

Mecanismos de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado*

Rafael Oyarte Martínez**

Este artículo busca generar debate académico sobre la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado en el Ecuador, y determinar si se trata de un acto normativo, de un acto administrativo, de un acto de simple administración, de un acto complejo o de un acto de naturaleza sui géneris, asunto que nos permitirá establecer a su vez la o las vías de impugnación de estos pronunciamientos, sean estas acciones constitucionales como de inconstitucionalidad de acto normativo, de acto administrativo o de amparo, o las acciones contencioso administrativas objetiva o de anulación, o subjetiva o de plena jurisdicción.

FORO

INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del Procurador General del Estado? Esta pregunta ha sido realizada a algunos administrativistas, precisamente, para determinar sus vías de impugnación. Las respuestas fueron disímiles y las discusiones que la cuestión provocaba, de modo casi ineludible, me llevaron a tomarlo como tema para ser desarrollado.

Desde la expedición de la *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado* (LOPGE), publicada en el Registro Oficial No. 372 de 19 de julio de 2001, se determinó el carácter vinculante de los dictámenes del Procurador General del Estado. Para efecto de determinar la o las vías de impugnación de esos pronunciamientos se hace necesario, en primer lugar, como se dijo, determinar su naturaleza jurídica, es decir, si se trata de un acto normativo, de un acto administrativo, de un acto de simple

* Monografía presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, para la obtención del grado de especialista superior en Derecho administrativo.

** Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor de Derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador y de la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

administración, de un acto complejo o si nos encontramos ante un acto de naturaleza sui géneris. Sostendré que, por sus características, elementos y efectos, el pronunciamiento del Procurador General del Estado es un acto de naturaleza sui géneris.

Lo indicado es fundamental para determinar las vías de impugnación de estos actos, esto es, a través de acciones constitucionales como las de inconstitucionalidad de acto normativo, de acto administrativo o de amparo, además de las acciones contencioso administrativas objetiva o de anulación, o subjetiva o de plena jurisdicción. Sostendré que, a pesar de las decisiones del Tribunal Constitucional en la materia, la vía idónea de impugnación directa de los dictámenes del Procurador General del Estado, por su naturaleza, es la acción de amparo. En todo caso, el mejor resultado que puedo lograr de este trabajo es que genere discusión, ello, de por sí, será el mejor premio que pueda obtener.

En este trabajo utilizaré los términos *dictamen* y *pronunciamiento* como sinónimos, aunque estimo que la expresión dictamen es más apropiada que la segunda, toda vez que la primera implica la manifestación de una opinión sobre determinado asunto (lo consultado, en este caso), mientras que el pronunciamiento tiene más relación con un asunto que se resuelve o se juzga.¹

NATURALEZA JURÍDICA

LA ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

De conformidad con los arts. 215 y 216 de la Constitución (CE), el Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado, le corresponde ejercer el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley, competencias que se reiteran en el art. 2 de la LOPGE.

Respecto de los dictámenes del Procurador General del Estado, la letra e) del art. 3 de la LOPGE, señala, como atribución exclusiva de este funcionario la de absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, agregando que este pronunciamiento es obligatorio para la administración pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley. En materia de asesoría y absolución de consultas, el art. 13 de la LOPGE reitera su carácter vincu-

1. Vid. *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., “dictamen” pp. 553-554, y “pronunciamiento” pp. 1251-1252.

lante sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, la que se realiza a petición de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

Esta facultad interpretativa de normas del Procurador General del Estado, producto de la absolucón de consultas, es sin perjuicio de las facultades de las Funciones Legislativa y Judicial y del Tribunal Constitucional. Esta disposici3n de la LOPGE se da en raz3n de que el Congreso Nacional tiene la atribuci3n constitucional de interpretar la ley de forma aut3ntica, esto es, con car3cter general y obligatorio, de conformidad con los arts. 130, n3mero 5, y 141, n3mero 7, de la Constituci3n. Del mismo modo, los3rganos de la Funci3n Judicial tienen a su cargo el ejercicio de la potestad p3blica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de acuerdo con el inciso primero del art. 191 del texto constitucional, y el Tribunal Constitucional es la magistratura que ejerce la denominada justicia constitucional, dentro de las atribuciones constantes en el art. 276 del C3digo Pol3tico. As3, las atribuciones de estos3rganos del poder p3blico no chocan ni se yuxtaponen: ni el Congreso Nacional, ni la Funci3n Judicial ni el Tribunal Constitucional est3n facultados para absolver consultas sobre la inteligencia y aplicaci3n de normas, ni el Procurador General del Estado, con la interpretaci3n que realiza en sus dict3menes, vincula a estas funciones del Estado que, en el ejercicio de sus atribuciones, determinan el sentido y alcance de las normas que aplican al efecto.

Ahora bien, queda por determinar la naturaleza del dictamen del Procurador General del Estado al absolver una consulta, para luego revisar sus posibles v3as de impugnaci3n.

EL ACTO NORMATIVO: CARACTERÍSTICAS

Los actos normativos, como la Constituci3n, las leyes, los reglamentos y las ordenanzas, entre otros, tienen caracter3sticas materiales² que los hacen comunes y son, de modo general, los siguientes:

1o. El acto normativo es *general*, es decir, se aplica a todos los sujetos cuya conducta se acopla a los presupuestos de hecho previstos en la norma, es decir, no se dic-

2. Materialmente, pues, formalmente, se est3 al tr3mite o procedimiento de formaci3n del acto normativo y al3rgano competente para emanarlo. Vid. Rafael Oyarte Mart3nez, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005, pp. 63-67. Rafael Oyarte Mart3nez, *Formaci3n de la Ley*, en *Temas Constitucionales*, Revista del Tribunal Constitucional, a3o 1, No. 1, Quito, enero 2004, pp. 36-37.

ta, por lo menos no frontalmente, para que se aplique a determinada persona.³ Parecería ser que los dictámenes del Procurador General del Estado, en absolución de consultas, tienen carácter general desde que la letra e) del art. 3 de la LOPGE señala que “El pronunciamiento será *obligatorio para la administración pública*, sobre la materia consultada”.

