la aludida resolución.

Dice Cassagne, en relación con lo expuesto anteriormente, que por efectos jurídicos directos deben entenderse aquellos que surgen del propio acto, los actos de efectos jurídicos indirectos o mediatos, no son actos administrativos por carecer de la inmediatez.²⁵⁰ La generación de efectos jurídicos inmediatos y directos es una particularidad del acto administrativo, por lo cual cabe decir que la naturaleza de la llamada política pública corresponde a la de un acto administrativo (entendido este en sentido laxo).

Un acto administrativo en sentido amplio, abarca al acto normativo, por lo cual debe precisarse, dentro de este, la naturaleza específica.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ha definido al acto administrativo dentro de los siguientes términos:

Artículo. 65.- Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.²⁵¹

En la resolución señalada, sin bien es una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, no produce efectos jurídicos individuales de forma directa, por el contrario la resolución genera efectos generales, aunque los hace también de manera directa.

²⁵⁰ Cfr. Juan CASSAGNE. *Derecho Administrativo*. Citado en Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Tercera Edición. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2009, p. 432.

²⁵¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Por otro lado el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece:

Artículo. 80.- Acto Normativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.²⁵²

Como se señaló, la apuntada resolución, es una declaración unilateral efectuada en ejercicio de una función administrativa, y produce efectos jurídicos generales de forma directa, por lo que cabe decirse que la naturaleza del acto contenido en la resolución en cuestión corresponde a la de un acto normativo.

Como se manifestó anteriormente, cuando los efectos atañan única y exclusivamente al administrado, debe hablarse de actos individuales, inter partes o subjetivos; y cuando concitan atención general, de actos generales, colectivos, objetivos, o mas bien estamos ante la presencia de actos normativos.

Dicen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en cuanto a la distinción de un acto normativo y un acto administrativo, que el acto normativo forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que el acto administrativo es algo ordenado, el acto normativo innova el ordenamiento, el acto administrativo se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado. La distinción es visible por si misma, debido a que la individualización de la norma que cumple el acto se traduce en la presentación de la misma con un destinatario concreto, en tanto que el acto normativo, como cualquier norma en común, suele hablar en un lenguaje impersonal y abstracto.

²⁵² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

El acto administrativo, ya sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su cumplimiento, se consume en éste, para un nuevo cumplimiento es necesario un nuevo acto. Por su parte el acto normativo no se consume con su cumplimiento singular, se mantiene y es susceptible de una serie de cumplimientos. Por lo que el acto analizado no constituye una política pública, sino un acto normativo.

En la línea de pensamiento que propone este estudio, el Derecho debe utilizar todos los instrumentos que estén a su alcance para asegurar el cumplimiento de la legalidad de la actuación administrativa. En razón de esto una actuación como la que ha sido objeto de análisis no puede irrogar daños a los particulares, y bajo la pretendida denominación de política pública estar exenta de control jurídico, agravando la situación de vejamen en la que coloca al administrado.

Se colige de lo expuesto que la providencia de 5 de mayo de 2010, en la que el Secretario Nacional de Telecomunicaciones, negó el recurso, debido a que el reclamo interpuesto no versaba sobre un acto normativo, sino sobre una política pública, representa un atropello a los derechos de los administrados. Pretender que el término “política pública” constituya fundamento suficiente para descartar un recurso, y como consecuencia afectar la legalidad en la que la Administración debe encausarse, es una tropelía no admisible en la doctrina moderna del Derecho Administrativo.

El acto en mención debió ser revisable en sede administrativa, bajo la modalidad en la que en efecto lo planteó OTECEL S.A., es decir bajo lo preceptuado en el artículo 83²⁵³ del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función

²⁵³ Artículo. 83.- IMPUGNACION.- Las personas que se consideren afectadas directamente por las disposiciones de actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos podrán pedir su derogatoria o reforma en sede administrativa, sin perjuicio del derecho que les asiste de impugnarlos judicialmente.

Ejecutiva, el cual faculta a las personas a interponer un recurso en contra de un acto normativo.

No es aceptable, que la actuación administrativa, la cual está especialmente destinada a servir a los administrados, de manera particular y de manera general, esconda en la evasiva, de llamar política pública a un acto, la negativa a evaluar la legalidad de su actuación, y en consecuencia perjudique a los ciudadanos, quienes son el único objeto de su existencia, y por quienes, en procura de su bienestar, debe dirigir todas sus actuaciones.

