

# IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ELECTORAL ECUATORIANO

## CONSTITUTIONAL IDEOLOGY OF EQUATORIAN'S ELECTORAL LAW SYSTEM

Tanya T. Camargo Martínez<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.03>

**Recepción:** 12 de Diciembre de 2020

**Aceptación:** 01 de Marzo de 2021.

57

### RESUMEN

El presente paper pretende exponer la ideología constitucional del Derecho Electoral Ecuatoriano mediante una revisión jurídica de la Constitución de 2008 y de alguna legislación electoral existente para exponer con una metodología descriptiva-explicativa, el régimen jurídico del sistema electoral de la República de Ecuador, pues la Constitución actual modernizó el Sistema Electoral Ecuatoriano desde la visión gubernativa, administrativa y jurisdiccional; nacional, regional y municipal; hasta tal punto, que éste sistema acaba siendo uno de los más modernos del continente. La Constitución actual cuenta con una regulación constitucional eficaz, eficiente y de promoción de la transparencia, tanto así, que existe una Ley Orgánica de Control de Gasto Electoral y de Propaganda Electoral, que no existe en Venezuela; o, de una Ley Orgánica Electoral que no sólo regula la organización electoral, sino el procedimiento electoral, referendario y de distintas iniciativas como la Enmienda, la Reforma y la ANC, que Venezuela tampoco tiene.

**Palabras Clave:** *Constitución, Elecciones, Derechos y Garantías Constitucionales.*

### ABSTRACT

The next paper pretends to expose the constitutional ideology of Equatorian Electoral Law through a juridic revision of the Constitution of 2008 and some Electoral Legislation towards to expose with a descriptive-explicative methodology, the regimen of the electoral system in Ecuador, because the current Constitution Law modernized the Equatorian Electoral System since the gubernative, administrative and jurisdiction perspective; national, regional, county; up to build, one the most modern electoral system of the continent. The current Constitution counts with a constitutional regulation efficacious, efficient with the promotion of transparency, such as, it exist a Law regulating the Electoral Spend of Money and Electoral Publicity, which it does not exist in Venezuela; or an electoral law that it does not order the electoral organization, if not the electoral's procedure, the referendum's procedure, and its different electoral initiatives like the amendmend, the reform and Constituent Assembly with its entires quarantees.

**Key Words:** *Constitution, Elections, Fundamental Rights, Constitutional Quarantees.*

(1) Abogada Egresada de la Universidad Regional de Los Andes (2007). Profesora de las Asignaturas: 1) Bases del Derecho y; 2) Teoría General del Estado en la Escuela de Derecho de la Universidad Regional de Los Andes Desde el 2007. *Magister Scientiarum* en Desarrollo Social de la Universidad Tecnológica Equinoccial. Aspirante a Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ-Venezuela). [tanyacam21@yahoo.com](mailto:tanyacam21@yahoo.com). Ecuatoriana.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende exponer de una manera meridiana los fundamentos constitucionales del Derecho Electoral Ecuatoriano, a los puros fines de lograr ahondar el contexto regulatorio de los procesos electorales de la actual Nación Sudamericana, en vista de los acontecimientos políticos de los últimos 7 meses, que han marcado de una forma muy particular la mentalidad de su pueblo. Llanamente, busca exponer la ideología constitucional de la Constitución de 2008.

La Constitución Ecuatoriana posee normas muy particulares, que no poseen Constituciones de zonas aledañas a la República de Ecuador. Aunque otras normas poseen características muy parecidas, estas acaban siendo un perfeccionamiento rotundo, frente a tales Constituciones, como la Venezolana, que fue el primer país del continente en instaurar un Poder Electoral con una función jurídico-estatal muy particular con meras funciones reglamentarias y de control ante actos electorales, que son celebrados por el conjunto del electorado, a través de medios individuales, o, colectivos, o, difusos, en la ardua contienda por medirse políticamente en un procedimiento administrativo electoral, que acaba con una proclamación electoral capaz de legitimarlo en la ocupación de un cargo representativo del Estado.

La investigación tocará aspectos de las disposiciones preliminares de la Constitución de Ecuador como el *Estado Derecho, Social y Democrático* en su fin de proyectarlo sobre la actividad administrativa del Poder Electoral en la creación de condiciones favorables para la celebración de un acto electoral eficaz, así como a las garantías de la supremacía constitucional, la legalidad administrativa-electoral, la tutela judicial efectiva con su debido proceso, que deben en cualquier tiempo respetarse por constituir garantías genéricas del orden normativo del electorado ante los potenciales abusos del árbitro electoral, al socavar, las garantías que son aptas de efectivizar la transparencia del sistema y el proceso electoral de interés.

En este sentido, para Goyes (2013) hay una ideología de igualitarismo:

Partiendo del concepto consignado en este documento, la paridad, además de perseguirla participación igualitaria de hombres y mujeres en el ámbito político, busca la incorporación de los intereses de la mitad de la población en las decisiones políticas, lo que significa que su presencia tiene un propósito de representatividad no solo de los asuntos generales, sino de los específicos que atañen a las mujeres. Tras la incorporación de las mujeres al espacio público, las mujeres organizadas han sido críticas con su desempeño, pues creen que ellas no representan los intereses de las mujeres dado que su gestión no refleja compromiso con las agendas del movimiento de mujeres. Pág. 102.

## DESARROLLO

### 1. Las Disposiciones Preliminares de la Constitución Ecuatoriana de 2008.

#### a) El Artículo 1 en la Constitución del 20 de Octubre de 2008.

En el Ecuador, la Reforma Constitucional fue el pie de lucha ofertado por los partidos políticos en las distintas contiendas electorales, pues se la

identificaba como el único medio para sacar al país de la crisis política que vivió en los últimos años de los noventa y primeros del dos mil.

Al respecto, los autores Almirante y Saccomanno (1997) mencionan:

La reforma Constitucional ocupa en la actualidad el centro del debate que hasta hace poco tiempo ocupaba la reforma electoral. Este fenómeno, cada día más evidente, se debe a la insatisfacción general –una de las pocas opiniones compartidas por los partidarios y los adversarios del sistema mayoritario– que han producido los resultados del ansiado tránsito de la primera a la segunda república. Pág. 89-90.

Lo expuesto deja en evidencia, que en Ecuador, los vientos frescos de una nueva Constitución, son el reflejo de los intereses y las necesidades ciudadanas. En Ecuador, la Constitución del 2008 es un reflejo del ejercicio ciudadano, que accedió que la estructura estatal sufriera una modificación sustancial con la finalidad de ciudadanizar el aparato estatal, agregando 2 nuevas funciones del Estado. Por ende, dicha carta suprema implica un nuevo sistema de justicia, pues Ecuador pasa a ser un Estado constitucional, y por ende garantista, del electorado; obligando, a los poderes públicos aplicar de forma directa la Constitución, y, obligatoriamente, los principios que se hallan regulados en esta, que va hacia un Estado garantista, tomando como su sustento la conformación y legitimidad de la designación de las autoridades electorales, así como la distribución, que existe en el ejercicio de las actividades administrativas y jurisdiccionales dentro de la función electoral.<sup>(2)</sup>

Además, ofrece al ciudadano los principales mecanismos de democracia que hay en el Ecuador,<sup>(3)</sup> y con el fin de que tengan una visión general de la normativa que los regula, para que el ejercicio de dichos mecanismos sea efectivo y permita una efectiva participación e involucramiento ciudadano en el proceso democrático.

La Constitución producto de la Revolución Francesa y de la independencia de las colonias inglesas norteamericanas, tendrá pues, unas características formales y materiales. Desde el punto de vista formal, se tratará de una norma fundamental, escrita y rígida; una *súper-ley*, situada por encima del Derecho Ordinario. Desde el punto de vista material, será una norma que habrá de tener un cierto contenido: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes.

Aragón (2000) “Como puede apreciarse, la doble y antigua pretensión de asegurar la estabilidad de la forma política y la libertad se funden, y así,

(2) Extrañamente, el artículo 217 engloba la función electoral como concepto macro de lo administrativo y jurisdiccional en el área electoral. No obstante, se entiende, que lo **Electoral** implica esa dos funciones jurídicas diferenciadas dogmáticamente, y, que son novedosas en el Ecuador, más no en Venezuela con su Constitución de 1999. Y, que en el vecino país, la función electoral consiste en una simple función administrativa de control sobre los procesos electorales. Cfr. **Brewer-Carías, A. R.** (2005) “*Principios Fundamentales del Derecho Público.*” Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo (UCAB) N° 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 90.

(3) Los artículos 61-65 reconocen el Derecho a Participar: **Artículo 61: Derecho a:** a) Elegir; b) Participación; c) Proyectos de Iniciativa; d) Consultas; e) Fiscalizar actuaciones públicas; f) Revocación del Mandato Popular; g) Ocupar Cargos Públicos; h) Asociarse Políticamente; **el Artículo 62: Derecho al Voto; Artículo 63: Derecho al El Voto desde el Extranjero; Artículo 64: La Suspensión del Derecho al Voto; Artículo 65: Igualdad en la Participación Política.**

la Constitución limitará el poder tanto para mantener con una determinada estructura como para impedir que invada la autonomía individual.” Pág. 97. Más aún, ambos objetivos son indisolubles, dado que la estructura misma, ya no es fin, sino un medio. En realidad, ya no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir sino uno, puesto que sólo de una manera puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad; la división de poderes es sólo una forma de asegurarla. Y los derechos políticos constituyen el medio para acceder a un *Gobierno Constitucional Democrático* apegado a Derecho.

En el sentido más profundo del término, el Estado Constitucional no supone más que el intento de jurificar la democracia, siendo la Constitución la forma en que esa pretensión se verifica. Ese fue el significado rebelde de la Constitución, basado en la atribución de la Soberanía del Pueblo, y en un modo de organización del poder, representativo y muy limitado temporal, funcional, y materialmente, de modo que aquella atribución fuese jurídicamente garantizada. Forma y contenido, eran indisolubles.