Como se observa, la interpretación que de una norma realiza el Procurador General del Estado no tiene el carácter de generalmente obligatorio, sino solo para la administración pública. Ahora bien, se debe tener presente que la ley no señala que la obligatoriedad del pronunciamiento sea solo para la entidad consultante, sino para la administración pública, razón por la cual, en apariencia por lo menos, nos encontramos frente a un acto que no es de efecto particular. Lo dicho, en todo caso, plantea una dificultad: si el consultante no está de acuerdo con el pronunciamiento puede solicitar su reconsideración, dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha de notificación del instrumento que lo contiene, por una sola vez, luego de lo cual ese dictamen puede ser rectificando o ratificado, lo que será definitivo y, en consecuencia, no puede modificarse a petición de parte (art. 13, incs. 2 y 3, LOPGE).

Ahora bien, si se entiende que el pronunciamiento no puede modificarse a petición de parte, se puede entender que el consultante no puede formular otra consulta con el mismo objeto, pero resulta que, si vincula a la administración pública y no solo al consultante, el dictamen será obligatorio no solo para quienes no consultaron sino para quienes no participaron en el proceso de emanación de ese dictamen.

Se puede señalar, en cambio, que el inciso final del art. 13 de la LOPGE señala que: “Si el pronunciamiento dictado por el Procurador General fuere adverso a los intereses de las instituciones del Estado, las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público o sus representantes legales están obligados a solicitar la reconsideración del pronunciamiento”, es decir, que la autoridad de otro órgano afectado por el dictamen debe solicitar la reconsideración, lo que añade dos problemas más, uno práctico y otro netamente jurídico. El problema práctico es que existen quince días para solicitar la reconsideración, como se indicó, los que corren des-

3. Digo que por lo menos no frontalmente, porque si se han dictado las denominadas *normas con dedicatoria*, mediante las que, sin mencionar “nombres y apellidos” es fácilmente identificable que el deseo del legislador es aplicarla a una persona, por ejemplo, la reforma que el Consejo Supremo de Gobierno realizó a la Ley de Elecciones prescribiendo que, para ser candidato a la Presidencia de la República se requería ser hijo de padre y madre ecuatorianos, asunto no previsto en la Constitución, pero que se dirigía a impedir la candidatura de Assad Bucarám. Lo mismo ocurrió con la incorporación a la CE del art. 74-A en su cuarta codificación (Registro Oficial Suplemento No. 73 de 23 de mayo de 1997), inhabilitando para ser candidato a cargos de elección popular a quienes hayan sido declarados cesantes por incapacidad física o mental, aunque esta disposición *ad hoc* se encuadraría con el establecimiento de otras causales, la que tenía la evidente finalidad de evitar la posible candidatura de Abdalá Bucarám.

de la notificación del dictamen: la notificación solo se realiza al consultante, entonces, ¿cómo otra autoridad, que no ha sido notificada por no ser la consultante, puede solicitar la reconsideración? Este es un predicamento de difícil respuesta y que será objeto de análisis más adelante.⁴ El problema jurídico emana de ese problema práctico: si no pudo solicitar la reconsideración dentro del término, o si el consultante no fundamentó adecuadamente la petición de reconsideración por lo que se ratificó el contenido del dictamen, ¿cómo puede ser obligatorio el pronunciamiento para toda la administración pública?

Todo lo señalado lleva a dudar de que, en efecto, se trate de un acto de carácter general.

2o. La generalidad del acto normativo no solo tiene que ver con la obligatoriedad sino también con su *universalidad*. Los preceptos de la norma se refieren a todas las personas que se encuentran en las condiciones previstas en ella, es decir, que no se realizan distinciones arbitrarias que tiendan a que los presupuestos de hecho y las consecuencias jurídicas previstas en la norma no se apliquen a determinadas personas. Al parecer, el pronunciamiento del Procurador General del Estado se engloba en esta característica, pues no excluye a ningún órgano de la administración pública respecto de su vinculación, ni excluye a persona alguna que se encuentre dentro de las condiciones en éste previstas.

3o. Los actos normativos son *abstractos*, es decir, no regulan situaciones jurídicas concretas. En este punto se debe tener presente que la consulta se puede formular respecto de un caso concreto, pero la respuesta que da el Procurador General del Estado no solo se referirá a la solución jurídica de ese caso, sino a la interpretación que se le pueda dar a la norma en todos los casos similares.

4o. *Obligatoriedad y coacción*. La obligatoriedad del acto normativo implica que su cumplimiento no depende de la voluntad o de la convicción de los destinatarios de la norma (por su carácter unilateral y la heteronomía del Derecho, a diferencia de la bilateralidad y autonomía de las normas éticas y religiosas), y, en caso contrario, se aplica *coactivamente*, es decir, por la fuerza.⁵ De este modo, el dictamen del Procu-

4. Vid. la sección relativa al procedimiento, dentro de los elementos del acto administrativo.

5. Claro que una norma que se aplique de modo coactivo de forma permanente, hace dudar de su legitimidad. En un orden legítimo, los destinatarios de la norma la cumplen por convicción, haciendo de la fuerza un mecanismo residual, como lo señala Rodrigo Borja.

rador General del Estado es obligatorio, so pena de viciar el acto que se dicta inobservando el pronunciamiento.