CONCLUSIONES

1) El Estado y la Administración Pública, en virtud de la figura denominada como contrato o pacto social, deben proteger los derechos e intereses ciudadanos, los cuales son anteriores a la existencia misma del Estado, por lo que el mismo debe ser el servidor de la sociedad y no al revés.

2) El principio de legalidad y actuación administrativa son conceptos inseparables. El sometimiento de la Administración al principio de legalidad opera de manera tal que debe actuar dentro del marco normativo previamente establecido por el mismo Estado al cual la Administración pertenece. El ejercicio del poder público no puede separarse del orden jurídico en el que el propio Estado se encuentra inmerso. La observancia del Estado de Derecho supone un Estado cuyas potestades sean limitadas. La Ley más que un límite de la actuación administrativa constituye un presupuesto para que la misma tenga lugar. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de Legalidad encuentra como eje el artículo 226 de la Constitución de la República.

3) La política es la actividad de dirección, ordenación e integración de las situaciones sociales. Régimen político es el ámbito donde se edifica la estructura del orden, concierne al conglomerado de componentes ideológicos, institucionales y sociológicos que concurrentemente conforman el Estado. Un Estado que funciona de manera correcta, y cumple con lo que dispone el principio de legalidad, es un Estado que se legitima ante la comunidad, lo cual funciona de manera recíproca.

4) La materialización de las decisiones políticas, que permite el paso del mundo de las ideas a la acción pública para atender demandas sociales y lograr los objetivos del Estado y del régimen político de turno, son las políticas públicas, las cuales ocupan gran parte de la actividad que desarrolla el Estado.

5) La política indefectiblemente influye en la realización de las políticas públicas, es gran parte de su contenido, pero estas también tienen autonomía relativa, en vista de que las dinámicas sociales escapan al control de los encargados de la toma de

decisiones. Actualmente la Administración se ve muy involucrada con la elaboración de políticas públicas, muchas competencias se encuentran otorgadas a organismos no elegidos, lo que representa un distanciamiento entre la esfera de representación de la decisión electoral, y la esfera efectiva de la decisión, así se ve evidenciado en el artículo 141 de la Carta Magna.

6) Una política pública no es un fenómeno objetivo de perfiles claros y definidos, su existencia debe ser puesta de relieve como fruto de la investigación en el plano empírico, mediante la identificación de sus elementos constitutivos, sean estos intenciones, programas o decisiones. De la definición que se utilice como marco conceptual, dependerá que tal acto o decisión, sea aceptado por el investigador como constitutivo de una política pública.

Una política pública es la materialización de la idea política, que involucra la decisión del Gobierno de una acción u omisión, en la cual intervienen distintas esferas del órgano ejecutivo, para trazar una línea guía que permita dar solución a una problemática social.

7) La naturaleza de la política pública es eminentemente política, sin embargo desde la perspectiva jurídica, para el estudio de la formulación y determinación de las políticas públicas se debe hacer referencia a la función gubernativa o política, para distinguirla de la función administrativa al interior de la función ejecutiva. La función gubernativa se expresa a través de una de las modalidades de actos de poder, los actos políticos, los cuales serán emitidos en los casos previstos en la Constitución.

Al ser la política pública un concepto de la Ciencia Política, no es clara su categorización en el Derecho. Tanto la doctrina como la legislación establecen la existencia de actos políticos como distintos a los actos administrativos, aunque la diferencia entre esas dos clases de actos sea cada vez más tenue. Las políticas públicas estatales se manifiestan jurídicamente a través de actos políticos.

8) Es difícil pensar en políticas públicas fuera del campo orgánico que no causen efectos sobre derechos constitucionales, es difícil pensar en una función política que no se materialice en actos o funciones administrativas, o pensar en campos donde no haya regulación, más allá de la competencia y el procedimiento. La función política ha de ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y el ordenamiento jurídico.

De acuerdo a la doctrina administrativa contemporánea, no existen actos que por su naturaleza no sean susceptibles de revisión, más allá de que algunos actos no puedan impugnarse por no existir un actor legitimado. Algunos actos por no afectar una situación subjetiva directa no son impugnables, sin embargo eso no constituye fundamento jurídico suficiente para edificar alrededor de aquello una categoría distinta de actuaciones, que defienda su no revisión.

9) La importancia en cuanto al tema de los actos políticos, de los cuales las políticas públicas constituyen una especie, radica en la determinación de la justiciabilidad o no de tales actos, la pretensión de los mismos radica en su exoneración de control jurídico. Si se le quitara dicha particularidad ninguna diferencia existiría con los actos administrativos -en sentido laxo- y no habría razón para distinguirlos.