En ese sentido, cabe decir, que no hay más Constitución que la Constitución Democrática, puesto que esta es la única que asegura, jurídicamente, la existencia misma de una Constitución, esto es, la efectiva limitación del poder del Estado en beneficio de la libertad de los ciudadanos. Únicamente, si la soberanía se atribuye al pueblo, y ellos tienen efectos jurídicos, puede entenderse, que el Estado quede sometido al Derecho, esto es, a una norma emanada de un poder superior al propio Estado y distinguible plenamente de los poderes constituidos. A ese tipo de Constitución, que puede llamarse también como *Constitución Auténtica*, pertenece sin duda, la Constitución ecuatoriana. La democracia aparece así, como su efectivo sustrato, o si se quiere, su principio nuclear, confundible con la Constitución: **la Constitución es la forma jurídica de la democracia** según Manuel Aragón Reyes.

De hecho, la Constitución de Ecuador (2008) dice: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada.”* Subrayando, que por encima de todas las cosas, el Estado de Ecuador es un *Estado Constitucional de Derecho* donde lo democrático, cede amoldándose a la juridicidad de la escrituriedad constitucional-legislativa. Un pueblo sólo puede ser soberano, si es libre y justo, es decir, si los ciudadanos que lo componen tienen asegurada su libertad, incluso para elegir a sus gobernantes.

Por ello, la garantía constitucional en el reconocimiento manifiesto de los Derechos Fundamentales Políticos *-indisponibles incluso por el mismo Legislador-* es al mismo tiempo, la garantía de la soberanía popular. Hay una íntima conexión entre la soberanía popular y los derechos fundamentales. De tal manera, que sin ellos, no puede existir la base en que la Constitución se asiente: *la soberanía misma del pueblo.*<sup>(4)</sup>

(4) Cfr. Artículo 54 de la Constitución de Ecuador: 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.* Aquí queda consagrado el principio de irreversibilidad de los Derechos Fundamentales conjuntamente con el principio jurídico de progresividad de los Derechos Fundamentales de los administrados.

En consecuencia, los Derechos Fundamentales Políticos son manifestación de la democracia, o, más aún, como a veces señala Aragón: *fragmentos de democracia*. De un lado, que estos son el requisito para que el pueblo pueda manifestar libremente su voluntad jurídico-soberana, pertenecen sin duda, al plano del poder constituyente juridificado. De otro lado, en cuanto, que son contenidos materiales de la Constitución, esto es de indisponible para el legislador (*imitando el pluralismo*), pero no límites a la acción del propio poder constituyente, que pertenece también al plano del poder constituido, como el resto de los poderes públicos tradicionales.

61

La democracia ya no está, no queda expresada sólo en un conjunto de reglas constitucionales materiales y procedimentales, sino que también, esta parece en la Constitución vía artículo 1 como un principio jurídico más: *el más sustancial de la Constitución junto con el Principio del Estado de Derecho*. Por eso, el principio aparece en el artículo 1: forma la parte esencia central del ordenamiento constitucional.

Lo anterior tiene consecuencias jurídicas evidentes, pues ese principio que es jurídico, rige la función interpretadora, por ser principio constitucional, es un principio general, que se impone a todo el ordenamiento. Y por ser, el principio nuclear de la propia Constitución, que ha de dotarla de verdadero sentido, esto es, ha de sustentar el entendimiento pleno de la Constitución en su conjunto. Si la interpretación acorde a la Constitución se presenta como el criterio interpretativo fundamental del sistema jurídico, la interpretación según el *Principio Democrático de Derecho* es, a su vez, el criterio interpretativo base de esa forma de interpretación, y de la interpretación constitucional misma. Todo ello al mismo tiempo significa, que es una prescripción teórica, además de dogmática, esto es, que sobre el *Principio Democrático de Derecho* ha de erigirse la más moderna teoría de la Constitución y del Estado Constitucional, o, con otras palabras, del Derecho Constitucional, y del Derecho Público en general.

El *Principio Democrático de Derecho* permite construir una *teoría jurídica de la soberanía nacional* o, de la soberanía del pueblo en el Estado Constitucional, que, según Aragón (2000):

Ya no puede seguir utilizando las notas propias de la soberanía del Estado absoluto, y permite conciliar la positividad con la atribución al pueblo, y no al Estado de la propia soberanía, como permite conciliar la personalidad jurídica del Estado con la necesaria distinción entre Estado y Sociedad." Pág. 121.

El *Principio Democrático de Derecho* facilita un real entendimiento de los derechos fundamentales como normas materiales, pero no inmunes al pluralismo político, conciliando la democracia procedimental con la democracia material, y, permitiendo también colocar a la ley en lugar preferente al Juez, en la regulación y concreción de los derechos fundamentales. Incluso permite concebir de manera adecuada a la posición y las funciones del Tribunal Constitucional, guardián de la Constitución, pero no como constituyente permanente, pues esto constituiría una verdadera usurpación de las funciones jurídicas del Estado Ecuatoriano.

El *Principio Democrático* dota de su auténtico significado actual a la reserva de ley y al principio de la legalidad, en cuanto que, a través del Poder Legislativo, aparece como la pieza nuclear del Estado Democrático, por ser la única institución estatal en que está presente, esto es, representada la sociedad plural. En fin, el *Principio Democrático de Derecho* facilita la herramienta teórica para situar a todos los partidos en su auténtica posición

en la vida pública, aquilatando sus funciones, y fortaleciéndolos, frente a sus procesos degenerativos. Para Schneider (1991):

A través del reforzamiento de los partidos y de la correspondiente delimitación de su papel en el Estado, es como cabe contrarrestar el actual alejamiento entre los representantes y representados, entre partidos y ciudadanos, entre imágenes de propaganda y realidad política. Pág. 255.

b) **El Artículo 1 de la Constitución de 2008 como Endonorma Constitucional.**

El 20 de Julio de 1951, el Prof. **Otto Bachof** pronunciaba la lección inaugural en la Universidad de Heidelberg el tema *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Poco tiempo después, se publicaba en la Revista *Recht und Staat*, y casi 30 años más tarde, en un libro del propio autor con el genérico título de los caminos del Estado de Derecho, en el que se englobaban una serie de estudios seleccionados sobre el Derecho Público con Bachoff (1979) en la Obra *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum Öffentliches Recht*. El artículo 1: es una Endonorma Constitucional.

**Bachof** justifica su estudio en el hecho de que los interrogantes sobre la posibilidad de hablar de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, inválidas, así como sobre la competencia jurisdiccional para su control, constituyen un problema específicamente actual del Derecho constitucional de las Repúblicas y Monarquías Europeas, lo que se ha puesto de ostensible en el considerable número de sentencias que debieron de ocuparse de esas cuestiones y en no pocas opiniones difundidas, bien que de modo esporádico, por la literatura jurídica. No obstante, lo cual, hasta ese instante, **Bachof** constata la inexistencia de un estudio de conjunto sobre el tema, ausencia a la que quizá pudo contribuir el hecho de que el motivo de las pugnas existentes, hasta ese instante fuesen en gran parte normas constitucionales políticamente muy discutidas, lo que con frecuencia resultó contraproducente para una toma de posición objetiva.

A) Al abordar el problema constitucional subyacente a la problemática tratada, **Bachof** admite, como no podía ser de otro modo, la inquestionable influencia que los acontecimientos de Weimar tuvieron en el diseño del ordenamiento constitucional de Bonn. Que fuera precisamente un acto del poder legislativo (la denominada ley de plenos poderes) la que suprimiera de manera definitiva la Constitución de Weimar, bajo la aparente observancia de la legalidad, puede haber contribuido a otorgar al Tribunal Constitucional, en cuanto defensor de la Constitución, poderes extraordinarios, justamente frente al legislador. En coherencia con ello, determinadas normas constitucionales hacen presuponer que el constituyente entendió por examinar la constitucionalidad de las normas, ante todo, aunque no de manera exclusiva, constatar si las normas inferiores a la Constitución —*que operan como parámetro*— son compatibles con esas normas.

Ello acogido, **Bachof** cree posible una inconstitucionalidad de las normas constitucionales, que tampoco puede ser excluida del control jurisdiccional. No otra conclusión se deriva del hecho de que el art. 79.3 de la *Constitución* declare intangibles algunas de sus normas. Y a la discusión de si una norma de la *Constitución* puede ser contraria a la misma Constitución se vincula con frecuencia la pregunta sobre la invalidez de esas mismas normas por su posible contradicción con un supuesto Derecho supralegal, sea preestatal, supraestatal, metapositivo o natural, cuestión esta de las normas constitucionales contrarias al Derecho meta-positivo no sólo de

gran importancia práctica, sino relevante igualmente por la *positivización del Derecho Meta-positivo*, resultante de las nuevas Constituciones, que desvirtúa el límite entre la inconstitucionalidad y la contradicción con el Derecho natural. Como es obvio, esta reflexión que hoy sería más que discutible, es estrictamente deudora de las peculiares circunstancias de su tiempo.

B) Se ocupa la doctrina a continuación de las manifestaciones existentes en la jurisprudencia y en la doctrina en torno a la problemática por él tratada. A **Bachof**, de entrada, le sorprende que las posiciones existentes hasta ese momento sobre el tema se hayan ocupado casi exclusivamente de la cuestión de la correspondiente competencia jurisdiccional, y también le llama poderosamente la atención, que se haya tomado como parámetro o medida (*para la valoración de la supuesta inconstitucionalidad de una norma, como es obvio*) la Constitución entendida casi exclusivamente como Constitución escrita, o, como Constitución formal.