5o. El acto normativo es *permanente*, es decir, no se agota con su cumplimiento, a diferencia de un acto administrativo, ni declina en su vigencia por su no cumplimiento, pues, como lo señala Kelsen, en ese evento se aplicarán las sanciones correspondientes. Si bien el desuso de la norma, que ocasiona su falta de eficacia, puede determinar su eventual derogatoria, ello no implica que la norma no sea válida.

Si se toma al pronunciamiento del Procurador General del Estado como obligatorio para toda la administración pública se puede señalar que tiene el carácter de permanente, más aún si se tienen en cuenta las reseñadas condiciones para su definitividad, es decir, que solicitada su reconsideración, este funcionario haya rectificado o ratificado el contenido de su pronunciamiento.

Salvo la duda de su obligatoriedad para toda la administración pública, se puede pensar que el pronunciamiento del Procurador General del Estado es un acto normativo, pero se debe considerar que el dictamen no contiene una norma sino la forma que este funcionario estima que debe ser aplicada la norma, es decir, existe una decisión, pero que se debe referir a la norma sobre cuya inteligencia existe duda respecto de su aplicación o inteligencia. Lo dicho se corrobora desde que el pronunciamiento del Procurador General del Estado no tiene una jerarquía dispositiva, que sí la tienen los actos normativos en general, como son la Constitución, los tratados internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, los reglamentos y las ordenanzas, los acuerdos, las resoluciones administrativas, los instructivos, etc. Se puede afirmar que se trata de una norma interpretativa, pero ello tampoco es efectivo, pues la norma interpretativa se incorpora a la norma interpretada lo que, en la especie, no solo que no ocurre sino que, además, nos lleva a una yuxtaposición, ahí si, con la facultad interpretativa auténtica del Congreso Nacional (art. 130, No. 5, CE) y la facultad interpretativa auténtica supletoria de la ley interpretativa de la Corte Suprema de Justicia (art. 15 LOFJ).⁶

6. Sobre las fuentes del Derecho Administrativo, *vid.*, Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, 7a. ed., pp. 151-195. El autor describe las distintas clasificaciones acerca de las fuentes del Derecho y sus jerarquías, comenzando por el análisis de la Constitución y los tratados internacionales (hago presente que la jerarquía de los tratados dispuesta en la Constitución de la Nación Argentina es distinta de la prevista en la Constitución). A partir de la página 162 el autor se refiere a la ley, la reserva legal y los decretos leyes (que no son los mismos que en nuestro sistema de fuentes). Sobre la potestad reglamentaria se refiere a los reglamentos de ejecución, los autónomos y los delegados, además de los de necesidad y de urgencia, hasta llegar a los reglamentos de organización, los instructivos y las circulares. De su lectura, no quedará duda de que los dictámenes del Procurador General del Estado no configuran ninguno de estos actos.

EL ACTO ADMINISTRATIVO: ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS

Si bien existen innumerables conceptos de acto administrativo, llegándose a decir que hay tantos como autores de derecho administrativo existen, para efecto de este ensayo se basará en el que señala Marco Morales Tobar⁷ y, luego, se lo analizará para revisar si el pronunciamiento del Procurador General del Estado cae dentro del concepto y de sus características.

De este modo, se entiende por acto administrativo la declaración unilateral de voluntad de la autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que ocasiona efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos, es decir, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales.

El dictamen del Procurador General del Estado se emite con ocasión del ejercicio de la denominada *administración consultiva*. Esta administración consultiva, a decir de Patricio Secaira Durango, tiene relevancia por la especialidad de los diversos aspectos que, en el Derecho contemporáneo, son objeto de resolución por parte del aparato administrativo público. Esas decisiones administrativas pueden variar, naturalmente, por la diversa aplicación de las normas jurídicas y de los principios que informan cada institución jurídica, siendo la consulta “una herramienta indispensable para la administración, pues a través de aquella se ejerce o se aplica debidamente la autotutela administrativa, de modo previo a la decisión resguardando su legitimidad y garantizando el derecho al debido proceso reconocido por la Constitución a los administrados”, lo que hace efectivo el principio de seguridad jurídica del que depende, en grado sumo, de un eficiente sistema consultivo.

La absolución de una consulta no implica, entonces, la emisión de una decisión administrativa, “sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite”, aunque, en el caso del dictamen del Procurador General del Estado, al ser vinculante, se liga a la decisión administrativa.⁸

En definitiva, si bien el pronunciamiento del Procurador General del Estado, por su carácter vinculante, condiciona la decisión administrativa, no es la decisión en sí misma, pues la declaración unilateral de voluntad emanará del órgano consultante.

7. Cfr. Marco Morales Tobar, “El Acto Administrativo”, en *Derecho Constitucional: para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional / Konrad Adenauer, 1999, pp. 99-100.