10) Es una característica esencial de las políticas públicas y la cual fundamentalmente los diferencia de los actos administrativos, el no incidir directamente en la esfera del administrado, cuyo estatus no se altera ante la emisión del acto. Una política se distingue de un acto administrativo por no afectar situaciones subjetivas de manera directa e inmediata, si así lo hiciera, no sería una política pública.

11) Con el dictado del acto administrativo nace la relación jurídico administrativa y con ella derechos subjetivos y obligaciones correlativas. El generador de la relación jurídica que produce el derecho subjetivo o la obligación que corresponda es el acto administrativo. Por otro lado con la política pública, no nacen relaciones jurídicas, la política pública es el acto que da inicio a una serie de actuaciones, las cuales si podrían afectar derechos particulares de manera directa.

Por este motivo si una política lesiona un derecho subjetivo o un interés legítimo se desnaturaliza y se hace susceptible de impugnación. No se estaría hablando ya de una política pública, sino de otro acto, como puede ser un acto administrativo o un acto normativo.

12) Solo las personas que se encuentren en determinada relación con la pretensión pueden ser parte de un proceso o un procedimiento. La legitimación es el requisito subjetivo de todo acto jurídico. Por este motivo las políticas públicas no son impugnables, por no afectar directamente la esfera del administrado a diferencia del acto administrativo. El acto administrativo constituye una especie de la actuación administrativa y una de sus características fundamentales radica en la producción directa de efectos jurídicos en la esfera individual del administrado, y así lo expresa el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

13) La legitimación para realizar una petición o proponer un recurso reside en el afectado, es decir en el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, que sufre una afectación directa, personal y diferenciada que recae sobre él. La inexistencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo determina, que salvo en casos excepcionales, la reacción impugnatoria no pueda ser propuesta por quien no se encuentra personal y directamente perjudicado, lo que opera como un límite negativo a la legitimación.

14) Las políticas públicas en principio no causarían una afectación a un derecho ciudadano de manera directa, sin embargo al reconocer la actividad estatal como falible, el problema principalmente se manifestaría cuando una llamada política pública genera efectos jurídicos directos a los administrados, y el acto pretende no ser revisable bajo el escudo de ser una política pública.

15) El fundamento jurídico para no impugnar una política pública, no reside en modo alguno en la naturaleza misma del acto, la respuesta en cuanto a la impugnabilidad de una política pública se encuentra alrededor de la generación de efectos jurídicos de modo directo en la esfera de los administrados, y el derecho subjetivo o interés legítimo que estos afectan.

16) Si es cierto que los actos no pueden ser atacados cuando son generales, o cuando siendo particulares el que los impugna no es el afectado por el acto, entonces se podría justificar alrededor de esto no susceptibilidad de revisión de esos actos. Sin embargo esa exclusión del recurso no surge en modo alguno del carácter político del acto, sino de que todo acto dictado por la Administración, tenga o no carácter político, sea o no de gran importancia, se rige por los principios que rigen la legitimación procesal, en virtud de la cual no cualquier persona puede atacar cualquier acto, sino solo aquellas cuyos derechos se ven afectados en una manera subjetiva, de acuerdo al sistema procesal vigente.

Así la legitimación para impugnar un acto no depende de la naturaleza del mismo, sino de la relación o interés que posea la persona respecto del acto.

17) La política pública jurídicamente ha sido asimilada a un acto político, sin embargo no se ha realizado un estudio pormenorizado de la política pública como especie de acuerdo a las particularidades que posee. Cabe mencionar que al no ser la política pública una noción propiamente jurídica, se pueden encontrar puntos de inflexión para criticar la aseveración de que la política pública es un acto político.

Más allá de coincidir o no en cual es la sustancia jurídica que se le asigna a una política pública dentro del Derecho, si es que en efecto la hay, lo que no puede de ninguna manera aceptarse es que un acto, bajo una pretendida actuación política o ideológica, vulnere el principio de legalidad, el cual se erige como una garantía misma de los derechos ciudadanos.

18) La política pública no es una categoría que se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como susceptible de impugnación en sede administrativa, por lo menos no como tal.