Constata el autor, a modo de regla general, que «la jurisprudencia parte predominantemente de la equiparación Constitución = ley constitucional = Constitución escrita = documento constitucional. Y tal es el sentido, por ejemplo, que se acoge en una Sentencia de 2 de Noviembre de 1949 del *Verfassungsgerichtshof (VfGH)* de Baden- Württemberg. Aunque éste, en una decisión del año posterior, modulará su doctrina. Sería el Tribunal Constitucional de Baviera quien con mayor nitidez abandonaría la posición precedente. En su bien conocida Sentencia de 24 de Abril de 1950, se podía leer:

El hecho de que una disposición constitucional sea ella misma una parte de la Constitución no puede excluir conceptualmente que sea inválida. Existen principios fundamentales constitucionales que son tan elementales y constituyen una plasmación tan evidente de un Derecho precedente a la Constitución, que vinculan por sí mismos al constituyente y otras disposiciones constitucionales, que no se corresponden a ese rango, han de ser inválidas a causa de su contradicción con aquéllos...

C) La cuestión acerca de la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, como es bastante obvio, presupone una determinada comprensión del concepto de Constitución, verdadero *prius* para pronunciarse sobre aquélla. **Bachof** asume la clásica diferencia entre Constitución en sentido formal, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales, y Constitución en sentido material, aquel conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y competencias de los órganos superiores del Estado.

Es evidente que el Derecho constitucional material puede existir fuera del texto constitucional y, a la inversa. Entiende la doctrina con una clarividencia, que este problema se encuentra solucionado por completo, aunque sólo aparentemente, a través de la positivación del Derecho metapositivo en el texto constitucional. Por ejemplo, la consagración por la *Constitución* de la dignidad del hombre y de sus derechos inviolables e inalienables (artº 1º), o, en fin, de la integración en el Derecho federal. El problema no queda definitivamente resuelto, pues es patente que esa positivación no demuestra suficientemente que agote el contenido de ese Derecho metapositivo. Tal positivación, argumenta Bachoff sería capaz de solventar, a lo sumo, la tensión existente entre el Derecho positivo y el Derecho metapositivo *de lege data*, esto es, durante la vigencia de tal positivación.

D) **Bachof** aborda a renglón seguido la distinción entre Constitución

en sentido formal y en sentido material,<sup>(5)</sup> pues a ella se anuda la diferenciación entre la inconstitucionalidad de las normas jurídicas por la infracción de la Constitución escrita y por la contradicción con el Derecho constitucional material no escrito. Por ejemplo, que la Constitución instituya el valor democrático de la sociedad, y luego, que la reglas constitucionales competenciales consagren la reelección indefinida.

**Bachof** va desgranando en primer término los supuestos reconducibles a la inconstitucionalidad de una norma constitucional por infracción de la Constitución escrita, que cifra en un total de cinco: 1) *La inconstitucionalidad de normas constitucionales «ilegales», supuesto que, en cuanto hace depender la validez de una Constitución de su legalidad, en el sentido de su aprobación conforme a las prescripciones de la Constitución anteriormente válida, lo considera, de hecho, poco significativo;* 2) *La inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, leyes que pueden contravenir desde un punto de vista formal o material las disposiciones de la Constitución formal.*

*El último supuesto, el de mayor interés se manifestaría en el caso de que una ley de reforma pretendiera un cambio de las normas constitucionales no obstante su intangibilidad declarada en la Constitución;* 3) *La inconstitucionalidad de normas constitucionales por su contradicción con normas constitucionales de rango superior acogidas por la propia Constitución;* 4) *Inconstitucionalidad a través de la mutación de la naturaleza de las normas constitucionales;* 5) *Inconstitucionalidad por la infracción del Derecho constitucional metapositivo positivado.* Una norma constitucional que contraviniera el Derecho metapositivo así positivado sería contraria al Derecho natural y, al mismo tiempo, inconstitucional.

Así, tres son los supuestos que **Bachof** avista de inconstitucionalidad por contradicción de la norma constitucional con el Derecho constitucional material no escrito: 1º) *Inconstitucionalidad por lesión de los principios constitutivos subyacentes al texto constitucional;* 2º) *Inconstitucionalidad por contradecir el Derecho constitucional consuetudinario;* 3º) *Inconstitucionalidad por contradecir la norma constitucional el Derecho metapositivo no positivado.* Con todo, se cree que en favor de la inclusión en la Constitución de ese Derecho, juega el hecho de que tal Derecho metapositivo es inmanente en todo ordenamiento que pretenda llevar legítimamente tal nombre. Y en la misma dirección operaría también el hecho de que la *Constitución* reconoce la existencia de ese Derecho metapositivo, y ese reconocimiento no puede ser parcial, sino que abarca la totalidad del Derecho metapositivo.

Por lo demás, se entiende que una norma constitucional que contravenga ese Derecho no puede reclamar obligatoriedad jurídica, y desde esta perspectiva es poco relevante si, y en qué medida el Derecho metapositivo contradicho ha sido transformado en Derecho constitucional escrito.

El tema puede encontrarse en las grandes aportaciones de la *dogmática iuspublicista alemana*. Podrá o no estarse de acuerdo con las posiciones sostenidas por el Profesor de Tubinga, pero la lógica deductiva de su discurso y su decidido posicionamiento ante estos nuevos retos a los que el Derecho público se enfrenta, se halla fuera de toda discusión.

## 2\_. La Administración Pública Sirve con Objetividad los Intereses del Elector.

### 2.1\_. Postura de la Tesis Vinculativa de la Administración Pública al Derecho: la Legalidad.

Santamaría dice (1988) "Para explicar la relación de la Administración con el Derecho existen dos teorías hoy ya clásicas: la teoría de la vinculación

(5) Cfr. **Mortati**, C. (1962) "Constituzione dello Stato." En Enciclopedia del Diritto. Giuffrè. Milano, Italia.

negativa y la de la vinculación positiva a la Legalidad.” Pág. 196. Según la primera de ellas, la Administración podría hacer todo aquello que la ley no le prohíba; según la segunda, la Administración sólo podría realizar lo que la ley le permita. Esta posición fue formulada por un aclamado *iuspublicista* alemán del siglo XIX llamado **Günther Winkler**, quien difundió la teoría por Alemania y el resto de Europa.

La doctrina de la vinculación positiva encuentra su fundamento en uno de los postulados político-ideológicos que formularon los ilustrados, y, del que se valieron los revolucionarios franceses para construir un nuevo Estado. Se partía de la consideración de que el único poder legítimo era, el que derivaba de la propia Ley. Postulado que, como ha señalado García (1994) tiene “un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey para abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece.” Pág. 127.

Esta idea llegó a encontrar un apoyo normativo en los textos de la época que al configurar la actividad administrativa como mera ejecución de ley, establecieron (con rango constitucional) la exigencia de que toda actividad administrativa debe encontrar su fundamento en una previa habilitación legal y, con ello, lo que ahora se *conoce como* doctrina de la vinculación positiva.<sup>(6)</sup>

Naturalmente, frente a esta concepción democrática del poder que se deriva de la Revolución francesa, se encuentra la Tesis de la Vinculación Negativa.

Con ella pretendía justificarse un margen de libertad del Monarca ante la Ley, que el liberalismo originario o radical le negaba. Según propugnaban los defensores de esta Tesis, el poder originario era el del Monarca. Por lo que la Constitución no era más que una concesión de éste (Constitución o Carta otorgada) en virtud de la cual autolimitaba su poder. De ahí que, De Otto (1993) “al no ser esta norma más que un límite negativo al poder del Rey, se consideraba que todo aquello que no se reservaría a la Ley era de su única competencia. Pág. 158. Por esta razón, García-Fernández (1999) “siempre se ha entendido esta teoría como una expresión del «principio monárquico.” Pág. 432.

Por tanto, la formulación de estas teorías tiene su origen en un momento histórico determinado, y es en ese contexto, donde las mismas hallan su verdadera significación. De ahí, que hoy en día, no puedan explicarse las relaciones que todo aquello que la Administración y el Derecho acudiendo sin más a estas viejas ideas, sino que es preciso comprobar si alguna de ellas encuentra cobertura en el ordenamiento.

Para la mayoría de los autores, del principio de legalidad deriva la exigencia de que la Administración no puede realizar ninguna actividad si no existe una norma previa que específicamente la habilite para ese fin. Conviene advertir, no obstante, que no todos los autores que deducen del principio de legalidad la doctrina de la vinculación positiva de la Administración otorgan el mismo alcance a este postulado. Algunos de ellos sostienen que la norma habilitante ha de tener rango formal de Ley; y, en cambio, otros consideran que el concepto de legalidad debe entenderse en un sentido amplio, equivalente a norma jurídica o bloque de la legalidad, en la expresión ya clásica de **Maurice Hauriou**.<sup>(7)</sup>

En la doctrina hay autores, que han justificado esta necesidad, de que toda actuación administrativa se halle fundada en una norma previa

(6) La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en su artículo 5: todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena. Y, especialmente, la Constitución de 1791, Artículo 3, Sección 1: Del Capítulo II: No hay en Francia autoridad superior a la ley. El Rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la ley, éste puede exigir obediencia.

(7) **Hauriou, M.** (1967) “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public.*” 11° Ed. París, France. Pág. 473.

como lo dicen las normas 84,<sup>(8)</sup> 132.1,<sup>(9)</sup> 133.2,<sup>(10)</sup> 147.1,<sup>(11)</sup> 221,<sup>(12)</sup> 226,<sup>(13)</sup> 227,<sup>(14)</sup> 424,<sup>(15)</sup> 425<sup>(16)</sup> y 426<sup>(17)</sup> constitucional.

Para este gran sector doctrinal, la vinculación positiva es una consecuencia necesaria del sometimiento de la Administración al Derecho. Y, por ello, entienden que el Derecho no puede constituir un simple límite negativo a la actividad de la Administración, sino que éste exige, que toda acción administrativa encuentre su fundamento específico en una norma previa que le preste cobertura: principio de la cobertura legal, otra forma de conocer germánicamente al principio de legalidad.