8. Cfr. Patricio Secaira Durango, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p. 45.

Elementos del acto administrativo

Marco Morales, siguiendo a Manuel María Díez, señala que el acto administrativo contiene dos elementos fundamentales: el mérito y la legitimidad. El *mérito* no es sino “la conveniencia para la realización de un determinado acto”,⁹ mientras que la *legitimidad* tiene que ver con el sometimiento de la autoridad a la juridicidad.¹⁰ Los elementos de la legitimidad del acto administrativo, como el de todo acto de autoridad, son, fundamentalmente, los siguientes: competencia, procedimiento, causa-objeto, contenido y motivación.¹¹

a) La competencia

El ordenamiento jurídico tiene una función limitadora y ordenadora de las relaciones jurídicas, actuando, como es conocido, de distinta manera en consideración al ámbito de su actuación. Así, frente a los particulares el derecho objetivo puede restringir sus actuaciones que, en principio, se fundamentan en la autonomía de la voluntad, mientras que respecto de los órganos del poder público es el derecho el que debe señalarles expresamente las potestades que se les atribuye a su ejercicio, lo que origina el viejo aforismo que señala que en derecho público solo se puede hacer lo que la ley autoriza, mientras que en derecho privado está permitido todo cuanto no se encuentre expresamente prohibido. La competencia, entonces, no es más que el haz de facultades que el ordenamiento jurídico positivo entrega a un órgano del po-

-
9. Marco Morales Tobar, *El Acto Administrativo*, art. cit., p. 102. Del mismo autor, “La Acción de Amparo y su Procedimiento en el Ecuador”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2002*, Quito, Editora Nacional, 2003, p. 74. Señala el profesor Morales que esa conveniencia tiene carácter público, “en donde la autoridad focalizando la normativa jurídica en que se sustenta, en base de su sana crítica ha de emitir el acto” y agrega que: “La sana crítica administrativa, no tiene que ver únicamente con lo que la autoridad desea hacer, sino con todos los antecedentes de tipo jurídico, técnico y económico, le compele a emitir su voluntad”.
 10. La juridicidad es el concepto más amplio de derecho, incluye no solo el ordenamiento jurídico positivo sino también al derecho natural, conformándose el Estado de Derecho profundo del que habla Norberto Bobbio, y no solo un Estado legal de Derecho o, menos aún, el Estado de Derecho debilísimo o kelseniano (todo Estado es un Estado de Derecho, con lo que esta expresión pierde toda su fuerza calificativa). Sobre este punto, *vid.*, Jorge Reyes Riveros, “El Principio de Juridicidad y la Modernidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, Santiago, P. U. Católica de Chile, 1998, pp. 85-86; Rafael Oyarte Martínez, “La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico”, en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 44, Quito, AED de la PUCE, 2001, p. 22; Marco Morales Tobar, “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en Luis López Guerra, coord., *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2002, p. 107; y, del mismo autor, “Consolidación del Tribunal Constitucional”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2001*, Quito, Editora Nacional, 2002, p. 73.
 11. *Vid. La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2006, pp. 85-103. *Manual de Amparo Constitucional*, Quito, CLD, 2003, pp. 53-58.

der público, razón por la cual el ejercicio de dichas atribuciones por parte del titular le es imputable a dicho órgano o al Estado, en virtud de la despersonificación del poder.¹²

El principio de que los órganos del poder público no pueden sobrepasar las facultades expresamente señaladas por el ordenamiento jurídico positivo (art. 119, inc. 1, CE) conduce a dos situaciones:

El primero hace relación al origen jurídico de la potestad. Si dentro del Estado existe un soberano, que es el pueblo de conformidad con nuestra declaración constitucional (art. 1, inc. 2o., CE), el que ejerce su poder a través de los órganos del poder público, la forma como el Estado señala las competencias de sus órganos es a través de la ley o de la Constitución. Las normas inferiores, como los reglamentos, no pueden otorgar potestades, de modo general, pues son normas de aplicación de la ley, no siéndoles posible alterarlas. Si la ley no otorga una competencia mal puede el reglamento hacerlo. En todo caso, se debe tener presente que lo señalado es aplicable a los reglamentos de ejecución, mas no a los reglamentos autónomos ni a los delegados,¹³ pero, en todo caso, nunca a un órgano podrá entregarse una atribución, mediante su potestad reglamentaria, si ésta antes no le ha sido conferida por la Constitución o la ley (art. 141, No. 6, CE).

El segundo se refiere a la regla de interpretación constitucional que señala que los derechos se interpretan de manera amplia y las potestades de manera restringida. En materia de derechos la interpretación que se les dé al momento de su aplicación no pueden restringirse, en razón de la finalidad última del Estado que consiste en servir a la persona humana y promover el bien común. El Estado sirve a la persona respetando, protegiendo y promoviendo sus derechos fundamentales, por lo que al momento de aplicar un derecho reconocido no se lo puede restringir, es decir, su ejercicio se sujeta a los límites y las limitaciones impuestas en la ley.¹⁴ En cambio, en lo

12. Por ello el Estado es responsable por las actuaciones de sus funcionarios, sin perjuicio de su derecho de repetición, tal como se consagra en el art. 20 de la CE.

13. Los reglamentos de ejecución son aquellos que se expiden para la aplicación de la ley y que, por tanto, se encuentran directamente subordinados a aquella, sin que sea jurídicamente posible que alteren o innoven su contenido (art. 171, No. 5, CE). En cambio, mediante un reglamento organizativo o autónomo se pueden conferir facultades a un órgano, siempre y cuando la materia se encuentre dentro del ámbito de competencia constitucional o legal del organismo (v. gr. art. 171, No. 9, CE). Del mismo modo, la doctrina acepta que se confieran facultades mediante reglamentos delegados, toda vez que, en este caso, el legislador habrá entregado la regulación de la materia a la potestad reglamentaria, con la clara excepción de que ésta se encuentre, fundamentalmente, dentro de las reservas legales, es decir, dentro del dominio mínimo legal ordinario (art. 141 CE) o en el dominio máximo legal orgánico (art. 142 CE).