Sea cual sea el enunciado que determinado acto exprese, lo cierto es que lo que ha de fijar la calidad del mismo es su naturaleza. El Derecho Administrativo como

garantía de los ciudadanos ante el poder, debe usar todos los instrumentos que se encuentren a su alcance para controlar las actuaciones estatales que resulten lesivas a los derechos constitucionales otorgados a los administrados.

19) Una política pública *per se* no es susceptible de impugnación porque no genera efectos jurídicos de manera directa que afecten la esfera del administrado, cualquier acto que genere efectos jurídicos de manera directa y que lesione un derecho subjetivo o un interés legítimo, deja de ser una política pública, y es impugnable de acuerdo a la naturaleza del mismo.

20) Si en algún caso no hay una persona legitimada procesalmente para lograr la anulación de un acto cualquiera, ello no significa que el acto sea irrevisable por su propia naturaleza, sino que la persona de que se trata no se ve afectada por él, de acuerdo al régimen procesal. Por el contrario si se presenta una persona que en el caso está efectiva y directamente lesionada por el acto, ella puede impugnarlo como cualquier otro, el acto en si no tiene ningún carácter de irrevisable. En el caso en el que el lenguaje haga referencia a una política pública no determina su impugnabilidad, lo hace la naturaleza del acto.

21) En el desempeño de la actividad administrativa irremediamente se suscitarán actuaciones no acordes al bloque de juridicidad, por lo que el problema surge en la práctica, cuando un acto que si produce efectos jurídicos de forma directa, que afecta un derecho subjetivo o un interés legítimo del administrado, pretende no ser controvertido bajo el falso título de política pública.

22) Cuando un acto de naturaleza distinta al de una política pública se presente como un elemento que afecte un derecho ciudadano de manera directa, es deber de la Administración otorgar al administrado la oportunidad de emprender las acciones necesarias para controvertir el acto y detener la conducta lesiva.

En un caso que se presente de la manera descrita, es de deber del servidor público competente, realizar el análisis pertinente para determinar la naturaleza real del

acto, y de evidenciarse que la naturaleza del acto no responde a la de una política pública, ejecutar las acciones necesarias para corregir dicho acto, obviamente después de un examen de legalidad acerca del fondo del mismo.

23) Cuando una política crea efectos directos, esta se desnaturaliza y crea relaciones jurídicas, lo que identificaría su naturaleza con la de un acto administrativo, o, en el caso de ser un acto creador de derecho objetivo, su naturaleza empataría con la de un acto normativo.

Definir si la naturaleza del acto responde a la de un acto normativo o a la de un acto administrativo será tarea del caso específico de acuerdo a lo establecido en el ERJAFE, lo cierto es que una vez determinada la naturaleza verdadera del acto, el mismo adquiere todos sus efectos y así también es susceptible de ser controvertido por los mecanismos legales establecidos por el ordenamiento para su impugnabilidad.

24) La Administración es una organización que se justifica por su objeto de servicio y atención a los administrados, de quienes recibe su legitimación. Una nueva cultura en la gestión pública sobre las relaciones entre el poder público y los particulares exige el alejamiento del autoritarismo y el avance hacia una relación más fluida, flexible y cercana, la cual implica facilitar el ejercicio de los derechos y cumplimiento de obligaciones ciudadanas, lo que resultará en un mejor ejercicio administrativo que derivará a la vez en una mejor garantía y satisfacción de los intereses ciudadanos.

25) La Administración en concordancia con el principio de legalidad, debe cumplir de manera correcta con todas y cada uno de los deberes que le obligan a actuar de una manera determinada, facilitando la satisfacción de los derechos ciudadanos. La Administración no puede dejar sin revisión actos que pueden resultar nocivos a los principios que rigen su actividad, y por ende nocivos a los derechos e intereses ciudadanos que busca satisfacer. Esto se evidencia en el artículo 76 de la Constitución de la República.

26) El control administrativo tiene por finalidad la protección y defensa de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados, por lo que es a través de la impugnación, que se intenta restablecer la legalidad administrativa cuando ha sido vulnerada, u obtener un restablecimiento, conjugándola con la observancia de las situaciones jurídicas particulares. Es decir intenta armonizar la defensa de los derechos subjetivos con el interés público que busca proteger la Administración.

Los medios de control, verdaderas garantías para los derechos de los particulares, tienen por finalidad la revisión del obrar de la Administración, con el objeto de encausarlos dentro del marco jurídico.