En cambio, el principio jurídico de legalidad exige una vinculación positiva a la Ley —*no a cualquier norma*— por ser ésta una notoria exigencia del principio democrático. Para este sector doctrinal, en especial Rubio (1993) “toda actuación de la Administración debe encontrar su fundamento en una Ley previa con el fin de garantizar la legitimidad democrática de todos sus actos.” Pág. 345.

Sin embargo, ninguno de estos argumentos accede respaldar tal conclusión. En primer lugar debe señalarse, que la mera enunciación del principio de legalidad en los artículos 226 y 227 no permite sostener que la doctrina de la vinculación positiva ha encontrado la consagración constitucional. Tal consecuencia supondría entender, que la vinculación positiva a la legalidad forma parte del contenido del principio de legalidad, y, sin embargo, ello no tiene que ser necesariamente así.

(8) *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.*

(9) *La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común.* Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. *Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*

(10) *Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*

(11) *Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia.*

(12) *El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: 1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. 2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales ... Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.*

(13) *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.*

(14) La Administración constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

(15) *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.

(16) 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 reglamentos; 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.

(17) *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.* Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación...

Es verdad, como señalaron De Otto, y posteriormente Rubio, que cuando la Constitución formula unos principios jurídicos que tienen algún contenido mínimo universal parece obligado pensar que se ha incorporado cada principio jurídico con su respectivo contenido mínimo. Sin embargo, en este caso no puede afirmarse que la doctrina de la vinculación positiva forme parte del contenido universalmente aceptado de este principio de legalidad.

Buena prueba de ello, no es sólo, su aceptación, que no es una cuestión pacífica en la doctrina, sino que, ni siquiera los que defienden la vinculación positiva de la Administración a la legalidad están de acuerdo en si esta exigencia precisa una ley formal que habilite a la Administración Electoral para funcionar, o basta la existencia de una norma previa, cualquiera que sea su rango o carácter, en la que se fundamente su actuación.

De ahí, que para poder considerar a la doctrina de la vinculación positiva como una de las exigencias que impone el principio de legalidad no baste con señalar que la Constitución reconoce ese principio, sino que será preciso demostrar que de este principio jurídico se deduce la necesidad de cimentar toda actuación, positiva o negativa, de la Administración Electoral, en una norma previa.

Sin embargo, no es posible atribuir tal significado al principio de legalidad. Esta necesidad de norma previa que fundamente toda actuación administrativa no puede deducirse, como sostiene buena parte de la doctrina, de los artículos 84, 132.1, 133.2, 147.1, 221, 226, 424, 425 y 426 de la Constitución Ecuatoriana.

En estos preceptos lo único que se establece es el sometimiento de la Administración Electoral a la ley y al Derecho, o al ordenamiento en general, pero de ello no cabe deducir que esté positivamente vinculada a la legalidad y que, por tanto, solamente pueda actuar si existe previamente una norma, cualquiera que sea su rango o carácter, que la habilite específicamente para ello. Es claro, que los ciudadanos también sometidos a la ley y al Derecho: el artículo 83 constitucional se refiere a los administrados, y, en cambio, no necesita una norma legal que autorice el actuar del administrado.

El sometimiento de los poderes públicos al Derecho es, ciertamente, uno de los contenidos del principio jurídico de legalidad, cuyo respaldo constitucional se encuentra no sólo, en que esta significación del principio de legalidad esté pacíficamente aceptada, y constituya desde su formulación, uno de los contenidos que han integrado este principio, sino porque además esta concreta significación ha encontrado una ofrenda expresa en los artículos 83, 221, 226 de la Constitución; preceptos que, a su vez, constituyen concreciones del más genérico principio del Estado de Derecho que reconoce el artículo 1.1 de la Constitución.

Resulta, por tanto, que si bien puede afirmarse que el principio de legalidad sí que exige que toda la actividad de la Administración Electoral se encuentre sometida al Derecho, ésta sujeción al Derecho no conlleva que la Administración Electoral no pueda actuar si previamente no se halla específicamente habilitada por una norma, sino solamente que debe actuar respetando las pautas del sistema.

Por otra parte, tampoco se considera que la idea de la vinculación positiva forme parte del principio de legalidad por ser una exigencia del

ordenamiento constitucional, el que toda actuación del poder deba encontrar su legitimación democrática en una Ley previa. El principio democrático de la Constitución no exige que toda actuación administrativa tenga su fundamento inmediato en una norma con rango de Ley. Al corresponder la dirección de la Administración al Gobierno<sup>(18)</sup> y tener el Gobierno hoy en día una clara legitimidad democrática,<sup>(19)</sup> los actos de la Administración no precisan una habilitación legal específica para que puedan considerarse salvaguardadas las exigencias del Estado democrático.

Por todo ello, se entiende que de la consagración constitucional del principio de legalidad, no puede deducirse la exigencia de que toda actuación administrativa deba ir precedida de una norma previa que específicamente habilite a la Administración para actuar, ya que, no existe en nuestra Constitución precepto alguno del que pueda deducirse que la doctrina de la vinculación positiva forma parte del principio de legalidad que garantiza el artículo 226 de la Constitución.

Esta doctrina, al menos formulada en los términos tan generales que se acaban de expresar, no encuentra apoyo en el derecho positivo ecuatoriano,<sup>(20)</sup> y si la misma se asocia con el principio de legalidad es porque se ha convertido en uno más de los mitos jurídicos ecuatorianos,<sup>(21)</sup> siendo esta mítica condición la que le ha proporcionado un valor imaginario, “que hace que la fuerza de la tradición la arrastre, sin que, en la mayoría de los casos, se cuestione siquiera su propia veracidad.”<sup>(22)</sup>

## 2.2 . La Vinculación Positiva, Principio de Juridicidad y Principio de Legalidad.

Expresado de este modo, el principio de juridicidad que ha formulado Adolf Merkl parece ser lo mismo que la doctrina de la vinculación positiva a la legalidad antes expuesta.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que, según este autor, “el principio de juridicidad de la Administración no pretende prejuzgar en forma alguna la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa,”<sup>(23)</sup> señalando más adelante:

---

(18) Artículo 141: 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...*

(19) Cfr. Aragón, M. (1989) “Constitución y Democracia.” Tecno. Madrid, España. Págs. 125 y 126.

(20) “En defecto de Ley expresa, la Administración Pública está habilitada para actuar salvo en las materias protegidas por un principio prohibitivo. La Legalidad se limita a imponer tres reglas: «1.º La sumisión de los actos (generales y singulares) de la Administración a la Ley formal; que deriva de la estructura política de la separación de poderes. 2.º Sumisión de los actos-regla de los órganos administrativos interiores a los de los superiores, lo que deriva de la estructuración jerárquica de la Administración. 3.º Sumisión de los actos administrativos singulares (cualquiera que sea el órgano que los dicte) a los actos-regla generales, lo que deriva de la estructuración interna de unos y otros actos administrativos, pues la generalidad postula (cuando el reglamento se dictó por un órgano competente para ello) la vinculatoriedad de cuantos actos comunes se dicten en materia de su ámbito». Cfr. Garrido, F. (1987) “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II.” Tecno. Pág. 130.

(21) La existencia de los mitos jurídicos es una cuestión de sobra conocida en el mundo del Derecho. Y a ellos se refiere Beladiez, M. (1994) Nulidad y la Anulabilidad. Su Alcance y Significación, En “Revista de Administración Pública N° 133.” Madrid, España. Pág. 157.

(22) Cfr. Merkl, A. (1980) “Teoría General del Derecho Administrativo. Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212.

(23) Cfr. Merkl, A. (1980) “Teoría General del Derecho Administrativo.” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212.

El principio de juridicidad se cumple, igualmente, en uno de esos casos extremos donde una única norma de competencia, por ejemplo la autorización para administrar a tono con los intereses del bienestar general, contiene el fundamento de todas las actuaciones administrativas, como en el caso contrario, que, a primera vista, se ofrece como la realización más completa del principio de juridicidad y en el que cada una de las acciones administrativas se halla determinada por una norma especial autorizadora y obligadora. Porque, sea cualquiera la forma en que esté constituida esta norma jurídica delegatoria, representa el vínculo jurídico de la Administración y convierte a ésta en ejecución del Derecho.<sup>(24)</sup>

Por ello considera que este principio es, en realidad, una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable, pues, en su opinión, sólo podrá considerarse una acción como administrativa si cumple esta regla “si una acción que pretende presentarse como una acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado.”<sup>(25)</sup>

Como puede observarse según Merkl, este “*principio de juridicidad no es más que una regla lógica.*”<sup>(26)</sup> Para comprender su alcance conviene tener presente que este autor parte de la concepción del Derecho y del Estado de su maestro Kelsen, en la que el Derecho se identifica con el Estado.<sup>(27)</sup> Por ello, desde esta concepción, la Administración sólo puede ser considerada una función estatal si es el propio Derecho el que le atribuye esta condición, y de ahí la necesidad *lógica* de que cada acción de la Administración esté fundamentada en el Derecho. Afirma Merkl, que el Derecho es la regla de producción de la función estatal correspondiente regulada por él, y el Derecho Administrativo, en particular, la regla de producción de la Administración o, inversamente, la Administración es aplicación de Derecho Administrativo.”<sup>(28)</sup>

Al ser una regla lógica, “este principio de juridicidad siempre ha existido,”<sup>(29)</sup> incluso antes de la aparición del Estado de Derecho propiamente

(24) Cfr. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 214.

(25) Cfr. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 213.

(26) Este principio de juridicidad deja Administración no constituye un postulado *jurídico-político*, que expresaría la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el Derecho o que descansa en él; semejante interpretación de este principio significa que esa supuesta libertad completa, *a priori*, de la Administración deberá y podrá ser sustituida *a posteriori*, mediante la sujeción a vínculos jurídicos. También sería una falsa interpretación de este principio entenderlo como expresión de la exigencia de que la Administración debe atenerse, en la medida de lo posible, al Derecho vigente y que no debe violarlo. Este principio —afirma este autor— es una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable. Cfr. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. Pág. 212.