14. En el caso ecuatoriano la duda parece surgir de la interpretación de la disposición contenida en el inciso final del art. 18 de la Constitución que señala que: "Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales". Resulta del caso que, si se interpreta literalmente dicha disposición constitucional, un

que respecta a una potestad ésta no nace con el órgano, como sucede con las personas y sus derechos, por lo que debe ser otorgada por la sociedad a través de su ordenamiento jurídico positivo, por tanto, si la facultad debe ser entregada por el Derecho no se puede, a pretexto de interpretarla, extender su ámbito de ejercicio o de competencia sino todo lo contrario, en caso de duda.

En definitiva, la aptitud del órgano para actuar, esto es su competencia, se incumple si quien actúa “carece de título para ello, o el que ostenta sea defectuoso, o la actuación se produzca antes de la toma de posesión o con posterioridad al cese”.¹⁵

En el caso de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, no hay duda que este funcionario es competente para dictarlos, pero se hace presente que, en esta materia, no está facultado para actuar de oficio, sino a base de una consulta previamente formulada. Así, como se ha señalado, los arts. 3, letra a, y 13 de la LOPGE determinan que pueden solicitar la absolución de consulta los organismos y entidades del sector público, a través de sus máximas autoridades, y las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, a través de sus representantes legales o convencionales. Ahora bien, la Ley No. 2003-16 reformativa de la LOPGE (Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 24 de septiembre de 2003), determina que toda consulta debe estar respaldada por el informe del asesor jurídico de la institución consultante.

Las *entidades que integran el sector público* se determinan en el art. 118 de la Constitución que son las siguientes:

1. Las tres funciones clásicas del Estado. Desde el nacimiento del Ecuador como Estado, en virtud de la Constitución de 1830, se adoptó el sistema de gobierno republicano presidencialista, el mismo que se ha desarrollado en el transcurso de las diecisiete constituciones que han regido los destinos del país,¹⁶ sin contar con la Car-

sinnúmero de leyes serían inconstitucionales pues contienen restricciones al ejercicio de derechos. Lo que evidencia esta norma es que, si bien la ley puede limitar un derecho no puede sobrepasar el límite de dejar insubsistente dicho reconocimiento o hacer imposible su legítimo ejercicio. En definitiva, solo mediante ley (y, por supuesto, mediante norma de rango constitucional) se pueden imponer limitaciones al ejercicio de derechos, principio consagrado en nuestra Constitución, pero impone al legislador la obligación de respetar la esencia del derecho al momento de establecer la restricción. Se debe hacer presente que, de modo general, las limitaciones al ejercicio de derechos se pueden imponer en razón de la protección y vigencia efectiva de los derechos de terceros o por razones de orden o interés público. Sobre este aspecto, *vid.* Héctor Jorge Escola, *El Interés Público, como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 235 y ss.

15. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Tecnos, 1999, 2a. ed., p. 106.

16. Estimo que el vigente texto constitucional, aprobado por la Asamblea Nacional en 1998, no es una nueva Constitución, sino una mera codificación de las reformas que dicho cuerpo colegiado introdujo en el Código Político de 1978-79.

ta no promulgada en 1938 por don Aurelio Mosquera Narváez, a la sazón Presidente de la República elegido por la misma Asamblea Constituyente que elaboró el texto constitucional reseñado. Tal vez la Carta Fundamental que un tanto se aparta del sistema es la de 1929, sin embargo de lo cual el régimen no dejó de ser presidencialista. A pesar de ello, al establecerse un sistema de gobierno de democracia clásica, se determinó el principio de separación de poderes basado, fundamentalmente, en las tres funciones clásicas del Estado: Ejecutiva, Legislativa y Judicial.

En el Ecuador el Poder Ejecutivo se concentra en la figura del Presidente de la República, que asume el papel dual de jefe de Estado y jefe de Gobierno y, por tanto, tiene a su cargo, valga la redundancia, tanto el gobierno y la administración del Estado, como su representación (art. 164 CE), siguiendo, de modo general, el esquema presidencialista implantado por los constituyentes de Filadelfia al redactar la Constitución de los Estados Unidos de 1776, la que sigue en vigencia con veintiséis enmiendas.¹⁷ Si bien el Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado y de gobierno, y encargado de la administración pública, es el titular único de la Función Ejecutiva, dentro de esta Función del Estado existen otros órganos con base constitucional, como son el Vicepresidente de la República y los ministros de Estado (arts. 172 y 176 CE), además de sus órganos dependientes o adscritos, y las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado (art. 3, letras a, b y c, ER-JAFE), además de los del régimen seccional dependiente (art. 227 CE).

Si bien, se insiste, es el Presidente de la República el titular único de la Función Ejecutiva, ello no se interpreta en el sentido que deba ser el Jefe de Estado el que formula las consultas, sino también los órganos que forman parte de este poder del Estado, como en efecto ha sucedido, como es el caso de los ministros de Estado (art. 176 CE),¹⁸ de la Policía Nacional, que constitucionalmente se encuentra dentro de este Poder del Estado (arts. 183 y 184 CE).¹⁹ Además, existen otras entidades adscritas o dependientes de la Función Ejecutiva por disposición de la Ley, como es el caso de

17. Téngase presente que las diez primeras enmiendas, de 1791, incorporan básicamente al texto de la Constitución la Declaración de Derechos de Virginia, condición que se impone en su momento para que los estados de la Unión aprueben la Carta Política.