27) En todo recurso intervienen dos sujetos Administración y administrado. Se exige a la Administración el tratamiento de una materia de su competencia, debiendo examinar la legalidad del acto. Al administrado se exige el requisito de la legitimación, es decir, que el particular tenga una aptitud especial dada, porque titulariza un derecho subjetivo o un interés legítimo lesionado por el acto que se recurre, y así lo establece el artículo 184 del ERJAFE.

28) Por medio del recurso administrativo se promueve el control de la legalidad de un acto emanado por la autoridad administrativa, a fin de que se lo revoque o modifique, con el objeto de restablecer el derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por dicho acto. Toda declaración administrativa que produce efectos jurídicos individuales e inmediatos es impugnable mediante los distintos tipos de recursos establecidos para la defensa del derecho subjetivo como del interés legítimo de los administrados, tal como lo establece el artículo 69 del ERJAFE.

BIBLIOGRAFIA

ABERASTURY Pedro. *et al.* (comps). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007.

BENALCAZAR Juan. *El Acto Administrativo en Materia Tributaria*. Quito: Ediciones Legales.

CANASI José. *Derecho Administrativo*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1972.

CAPO Jordi *et al.* (comps). *Manual de Ciencia Política*. 2da ed. Madrid: Tecnos, 1999.

DIEZ Manuel María.. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Omeba, 1963.

DROMI Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

DROMI Roberto. *Introducción al Derecho Administrativo*. Madrid: Grouz, 1986.

FISCHER Frank *et al.* (comps). *Handbook of Public Policy Analysis*. Boca Raton: CRC Press, 2007.

FRANCO Rolando et al. (comps). *Política y Políticas Públicas*. 1era ed. Argentina: Miño y Dávila Editores, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNANDEZ Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ma. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GOODIN Robert et al. (comps). *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Madrid: Itsmo, 2001.

GORDILLO Agustín. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Primera Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

KELMAN Steven. *La Política Pública en el Estado Moderno*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1992.

MARIENHOFF Miguel,. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1964.

MORALES Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

NEVADO-BATALLA Pedro. *Legalidad y Buena Administración*. Bogotá: Editorial Ibañez, 2009.

PÉREZ Alfredo. *Teoría General del Acto Administrativo*. 3ra. ed. México: Editorial Porrúa, 2010.

PÉREZ Efraín. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Tercera Edición. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2009.

RENDON Teresita. *Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012.

SÁNCHEZ Jaime. *El interés directo en los derechos español y francés*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: 1996.

TARDIO José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2001.

VARGAS Alejo. *Notas Sobre el Estado y las Políticas Públicas*. Bogotá: Almudena Editores, 1999.

ZAVALA Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: Edilex S.A., 2011.

BIBLIOGRAFIA ELECTRÓNICA

GORDILLO Agustín. *El interés legítimo*.

http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo4.pdf (acceso 17/12/2013)

GORDILLO Agustin. El interés legítimo.

http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo3.pdf (acceso 17/12/2013)

DE AHUMADA RAMOS Francisco. Materiales para el estudio del derecho

Económico-Administrativo. <http://vlex.com/vid/acto-administrativo-176563> (acceso 29/10/2013)

FERNANDEZ Antoni. Las Políticas Públicas. Citado en German Valencia (ed). La Ciencia Política y las Políticas Públicas: notas para una reconstrucción histórica de su relación. Universidad de Antioquia

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/viewFile/1944/1603> (acceso 8/10/2013)

ARTÍCULOS

NEIRA Edgar. “*Las Normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común*”. *Revista Ruptura No. 11*. Libro Anual de la Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

PALACIOS Juan. *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*. Revista Jurídica 2002/15 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (2002).

ROBALINO Javier. Crisis de los Principios Generales del Derecho Administrativo: en el Ecuador y en América Latina.

JURISPRUDENCIA

Sentencia Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 0313-2006 de 24 de noviembre de 2009.

Sentencia Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 0348-2010 de 8 de octubre de 2010.

Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. 16 de mayo de 2001.

CUERPOS LEGALES

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Ley. Registro Oficial Suplemento No. 306 de 22 de octubre de 2010.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley Especial de Telecomunicaciones. Registro Oficial 996 de 10 de agosto de 1992. Última modificación: 13 de octubre de 2011.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 6. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, última modificación 28 de diciembre de 2001.

Reglamento de Interconexión. Resolución del CONATEL 602. Registro Oficial 41 de 14 de marzo de 2007. Última modificación: 26 de junio de 2012.

Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones. Decreto Ejecutivo 1790. Registro Oficial 404 de 04 de septiembre de 2001. Última modificación: 1 de octubre de 2011.