(27) Cfr. Kelsen, H. (1986) “*Teoría Pura del Derecho.*” Traducción de R. J. Vernengo. UNAM. México D.F., México. Pág. 291.

(28) Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212.

(29) Para el autor tantas veces tomado en referencia, la juridicidad o legalidad es un principio, que no sólo ha precedido a la Administración Revolucionaria de Francia, sino a todas las Administraciones Públicas precedentes. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. Pág. 215.

dicho, pues, como ha señalado Merkl, también el monarca absoluto actuaba apoyándose en una norma atributiva de competencias *regis voluntas suprema lex est*. Por otra parte, debe señalarse que este principio no determina la forma concreta en la que ha de producirse la vinculación, pues como este autor sostuvo, el principio de juridicidad no prejuzga ni la clase ni la medida de la vinculación de la Administración al Derecho, pues su alcance y contenido depende de situaciones de tiempo y lugar.

De ahí que Merkl considere, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, que el principio de juridicidad se cumple tanto en los casos en los que existe una norma que genéricamente atribuye competencias a la Administración para actuar, como en aquellos otros en los que cada acción administrativa está previamente definida de manera específica y concreta por una norma<sup>(30)</sup> Para Merkl, lo importante no es el grado de vinculación que la norma atributiva de competencias imponga, sino la constatación de que esta norma siempre existe, ya que esta representa el vínculo jurídico de la Administración y convierte a ésta en ejecución del Derecho.

De este modo, toda acción administrativa, para que pueda ser considerada como tal, debe fundamentarse en una norma previa que permita atribuir dicha acción a la Administración; *si no existe esa norma atributiva de competencia, esa acción concreta no podrá considerarse como administrativa*. Por esta razón para poder atribuir una acción a la Administración es preciso, por una parte, que la misma haya sido realizada por un sujeto jurídico a quien el ordenamiento le reconoce capacidad para actuar como un órgano administrativo, y, que ese sujeto haya pretendido realizar esa actuación en ejercicio de esa capacidad; y, por otra, que exista un precepto jurídico que haya atribuido a la Administración competencia para actuar.

Como se ha señalado, esta norma atributiva de competencias en su vertiente material existe tanto cuando la norma define agotadoramente la actuación de la Administración (lo que Merkl consideró la realización más compleja del principio de juridicidad por una norma especial autorizadora y obligadora) *como cuando simplemente la autoriza para actuar en beneficio del interés general, regla esta última que, en un Estado de Derecho, necesariamente ha de ser la regla mínima de atribución de competencias ya que, por definición, en aquél, la existencia de la Administración como poder público no puede tener otro objeto que la satisfacción del interés general*. De ahí que en los casos en los que una acción no pueda ser imputada a la Administración, dicha acción se atribuirá al sujeto que la ha realizado pero no podrá considerarse como una acción del Estado;<sup>(31)</sup> en vista de que la Administración Pública es un Poder Público Constituido, pero instrumental,<sup>(32)</sup> subordinario o vicarial,<sup>(33)</sup> por expresa denominación constitucional, cuando la constitución administrativa la aborda desde una perspectiva funcional u objetiva en el artículo 226.

(30) Cfr. El artículo 227 de la Constitución de la República de Ecuador es un gran ejemplo.

(31) Merkl, A. (1980) "Teoría General del Derecho Administrativo." Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212 y 213.

(32) Brito, M. (2006) Principio de Legalidad e Interés Público en el Derecho Positivo Uruguayo, En "La Justicia Uruguaya." T. XC. Sección Doctrina. Pág. 11.

(33) Meilán, J. (1996) La Administración Pública a Partir de la Constitución Española de 1978, En "V Revista Española de Derecho Constitucional. Año 16. N° 47." Madrid, España. Pág. 163. La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación: Artículo 226 Constitucional de Ecuador.

El anterior precepto destaca el aspecto servicial de la Administración Pública, caracterizándola de una forma singular, no aplicable por tanto en un sentido institucional a las otras organizaciones, que ejercen el Poder Público. Desde esta perspectiva orgánica cobra especial significación la Administración Pública, ya que la justificación de su existencia radica en la servicialidad de la misma,<sup>(34)</sup> que proviene de su propia etimología, pues la palabra administrar proviene del latín *ad* y *ministrare*, que significa "*servir a*."<sup>(35)</sup> Así, lo peculiar de la función administrativa se encierra en la consideración de que "constituye un servicio a la colectividad," con lo que se destaca un aspecto cualitativo, que habrá de vencer toda la actividad de la Administración, como nota esencial de su especialísimo régimen jurídico.

Por tanto, resulta que el principio de juridicidad en la formulación de Merkl se limita a enunciar la existencia de esta regla lógica de la que se deriva la necesidad de que toda acción administrativa se encuentre fundamentada en algún precepto jurídico que permita atribuir dicha acción a la Administración.<sup>(36)</sup> Por ello, de este principio no cabe deducir la exigencia de que la Administración no pueda actuar si no existe una norma que exprese y específicamente autorice cada una de sus actuaciones, y siempre dirigida en su orientación vicarial de servicio al público.

Como señaló Merkl, el principio de juridicidad no expresa la conveniencia de que cada una de las acciones administrativas deba atenerse al Derecho vigente y, en consecuencia, no deba violarlo ni tampoco que haya de ser comprendida por el Derecho o descansar en él. Este principio enuncia, como el propio Merkl sostuvo citando a Kelsen, una regla de atribución jurídica que permite significar un obrar humano como acción estatal, lo que en la formulación Kelseniana determina que ese acto sea a su vez Derecho (según esa acepción del Derecho, toda actuación de la Administración es, por definición, ejecución del Derecho).<sup>(37)</sup> Por ello afirma Merkl, que la Administración no puede ser vista, sino como una función jurídica, como aplicación del Derecho, y en especial como ejecución del Derecho Administrativo.<sup>(38)</sup>

Distinto del principio de juridicidad es el principio de legalidad.<sup>(39)</sup> Como puso de relieve Merkl, el principio de legalidad es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad. El principio de legalidad presupone el de juridicidad, pero el principio de juridicidad no condiciona en modo alguno el de legalidad. Como explicó este autor, el principio de juridicidad es una ley jurídico-teórica, que se funda en la esencia que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas. Por ello, considera que la existencia de la juridicidad precede a toda y a todas la Administración. Por el contrario, el principio de legalidad, cualquiera que sea el significado que al mismo se le atribuya, es un postulado jurídico-político que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva.

(34) Soto, E. (1996) "*Derecho Administrativo. T. I.*" Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile.

(35) Delpiazzo, C. (2006) Marco Constitucional del Derecho Uruguayo, En "*V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica.*" Quito, Ecuador.

(36) Merkl, A. (1980) "*Teoría General del Derecho Administrativo.*" Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 211.

(37) El Artículo 83.1 Constitucional de Ecuador. "*Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley. 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.*"

(38) Merkl, A. (1980) "*Teoría General del Derecho Administrativo.*" Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 211.

(39) Merkl A. dice: "es menester no confundir este principio el de juridicidad con el principio emparentado de legalidad." Pág. 212. Cfr. Merkl, A. (1980) "*Teoría General del Derecho Administrativo.*" Editora Nacional. México D.F., México.

Con independencia de la significación que el principio de legalidad haya podido tener en otros momentos históricos o incluso en otros ordenamientos jurídicos, la cuestión que ahora se plantea es determinar cuál es el contenido de este principio en nuestro ordenamiento jurídico. Ya se ha visto cómo la mera enunciación del principio de legalidad en los artículos 226 y 227 de la Constitución no es a estos efectos de mucha ayuda, pues, como señala Rubio con éste tipo de cláusulas constitucionales acerca de la legalidad: "la proclamación verbal de este principio no tiene en sí misma contenido propio independiente del que se deriva de otras normas.<sup>(40)</sup> El problema es que a este principio se le atribuyen distintas significaciones. Por ello, hay posiciones doctrinales y jurisprudenciales muy diversas. No obstante, todas ellas coinciden en entender que uno de los contenidos que actualmente tiene el principio de legalidad es someter la actividad de todos los poderes públicos al Derecho. Para Cassese (2014) "El principio de legalidad ha sido el producto de un proceso que ha durado al menos dos siglos, de legalización o de juridificación creciente de la Administración Pública." Pág. 289.<sup>(41)</sup>

Las etapas de este proceso son numerosas y son resumidas así: *Inicialmente*, la Administración Pública venía considerada como una actividad libre de vínculos, en cuanta explicación de un poder autónomo e independiente como parte del Poder Ejecutivo. *Sucesivamente*, a pesar de seguir siendo parte del Poder Ejecutivo ha sido sometida a la Ley. *La Tercera* fase es aquella, que abre con el sometimiento de la misma Ley a una Ley de mayor grado: la Constitución.

En esta fase, en las Constituciones penetraron no sólo los principios a los cuales está sometido el Poder Legislativo, sino también principios a los cuales está sometida la Administración. *Por último*, se asoma una nueva fase, que ve dedicados los principios relativos a las Administraciones Públicas –diversamente llamados: tratados, convenciones, incluso constituciones supranacionales.

Por último, el Título I, Sección I de la Constitución de Ecuador (Artículos 1 al 5) pretende un imperio de Derecho como puede pretenderse con la traspolación de la idea del venezolano Hernández-Mendible (2008) "...donde además de las normas jurídicas, se encuentran todos los 'valores constitucionales,' desde los proclamados 'valores superiores' –que no existen en la Constitución de Ecuador- hasta los esparcidos a los largo del Texto Fundamental, y, en los que se incluyen ciertas 'garantías institucionales,' y también los principios generales del Derecho."<sup>(42)</sup> Igualmente, la idea de la Pachamama cobra sentido en este orden de ideas.<sup>(43)</sup>

(40) Cfr. **Rubio, F.** (1995) "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)." Ariel. Derecho. Prólogo. Pág. XIX y nota Núm. 12.