18. Así, v. gr., el Procurador General del Estado ha absuelto consultas formuladas por ministerios de Estado, entre tantos otros casos, mediante oficios No. 19062 de 13 de agosto de 2001, 19728 de 13 de septiembre de 2001, 19197 de 16 de agosto de 2001, 20504 de 31 de octubre de 2001, 20867 de 29 de noviembre de 2001 y 21124 de 20 de diciembre de 2001.

19. En el caso de la Policía Nacional, existen pronunciamientos emitidos mediante oficios No. 22480 de 25 de enero de 2002, sobre el momento en que surte efectos la baja de un oficial, y No. 20027 de 28 de septiembre de 2001 sobre la posibilidad de contratación directa.

la Dirección Nacional de Rehabilitación Social,²⁰ el Registro Civil,²¹ la Corte Nacional de Menores que, con anterioridad a la publicación del vigente Código de la Niñez y de la Adolescencia, dependía del Ministerio de Bienestar Social,²² el Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM,²³ y otros creados mediante Decreto Ejecutivo, como era el caso de la Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional, OSCIDI,²⁴ y la Secretaría General de la Administración Pública,²⁵ que, por disposición del ERJAFE, tiene rango de Ministerio de Estado, los que han formulado consultas, las que han sido absueltas por el Procurador General del Estado.

Por otra parte, la Función Legislativa se integra por dos órganos, uno de carácter político que es el Congreso Nacional, ejerce funciones de ese carácter (legislar y fiscalizar), y otro de carácter netamente técnico jurídico que es la Comisión de Legislación y Codificación (arts. 126 y 138 CE). Si bien no es propio que estos órganos, a través de sus máximos representantes, formulen consultas en temas que deben ser decididos privativamente por esos órganos, en virtud de sus atribuciones constitucionales (arts. 130 y 139 CE), sí pueden consultar temas en los que deben actuar en ejercicio de la función administrativa, la que no es privativa de la Función Ejecutiva. En toda función del Estado existen potestades de administración, por el principio de separación de poderes, y la posibilidad de dictar actos de autoridad que no se incluyen dentro de las facultades legislativas o de fiscalización,²⁶ por ejemplo, en lo relativo al régimen legal de los servidores públicos que laboran en esos órganos,²⁷ aunque no debe hacerlo respecto de asuntos que son ajenos a este Poder del Estado.²⁸

-
20. Con oficio No. 21289 de 8 de enero de 2002, se absuelve consulta de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social sobre el derecho a percibir la bonificación médica.
 21. Entre otras, el Registro Civil ha formulado consultas que han sido absueltas mediante oficios No. 20186 de 10 de octubre de 2001, sobre la fecha de nacimiento, No. 19475 de 4 de septiembre de 2001, sobre indemnizaciones por renuncia voluntaria y No. 19961 de 25 de septiembre de 2001, respecto a sanciones por paralización de actividades.
 22. Así, con oficio No. 21312 de 10 de enero de 2002, el Procurador General del Estado emitió su pronunciamiento respecto a la homologación de los ministros de esa Corte a la de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sin que sea necesario que pasen a la Función Judicial.
 23. El CONAM es entidad adscrita a la Presidencia de la República, de conformidad con el art. 8 de la Ley de Modernización del Estado, órgano al que se le absolvió consulta mediante oficio No. 21132 de 21 de diciembre de 2001.
 24. Esta dependencia, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 41 publicado en el R.O. No. 11 de 25 de agosto de 1998, formuló consultas sobre reincorporación de funcionarios destituidos, las que fueron absueltas mediante oficios 19801 de 17 de septiembre de 2001 y No. 20376 de 24 de octubre de 2001.
 25. La Secretaría General de la Administración Pública formuló consulta sobre la décimo tercera remuneración, la que fue absuelta mediante oficio No. 21125 de 20 de diciembre de 2001.
 26. Llamativo resulta que el Congreso haya formulado consulta sobre la inmunidad parlamentaria de los alternos, asunto que debía ser resuelto por la Legislatura y no por el Procurador General del Estado, quien absolvió dicha consulta mediante oficio No. 22681 de 7 de febrero de 2002.
 27. De este modo, mediante oficio No. 22940 de 26 de febrero se absuelve consulta sobre comisiones de servicio.
 28. Mediante oficio No. 23235 de 19 de marzo de 2002, el Procurador General del Estado absolvió una consulta for-

Lo mismo ocurre con los órganos de la Función Judicial (art. 198 CE).²⁹

2. De los organismos electorales. La función electoral está encabezada por el Tribunal Supremo Electoral (arts. 209 y 210 CE) y, además, como organismos del sufragio, se encuentra integrada por los tribunales provinciales electorales y las juntas receptoras del voto (art. 10 LE). Los organismos electorales son responsables del correcto y normal desenvolvimiento de los procesos electorales, consulta popular y revocatoria del mandato.

Respecto de decisiones que deban tomarse en materia electoral la consulta al Procurador General del Estado no procede, mas, respecto de actos administrativos del Tribunal Supremo y de los tribunales provinciales electorales, cabe su proposición, no así respecto de los actos de las juntas receptoras del voto, cuyas actuaciones son puramente electorales (art. 78 y ss. LE).³⁰

3. De los organismos de control y regulación. De conformidad con la Constitución, los organismos de control son: la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las superintendencias que, de conformidad con las leyes en la materia, son: de Bancos, de Compañías y de Telecomunicaciones. Curioso sería, en todo caso, encontrar que el Procurador General del Estado formula consultas a sí mismo.

4. Del régimen seccional autónomo. En nuestro sistema administrativo, se encuentran órganos descentralizados que cuentan con base territorial (provincial, cantonal y parroquial), personalidad jurídica y poder transferido por la Constitución y la ley, como son los casos de los Consejos Provinciales, los Municipios y las Juntas Parroquiales rurales (art. 228 CE). Los órganos del régimen descentralizado territorialmente pueden proponer consultas para un mejor ejercicio de sus facultades consagradas, tanto en la Ley de Régimen Provincial como en la Ley de Régimen Municipal y en la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, además de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, que se aplica para los distritos metropolitanos (Quito y Guayaquil).

mulada por el Congreso Nacional determinando que los municipios deben observar las resoluciones del CONAREM en materia de incremento salarial, asunto que no compete a la Legislatura.

29. Así, con oficio No. 23234 de 19 de marzo de 2002, se absuelve la consulta sobre la autonomía presupuestaria de la Función Judicial.

5. De los organismos y entidades creados por disposición constitucional o legal, para el ejercicio de la potestad estatal, la prestación de servicios públicos o desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. Es decir, cabe la formulación de consultas por parte de las personas jurídicas de derecho público creadas mediante ley, como son, v. gr., el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Banco Nacional de Fomento, el Servicio de Rentas Internas, la Corporación Aduanera Ecuatoriana, etc.³¹ Estas personas jurídicas de derecho público se caracterizan por ejercer potestades públicas, en relación de subordinación respecto de los privados, actuando para la consecución del interés público, como es el caso de la Junta Nacional de Defensa del Artesano (arts. 4 de la Ley de Defensa del Artesano y 1 de su Reglamento Orgánico Funcional) o del Consejo Nacional de Discapacidades (art. 5 de la Ley sobre Discapacidades), entre otros.³²

6. De las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional, es decir, mediante ordenanza.³³ Aclaro que lo que el art. 118 de la Constitución denomina “acto legislativo”³⁴ no es tal, sino el mero ejercicio de una potestad normativa otorgada a los municipios y consejos provinciales que no tienen rango ni jerarquía de ley.

Por otra parte, como se señaló, la absolución de consulta puede ser solicitada por *personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública*, esto es, por estos sujetos de derecho a los que, si bien el Código Civil en su art. 583 las determina como ficticias (lo que es discutible), son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, a través de sus órganos de representación.³⁵ Se dice que las personas jurídicas con finalidad social o pública existen en virtud de la Constitución o de una

30. De este modo, el Tribunal Supremo Electoral formuló consulta relativa a los casos de comisión de servicio con sueldo, la que fue absuelta mediante oficio No. 22592 de 5 de febrero de 2002.

31. Hago presente que se discute la naturaleza del IESS y del Banco Nacional de Fomento a las que se señala como personas jurídicas semipúblicas. A pesar de ello, a manera de ejemplo, hago presente que el Tribunal Constitucional ha conocido y resuelto, por apelación, amparos propuestos contra actos de estas entidades, a las que se les ha dado el carácter de públicas. Respecto de la naturaleza del IESS y del BNF, se tratará en la sección destinada a las personas jurídicas de derecho privado, con finalidad social o pública.

32. Así, la Junta Nacional de Defensa del Artesano consultó al Procurador sobre la vigencia de normas del Reglamento Especial de Formación y Titulación Artesanal, la que se absolvió mediante oficio No. 23413 de 28 de marzo de 2002. Del mismo modo, al CONADIS se le absolvió consulta en oficio No. 23259 de 20 de marzo de 2002.

33. Así, se absolvió consulta formulada por la Empresa Municipal de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q, mediante oficio No. 23407 de 28 de marzo de 2002.

34. *Constitución Política del Ecuador*, art. 228, inciso segundo, también habla de una “potestad legislativa” de los gobiernos cantonales y provinciales.

35. En estos casos encontramos a un sujeto de derecho privado que ejerce una actividad que, por su naturaleza, es pública.

ley,³⁶ aunque en la actualidad se pueden realizar serios reparos a este señalamiento. De tal guisa, estas personas morales son denominadas por Juan Larrea Holguín y por Nicolás Granja Galindo como *casi públicas* o *semipúblicas*, respectivamente, entre las que incluyen al Banco Nacional de Fomento, al IESS y al Banco Central, en virtud de disposiciones constitucionales que, en la actualidad, no están vigentes, aunque Larrea Holguín hace presente que las entidades mencionadas ya estaban asimiladas a las personas jurídicas públicas.³⁷ Ahora bien, Granja Galindo señala que estas personas jurídicas tienen “fines esencialmente públicos, o sea, de servicio a la colectividad, procurando el crédito, el fomento de las industrias o actividades afines, facilitando el ahorro o proveyendo a las necesidades de carácter social”, quien agrega que éstas se organizan en virtud de una ley especial, tienen personalidad jurídica y autonomía reconocidas en la Constitución o la ley, que se rigen por estas leyes, su patrimonio es mixto, la composición de la autoridad también es mixta y el Estado regula su actividad.³⁸

En la actualidad, estimo, no se puede hablar de personas morales *semipúblicas*, pues éstas, de conformidad con nuestro derecho son, simplemente, o bien, públicas (incluyéndose los procesos de descentralización funcional o institucional) o privadas. Las personas jurídicas creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, integran el sector público (art. 118 CE), como son los casos del IESS (arts. 55 a 60 CE y 16 LSS) y del Banco Central (arts. 261 a 265 CE). El caso del Banco Nacional de Fomento es curioso, pues la LOBNF señala, en su art. 1, que “es una entidad financiera de desarrollo, autónoma, de derecho privado y finalidad social y pública, con personería jurídica y capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones”, se le ha dado carácter público, en virtud del art. 118 Constitución, tanto así que el mismo Procurador General del Estado se ha pronunciado sobre el carácter público de esta entidad mediante oficio No. 22589 de 5 de mayo de 2002.