(41) **Cassese, S.** (2014) Las Tres Etapas de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, En "La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo." Coordinadores Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

(42) **Hernández-Mendible, V. R.** (2008) Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo, En "Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. VII Foro de Derecho Administrativo." Edición Netbiblo. Valladolid, Salamanca, España. Págs. 657-689.

(43) Cfr. **Constitución de Ecuador** (2008) El artículo 71 establece: La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. *Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.* Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. La Consagración constitucional de la **Pacha Mama** forma parte de la juridicidad estatal.

En consecuencia, la Administración Pública Ecuatoriana debe ceñirse al denominado principio de constitucionalidad, legalidad, juridicidad y vinculación del Estado, en cualquiera de sus formas al Derecho, el cuál, no sólo exige conformidad de las actividades funcionales de la Administración Pública con la norma o regla de Derecho preexistente, tanto exógena, esto es, la que es impuesta desde fuera, por la Constitución y la Ley, como endógena, constituida por la norma, que emana de su propio seno.

Así las cosas, el francés Odent (1981) “el principio constitucional implica, necesariamente, la existencia de órganos encargados de aplicar el Derecho y de reestablecer la legalidad casualmente desconocida, o sea, órganos jurisdiccionales,” Pág. 17, pues cualquier extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones, vicia de ilegalidad el acto de que se trate, y su nulidad debe ser declarada si así fuere solicitada. Éste es el principio de legalidad en que descansa el Estado de Derecho.

### 2.3 . La Tesis de la Vinculación Negativa (O, Noción Mínima).

Para el venezolano Araujo (2017):

En una primera aproximación conceptual al principio de la legalidad de la Administración Pública, la llamada vinculación negativa (*negative bindung*) de **Wincker**, la Administración Pública se vincula negativamente a la Ley, que opera como un límite externo a una básica libertad de determinación: ***Quae non prohibita, permissa intellegitur.*** Pág. 177.

En este sentido, la ley actuaría como un límite de la actuación libre de la Administración Electoral; así, ésta quedaría legitimada en su actuación puramente con probar, que no hay concepto legal en su contra, y, que significa: a) todo lo que la Ley no prohíbe hacer a la Administración Pública, se entiende que es campo dejado a su completa decisión; y b) un avance extraordinario de la *Freie Ermessen*, o, de discrecionalidad, o de libertad administrativa libre.

En otras palabras, la vinculación negativa instituye una flexible relación de compatibilidad o no contrariedad, que se traduce en bastarse para que la actuación administrativa sea legítima, en que esa actuación, se adecúe a las exigencias del principio de legalidad, el no violar directamente ningún precepto legal, esto es, que exista una “relación de compatibilidad o no contrariedad” entre su actividad y el ordenamiento jurídico, que postula la teoría del principio en estudio, como un mero límite externo de la función administrativa. Pero la Constitución del Ecuador, con ayuda de las reglas, los principios y los valores constitucionales regulan con distinta intensidad los distintos aspectos operacionales del Estado Ecuatoriano, y el tratamiento adecuador de compatibilidad no es uniforme con cada norma o caso.

De tal modo, que constitucionalmente es imposible matizar una vinculación negativa del Estado a la regulación general del Estado con la

Constitución y las leyes. Las reglas constitucionales disfrutaban de una mayor facilidad por su mandato categórico imperativo directo hacia el destinatario. No obstante, la situación de los principios y los valores jurídicos poseen contornos jurídicos reguladores mucho más complicados, que dificultan la eficacia general y particular de una cierta parte del articulado constitucional. Incluso del entramado normativo de varios cuerpos legislativos, que contienen ese tipo de normas jurídicas, esto es, las contentivas de los principios y valores jurídicos. Aunque, los principios informan de una forma más clara que puede la Administración Electoral hacer que los valores jurídicos.



### 3. Administración Pública Electoral y Derechos Constitucionales del Elector.

En los sistemas electorales democráticos la Administración electoral es un complejo orgánico que sirve al interés público de garantizar un régimen de elecciones libres consustancial a un Estado social y democrático de Derecho. Es bien sabido que ese entramado institucional no siempre ha estado al servicio de los intereses democráticos, sino que en bastantes ocasiones ha contribuido, precisamente, a impedir la expresión del pluralismo político y a que se escuchará la voz de los ciudadanos en las urnas.<sup>(44)</sup>

En la República de Ecuador, la Constitución de 2008 consagra dos grupos de normas constitucionales en el área administrativo-electoral. Un claro primer grupo, donde la Administración Electoral acaba siendo encuadrada como parte de las Administraciones públicas en General: Artículos 225-28; y un Capítulo dedicado a la Administración Electoral en particular: Artículos 218-219, que se haya integrada por un grupo de normativas de tipo legislativo, reglamentario y jurisprudencial.<sup>(45)</sup>

#### 3.1. La Ley Orgánica de Procesos Electorales Ecuatoriana y Otras Normativas.

En *primer lugar*, al tener un carácter orgánico, esta ley ocupa el rango más alto dentro de la legislación nacional, solamente supeditada a la Constitución de la República. Por tanto, Pachano (2012) "*sus disposiciones prevalecen sobre las de otros cuerpos legales que pueden abordar algunos aspectos relacionados con los temas regulados por ésta.*" Pág. 15. Igualmente, Pachano (2021):

Éste carácter determina que los aspectos electorales y de regulación de las organizaciones políticas puedan ser tratados dentro de su especificidad, lo que puede considerarse como una base para lograr niveles óptimos

(44) **Rallo A.** (1997) "*Garantías Electorales y Constitución.*" Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Madrid, España. Pág. 35. También **Martínez, P.** (2003) "*El Control Electoral.*" Congreso de los Diputados. Madrid, España. Y, **Presno, M. A.** (2012) El Origen del Derecho Electoral Español, En "*Revista Española de Derecho Constitucional N° 32.*" Madrid, España. Págs. 163-186.

(45) La Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia publicada en el Registro Oficial n.º 352 del 30 de diciembre de 2010. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial n.º 445 del 11 de mayo de 2011. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia publicada en el Registro Oficial n.º 634 del 06 de febrero de 2012. Sentencia de la Corte Constitucional de Transición, n.º 028-12-SIN-CC del 17 de octubre de 2012.

de transparencia y para asegurar la especialización de las instituciones correspondientes.

En *segundo lugar*, la integración en una sola ley de los aspectos que anteriormente se encontraban dispersos en diversos cuerpos legales es un paso positivo en términos de coherencia y de agilidad en los procedimientos. Desde el inicio del período democrático (en 1978), en Ecuador existieron como cuerpos separados las leyes de Partidos y de Elecciones, a las que se sumó más adelante la Ley de Gasto Electoral. Esto daba lugar a múltiples contradicciones objetivas entre sus respectivas disposiciones y abría la posibilidad de múltiples interpretaciones. Igualmente, repite Pachano (2012) "La integración en un solo cuerpo no elimina totalmente esos problemas potenciales, pero sí los reduce significativamente por la coherencia que deben guardar sus componentes." Pág. 16.

En *tercer lugar*, al estar concebida casi en términos reglamentarios, la ley es exhaustiva en sus regulaciones. Aunque cuenta con varios cuerpos reglamentarios subsidiarios, la ley aborda con mucho detalle los diversos ámbitos que están bajo su regulación, pudiendo ser un factor positivo, en cuanto contribuye a reducir el margen de discrecionalidad de autoridades y actores políticos.

En *cuarto lugar*, la separación de las funciones de administración de las elecciones y de justicia electoral ofrece mejores condiciones que las anteriormente vigentes en Ecuador. La atribución de esas funciones y facultades a un solo organismo (el Tribunal Supremo Electoral) tendía a convertirle a este en Juez y parte dentro de los procesos judiciales electorales. La creación de dos organismos distintos (CNE y TCE) con funciones y atribuciones específicas, elimina ese riesgo.

Las principales debilidades de las regulaciones pueden sintetizarse en **cinco**: En *primer lugar*, en un aspecto propio del diseño institucional, que es la debilidad de controles institucionales sobre los organismos y sobre los procesos electorales. Aparte de la intervención de la Contraloría, que fundamentalmente actúa *ex post*, no existen mecanismos de control, vigilancia y sanción fuera del propio ámbito de las instituciones encargadas de los asuntos electorales. Incluso los órganos de Justicia ven reducidas sus atribuciones frente a aquellos organismos (que, cabe señalar, constitucionalmente son creídos como un poder o una función del Estado).

Las facultades de la Asamblea Legislativa para ejercer el control de los integrantes de los organismos electorales se reducen a la fiscalización, planteada en términos generales en el artículo 120.9 de la Constitución, y al juicio político (en el artículo 131), que no constituye control o seguimiento permanente. Esta debilidad se deriva, en gran medida aunque no exclusivamente, del recorte de funciones y atribuciones del órgano legislativo realizado por el nuevo sistema constitucional. Prácticamente todas las funciones de control y de participación en la conformación de las instituciones estatales fueron transferidas al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) un organismo que no es representativo, y por consiguiente no expresa la voluntad popular.

En *segundo lugar*, se destaca el origen de los integrantes de los organismos de la Función Electoral, que es otra característica propia del diseño institucional. Los miembros del CNE y del TCE provienen de un concurso de méritos y oposición, lo que se ha demostrado en la práctica como una vía

poco efectiva para dotarles de la legitimidad necesaria para el ejercicio de sus funciones. Sus actuaciones están siempre bajo un manto de dudas acerca de las motivaciones políticas y de la intención que las conduce. La manera en que son seleccionados da enormes ventajas al gobierno en funciones, ya que puede influir decisivamente en ese proceso y por consiguiente en su desempeño posterior.

*En tercer lugar*, los actores políticos tienen muy poco espacio para realizar control y seguimiento de los procesos electorales, e, incluso para canalizar sus cuestionamientos y demandas. El ámbito en el que ellos puedan ejercer su derecho a controlar la transparencia de los procesos se reduce a la posible participación en las mesas electorales o de votación, pero están ausentes en el resto del proceso. Las dudas con respecto a la limpieza de los procesos, que se han incrementado en los últimos años, tienen su origen en este aspecto y en el relacionado con el origen de los integrantes de los organismos.

*En cuarto lugar*, a pesar del carácter reglamentario de la Ley electoral, hay muchas disposiciones y prohibiciones que no narran con las sanciones respectivas. A manera de ejemplo pueden citarse las disposiciones de los artículos 204 y 205 de la Ley electoral, que *prohíben la compra de votos y la publicidad electoral*. Asimismo, las prohibiciones para la difusión de publicidad por parte de las instituciones públicas (Artículo 207), no tienen como correlato las sanciones para sus directivos. Algo similar ocurre con la fijación de límites para el gasto electoral (Artículo 209).

*En quinto lugar*, en estrecha relación con el punto anterior, las disposiciones existentes no son bastantes ni efectivas para controlar las acciones de determinadas autoridades y actores políticos en las campañas electorales. La participación de las autoridades en las campañas ha sido una constante desde que entraron en vigencia las normas vigentes. El único recurso a disposición de las autoridades electorales ha sido el exhorto que, obviamente, no tiene fuerza legal ni entraña una sanción. Por ello, se puede afirmar que las autoridades en ejercicio cuentan con enormes ventajas en los procesos electorales, y, que aunque su participación está claramente prohibida (así como el uso de los recursos públicos que se encuentran bajo su responsabilidad), la posibilidad de efectivizar esta norma, es prácticamente nula.

En cuanto a los vacíos en la ejecución y cumplimiento de las regulaciones se desprenden de los puntos señalados en el acápite anterior, pero también provienen de aspectos relacionados con la conformación de las instituciones electorales. Para Pachano (2012):

El más importante de estos es la estrecha cercanía con el Gobierno nacional. Debido en gran medida a la manera en que se conforman esos organismos, pero también por la manera en que comprende al ejercicio de la política. La mayor parte de los integrantes del CNE y del TCE previamente ha ocupado cargos en el ejecutivo y al finalizar sus funciones han retornado a ese campo. Básicamente se ha tratado de militantes y simpatizantes del movimiento político gubernamental, que han considerado el desempeño de sus funciones en los organismos electorales como parte de sus

funciones de actores políticos. En esas condiciones, las disposiciones, regulaciones, prohibiciones y sanciones quedan sin efecto. Pág. 17.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Yatama vs Nicaragua, del 23 de Junio de 2005 y Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, del 21 de Noviembre de 2007), **Dalla** sostiene “*Las notas de previsibilidad y certeza de las normas electorales y la exigencia de un posterior control independiente de las irregularidades se deducen pues de un mismo principio de legalidad electoral;*” mientras que “*la Convención Americana debe comprenderse, de acuerdo con la doctrina fiada 30, CADH en la OC6/86 y recibida en casos posteriores, y según el alcance de la expresión ‘leyes’ en el art. 30 CADH. Se ha interpretado que se trata de una ley formal: la norma emanada de los órganos democráticamente elegidos. [...] La Corte se funda en que los actos estatales que afecten Derechos fundamentales, para que no queden al arbitrio del poder público, deben estar rodeados de un conjunto de garantías, entre ellas, que se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo.*”

Por su parte, el Tribunal Contencioso Electoral de Ecuador ha entendido que “*el proceso electoral no solo alude a la convocatoria de comicios y al acto de votaciones, sino que comprende también escrutinios, proclamación de resultados y adjudicación de puestos.*” (TCOE 2009).

El sistema y proceso electoral es un instrumento para que el derecho al sufragio —*activo y pasivo*— pueda ser ejercido, y que, como todo proceso, se integra de una serie de actos sucesivos para lograr el objetivo indicado, por lo que el modo más eficaz para que avance es que exista definitividad en las distintas etapas, de manera que el derecho al sufragio se ejercite en el plazo legalmente dispuesto. Esto implica que los actos del proceso electoral que adquieren definitividad son los que emiten las autoridades encargadas de organizar los comicios en cada una de las etapas que integran ese proceso. En cuanto a su contenido y caracteres, se reconoce que, conforme a la ley, cuenta con etapas como la de preparación de la elección, la de la jornada electoral, de resultados y declaración de validez, que desarrollan de manera continua y sin interrupciones, donde su conclusión implica el comienzo de la siguiente; su finalidad es la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

#### 4. La Justicia Electoral Ecuatoriana: Configuración Constitucional.

La tutela judicial efectiva electoral es extendida por el Tribunal Contencioso Electoral (TCE).<sup>(46)</sup> Sin embargo, cabe destacar que la obligatoriedad de tutelar los derechos políticos radica en la Administración Pública y los Tribunales, en ambos de diferentes formas.<sup>(47)</sup> Por consiguiente,

<sup>(46)</sup> Artículo 217 Constitucional dice: **La Función Electoral** garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. **La Función Electoral estará formada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral...**

<sup>(47)</sup> Por ejemplo, el artículo 221 Constitucional dice: El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: 1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. 2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales. 3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto. Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.

comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda instancia, culminando con la decisión. En consecuencia tiene un nexo causal lógico con el debido proceso, pues pretende evitar el abuso y las ilegalidades que pudieran cometer un órgano estatal en un procedimiento legal. Así, dentro de los juicios, garantizando que se actúe ceñido a la Constitución y la ley, a fin de que se juzgue de acuerdo al procedimiento legal.<sup>(48)</sup>

Por lo expuesto, Solano (2008) “el acceso a la justicia es el primer escalón de lo que siempre hemos denominado debido proceso.” Pág. 103. Por lo señalado, la tutela judicial efectiva es un derecho intrínseco de cada persona, que reside en las libertades y facultades que posee todo ciudadano por su sola condición humana, sin distinción alguna. Además la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental inherente a la persona humana y reconocido en la constitución de un Estado, lo cual se produce debido a la cultura jurídica e idiosincrasia de cada pueblo, que es incorporado con las particularidades propias de un Estado y reconocido mediante procesos democráticos específicos como las asambleas constituyentes y consultas populares, es decir, es un derecho constitucionalizado democráticamente.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante **Sentencia N°0118** del 04-05-2011, Expediente 118, publicado en el Registro Oficial Suplemento 336, de 18-09-2012, determina que:

SEXTO.- El reconocimiento de la garantía a la tutela judicial efectiva, [...] “es una exigencia de todo ordenamiento jurídico, desde el momento en que el Estado, en procura de la paz y la correcta convivencia social, asume el monopolio de la composición, de los litigios y proscrib[e] la autodefensa”; razón por la cual “el Estado no puede desentenderse de su función de hacer justicia -sin la cual no existe orden ni derecho- y constituye un deber inexcusable que puede ser exigido

(48) **Las garantías jurisdiccionales** se regirán por las siguientes disposiciones: **1.** Cualquier persona podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. **2.** Será competente la jueza del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: **a)** El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias; **b)** Serán hábiles todos los días y horas; **c)** Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción; **d)** Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión; **e)** No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. **3.** Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. El juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. **4.** Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. **5.** Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia. Igualmente, el **Artículo 87-** Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

por los ciudadanos.” “Este derecho fundamental, que en primer término supone una garantizada posibilidad de acceso a la jurisdicción, tiene relación con el derecho de acción... Por esta razón la Constitución, además del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez, dispone la celeridad procesal, proscribida la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habrá la deseada efectividad en la administración de justicia.” Ello lleva a concluir que según Benalcázar (2007) “*a que los requisitos legales para el acceso a la jurisdicción y a los recursos... deben ser razonables y obligan a la interpretación más favorable al pleno ejercicio del derecho*” y que “*el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido ni obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes.*” Pág. 41-47.

En materia electoral, el TCE con la causa N° 090-2013:

El propio artículo 11, inciso cuarto de la propia Constitución señala que el Estado es objetivamente responsable por las eventuales violaciones a los derechos humanos “por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso...”; por lo que, aun cuando el recurrente no hubiere invocado inobservancia a otras normas del debido proceso, la autoridad jurisdiccional, responsable de la tutela efectiva de los derechos de toda persona, está en la obligación de rectificar, de oficio, cualquier desmedro que llegare a identificar, a favor de la persona que recurre, no solo por ser consustancial a su deber de respetar, proteger y promover derechos; también, por cuanto la autoridad jurisdiccional está llamada a cubrir las omisiones de derecho en las que incurrieren las partes, en función del principio *iura novit curiae* desarrollado en la jurisprudencia interamericana, en los siguientes términos “...en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente...” (CIDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 -09-2005, Párrafo 59).

Esto viene ligado a que el TCE señala con la causa N° 142-2013:

Bajo la regla procesal por la cual el Juez sólo puede suplir las omisiones en derecho, pero no puede ir más allá del petitorio, siendo éste su límite a fin de evitar un exceso jurisdiccional, pues lo contrario implicaría que el Juez pierda su condición de imparcialidad al

actuar como un tercer interesado dentro del proceso, recabando de oficio pruebas que no le han sido solicitadas y resolviendo pretensiones que no le han sido formuladas.

Si bien es cierto que el TCE tiene la atribución sustancial, y es responsable de velar por el ejercicio de los derechos de participación, no es menos cierto, que debe limitarse el pedido realizado con la finalidad de mantener su imparcialidad y, sobre todo, cumplir el principio dispositivo que regula la actividad jurisdiccional.<sup>(49)</sup>

En este sentido, la justicia electoral está gobernado por el principio de doble instancia en lo electoral, que se tiende en la jurisprudencia electoral en la **Causa N° 152-2013-TCE** (acumuladas 150-2013; 153-2013; 154-2013; 151-2013; 092-2013):

(...) La revisión procesal que tiene su origen en el principio de la doble instancia, obliga al juzgador a revisar que en la primera instancia se haya garantizado el debido proceso, aunque las partes así no lo invoquen, porque solo de esa manera se mantiene vigente éste principio así como el de la tutela efectiva y el derecho de defensa que garantiza el Juez de cierre del proceso (...)

En materia electoral, la justicia debe reducirse a la instancia administrativa y la jurisdiccional, pues el quebrantamiento de las garantías básicas constitucionales debe ser visualizado por los jueces electorales.<sup>(50)</sup> Además, que en ambas instancias, según el principio jurídico de inmediatez, los principios procesales, probatorios, y demás, cobran real vigencia para el electorado.<sup>(51)</sup> Sin embargo, no puede olvidarse temas esenciales como los aspectos jurídicos que ambas autoridades, en la materia, revisan antes de emitir la decisión definitiva, como la legitimación, oportunidad, y la fundamentación de hecho y de derecho.

## CONCLUSIONES

El presente artículo científico expuso el principio democrático desde una perspectiva formal, y material, conforme a una categorización normativa propia de la dogmática heurística, con el ejemplo de la doctrina germánica de

(49) La Justicia Electoral de Ecuador queda articulada por el Recurso Contencioso de Nulidad establecido en la Ley. Por la acción de protección regulada primeramente por el artículo 88 de la Constitución. Por la acción de acceso a la información pública regulada primeramente por el artículo 91 de la Constitución; por el artículo 92 de la Constitución que regula el Habeas Data; por la acción de incumplimiento del artículo 93 de la Constitución; y, por la acción extraordinaria de protección del artículo 94 de la Constitución.

(50) De acuerdo el mismo artículo 217 de la Constitución, la doble instancia electoral incumbe a la autoridad administrativa y jurisdiccional. Ciertamente, es doble, pero no doblemente jurisdiccional, aunque existe una doble instancia estatal. El sistema electoral Venezolano comete el mismo error conforme a los artículos 92 y 197. El concepto jurídico de la jurisdicción incumbe únicamente a los Tribunales, no a la Administración Pública. En todo caso, Ecuador posee una única instancia judicial en materia electoral: El Tribunal Electoral. Y en especial, el artículo 173 - "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."

(51) De acuerdo al artículo 169 de la Constitución, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades. Cfr. TCE, Causa 33-Q-2009.

**Otto Bachof** de las normas constitucionales que sirven de medida para medir la constitucionalidad de otras normas constitucionales. El artículo 1 compone la base del sistema jurídico ecuatoriano, en vista de que el resto del articulado constitucional debe plegarse al espíritu, al sentido sintáctico del Estado de Derecho, Social, Democrático.

El Sistema Jurídico ecuatoriano desde la perspectiva de la Constitución Democrática coloca límites jurídicos precisos a los poderes públicos constituidos *-el constituyente incluido-* para proteger los respectivos derechos fundamentales de los administrados, pues la preeminencia de estos son la clave de bóveda para descifrar la verdadera ideología constitucional del Constituyente de 2008, que tomando la frase de Aragón: el reconocimiento formal, constitucional, de los derechos es una fragmentación de la democracia en cabeza de los administrados como titulares.

Ulteriormente, la ideología de la reserva legal como obstáculo competencial forma una premisa ideológica del liberalismo decimonónico de tipo constitucional, que restringe la intervención del Poder Ejecutivo en un asunto que por su propia naturaleza, es de eminente carácter parlamentario: los derechos políticos pueden ser regulados y restringidos por ley formal. Consecuencialmente, el legislador con su cincel legal restringirá sin demasías desconfigurantes del contenido esencial de los derechos fundamentales los atributos necesarios para guardar la particularidad de un sistema electoral moderno, eficaz y transparente al servicio del elector como administrado que es. La legalidad constituye no sólo ideológicamente una garantía del orden normativo instituido constitucionalmente por el poder constituyente, sino una *garantía salvaguardadora directa de la efectividad de los derechos fundamentales*.

Finalmente, la tutela judicial efectiva estructurante de la institucionalidad procesal, constituye el sentido estático del término, donde el debido proceso con sus modulaciones internas de la tutela judicial efectiva con su **inicio**: *acceso a un tribunal*; **fin**: *sentencia oportuna apegada a derecho*; **concreción**: *ejecución de sentencia*; y, **la eficacia provisional procesal**: medidas cautelares; constituyen la esencia final dinámica de un sistema y un proceso electoral transparente, donde los candidatos y los electores pueden cuestionar la presunta legitimidad de las actuaciones electorales ante una instancia competente por la materia, como el TCE. Las demás garantías constitucionales del sistema jurídico instituyen derivaciones secuenciales de las garantías constitucionales anteriormente mencionadas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alessi, R.** (1970) *Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I.* Bosch. Barcelona, España.
- Andrade, R.** (2018) El Sistema Electoral Ecuatoriano en un Estado Garantista, En *Revista de Derecho Electoral N° 26.* Segundo Semestre. Quito, Ecuador.
- Aragón, M.** (2000) La Democracia Constitucional En, *Constitución y Constitucionalismo Hoy.* Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 93-124.

**Araujo, J.** (2017) Derecho Administrativo Constitucional. Colección Manuales y Obras Generales N° 1. CIDEP. EJV. Caracas D.F., Venezuela.

**Ballbe, M.** (1975) *"Derecho Administrativo T. I."* Nueva Enciclopedia Jurídica Editorial Seix. Madrid, España.

**Beladiez, M.** (1994) Nulidad y la Anulabilidad. Su Alcance y Significación, En *"Revista de Administración Pública N° 133."* Madrid, España.

**Benalcázar, J.** (2007) *"Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina."* Andrade y Asociados. Quito, Ecuador.

**Brewer-Carías, A.** (2005) *"Principios Fundamentales del Derecho Público."* Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo (UCAB) N° 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Pág. 90.

**Dalla, A.** (2013) *"Derechos Políticos, Normativa y Equidad en los Procesos Electorales."* La Ley 133 (22 de Julio de 2013): 952-968.

**De Otto, I.** (1993) *"Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes."* Ariel. Barcelona, España.

**Einsenmann, C.** (1982) *"Cours de Droit Administratif."* Dalloz. París, France.

**Fernández, F.** (2012) "Comentarios Bibliográficos a Bachoff, Otto, *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*" En *"Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional."* N° 16, Madrid, España. Págs. 643-724.

**García, R.** (1988) *"Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria"* Ariel. Derecho, Barcelona, España.

**García, E.** (1994) *"La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo, tras la Revolución Francesa."* Alianza Universidad. Madrid, España.

**García, E.-Fernández, T.** (1999) *"Curso de Derecho Administrativo. Tomo I."* Novena Edición. Madrid, España.

**Goyes, S.** (2013) De las Cuotas a la Paridad: el Caso del Ecuador, En *"La Apuesta por la Paridad: Democratizando el Sistema Político en América Latina: Los Casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica."* Editora Beatriz Llanos. Lima, Perú. Págs. 47-115.

**Hauriou, M.** (1967) *"Précis de Droit Administratif et de Droit Public."* 11° Ed. París, France.

**Jesch, D.** (1978) *"Ley y Administración."* Trad. M. Heredero. IEA. París, France.

**Rubio, F.** (1993) Principio de Legalidad, en *"La Forma del Poder (Estudios Sobre la Constitución."* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

**Martínez, P.** (2003) *"El Control Electoral."* Congreso de Diputados. Madrid, España.

**Merkel, A.** (1980) *"Teoría General del Derecho Administrativo."* Editora Nacional. Madrid, España.

**Mortati, C.** (1962) *"Constituzione dello Stato."* Enciclopedia del Diritto. Giuffrè. Milano, Italia.

**Odent, R.** (1981) *"Cours de Contentieux Administratif. T. I."* Les Cours de Droit (1977-1981). París, France.

**Presno, M. A.** (2012) El Origen del Derecho Electoral Español, En *"Revista Española de Derecho Constitucional N° 32."* Madrid, España. Págs. 163-186.

**Rallo A.** (1997) *"Garantías Electorales y Constitución."* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Madrid, España. Pág. 35.

**Saccomano, A. - Almirante, C.** (1997) Sistema Electoral y Reforma Constitucional, En *"Formas de Gobierno y Sistemas Electorales: la Experiencia Italiana y Española."* Coords. Ruíz-Rico, J. Gambino, S. Págs. 89-128. Madrid, España.

**Santamaría, J.A.** (1988) *"Fundamentos de Derecho Administrativo I."* Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres S.A. Madrid, España.

**Sánchez, M.** (1981) Notas Sobre la Función Administrativa en la Constitución, en *"La Constitución Española de 1978."* Coords. García De Enterría, y Pedriero A. Civitas. Madrid, España.

**Schneider, H.P.** (1991) *"Democracia y Constitución."* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Madrid, España.

**Solano, L.** (2008) Tutela Judicial en Centroamérica, En *"Ciencia del Derecho Procesal Constitucional en Homenaje a Héctor Fiz-Zamudio en sus 50 años como Investigador del Derecho."* (Coords.). Ferrer, E. y Zaldívar, A. pp. 95-115. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

**TCOE** (2009) Tribunal Constitucional Electoral. Sentencia 128, En *Sistematización de Sentencias Judiciales en Materia Electoral*, 16. Washington D.C. OEA.

**Zanobini, G.** (1954) *"Curso de Derecho Administrativo. Tomo I."* Buenos Aires, Argentina.

**Sentencia N° 118-2011.** 04-05-2011. Sala Contencioso-Administrativo de Ecuador.

**Sentencia N° 090-2013** del 20 de Julio 2013. TCE de Ecuador.

**Sentencia N° 142-2013** del 21 de Octubre de 2013. TCE de Ecuador.

Sentencia de 15 de Septiembre de 2005. CIDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia).

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). París, Francia.

---

---

---