Ahora bien, ello no excluye que existan personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, creadas o reconocidas directamente por acto legislativo y que tengan finalidad social o pública, como son los casos de la Junta de Beneficencia de Guayaquil, respecto de la cual la ley realiza un curioso reconocimiento como

36. Cfr. Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991, 5a. ed., p. 447.

37. Cfr. Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, I, p. 455, y Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 1992, p. 230.

38. Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pp. 233 y 236-244.

entidad del sector público autónoma y de derecho privado,³⁹ y de SOLCA,⁴⁰ entre tantas. Otras, en cambio, han surgido de actos legislativos que han variado el régimen jurídico de estas personas morales –del público al privado– como es el caso de las empresas eléctricas y de las telefónicas, que, siendo privadas, tienen finalidad pública desde que prestan servicios públicos cuya provisión es de responsabilidad del Estado (art. 249 CE). En todo caso, el criterio de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública ha sido interpretado con laxitud por parte del Procurador General del Estado al absolver consultas formuladas por asociaciones grupales⁴¹ o gremios,⁴² además de otras personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.⁴³

Por último, se debe tener presente que el Procurador General del Estado no está facultado para absolver consultas cuando se trate de asuntos que hayan sido *resueltos por jueces o tribunales de la República* o que se hallen en conocimiento de estos, trabada la litis. Con ello se evita la yuxtaposición de atribuciones: el juzgador, al resolver una causa, interpreta la norma para aplicarla al caso concreto. No se puede intentar vincular al juez con un dictamen del Procurador General del Estado (lo que tampoco ocurre con los dictámenes emitidos con anterioridad sobre algún punto de derecho). La primera duda que surge es si, solicitada la absolución de consulta y, luego de ello, se inicia un proceso judicial sobre ese punto de derecho, sin que el Procurador General del Estado haya emitido aún su pronunciamiento, puede este funcionario emitir el dictamen. Estimo que, trabada la litis, el Procurador General del Es-

39. El art. 1 de la Ley No. 103 publicada en el R.O. No. 996 de 9 de agosto de 1988 señala que “La H. Junta de Beneficencia de Guayaquil, como entidad del Sector Público Autónoma y de Derecho Privado continuará atendiendo con sus propios recursos y con los que el Estado le asigna, el Cementerio General de Guayaquil, los hospitales, asilos, los establecimientos educacionales y de beneficencia que actualmente tiene a su cargo, los mismos que no podrán revertir, ceder o traspasar a la administración de otras entidades u organismos públicos y privados”.

40. Mediante Decreto Legislativo publicado en el R.O. No. 362 de 12 de noviembre de 1953 se encarga a SOLCA la lucha anticancerosa.

41. Así, mediante oficio No. 23028 de 5 de marzo de 2002 se absuelve consulta a la Asociación de Agricultores Autónomos “Suboficial Édison Mendoza”, en que se pronuncia sobre que la adjudicación de tierras rústicas compete al INDA. Del mismo modo, con oficios No. 23030 de 5 de marzo de 2002 y No. 22892 de 25 de febrero de 2002, se absuelven consultas formuladas, respectivamente, por la Asociación de Empleados de Aduana de Guayaquil y por la Confederación de Jubilados y Pensionistas de Montepío del Ecuador, además de la presentada por la CONAIE, absuelta mediante oficio No. 23038 de 5 de marzo de 2002.

42. La Cámara de la Construcción de Quito presentó consulta sobre el ejercicio profesional de la arquitectura, la que se absuelve mediante oficio No. 22851 de 21 de febrero de 2002. Asimismo, el Colegio de Psicólogos Clínicos de Pichincha y el Colegio de Ingenieros Civiles recibieron pronunciamientos mediante oficios No. 23411 y 23408, ambos de 28 de marzo de 2002.

43. Así, la consulta de Fundación Natura, respecto de la tasa de gestión ambiental, sobre la que se dicta el oficio No. 200061 de 2 de octubre de 2001, y la Federación Deportiva de Manabí, sobre subsidio de antigüedad (oficio No. 19803 de 17 de septiembre de 2001).

tado ya no puede emitir el pronunciamiento, pues se iría contra el tenor literal de la norma y su finalidad, ya no solo porque, eventualmente, se yuxtapondrían las atribuciones de ambos órganos, sino porque el dictamen ya no tendría efectos: se debe estar a lo decidido por el juez y no a la opinión del Procurador General del Estado y, en este sentido, ya no tendría competencia.⁴⁴

Adicionalmente, se debe tener presente que la facultad del Procurador General del Estado de absolver consultas es *indelegable*, toda vez que, por una parte, esta atribución está otorgada por la ley y, por otra, la misma que no prevé la posibilidad expresa de delegarla. En todo caso, si bien el art. 2 de la LOPGE prevé que el Procurador General del Estado delegue funciones de conformidad con el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado (ROFPGE), este cuerpo reglamentario, sobre esta materia, solo determina que, sin necesidad de poder especial, los delegados distritales dentro de su área de competencia territorial, pueden absolver consultas, “siempre que el asunto sobre el que versen haya sido materia de pronunciamiento anterior obligatorio y/o definitivo, vigente, del Procurador General del Estado, al que deberán remitirse expresamente en el oficio de respuesta al consultante o peticionario” (art. 21.5 ROFPGE). Como se observa, ello no puede ser tomado como una forma de delegación, sino como un mecanismo en el que, por celeridad, el funcionario inferior hace presente la existencia de un dictamen que es vinculante para toda la administración pública, tanto así que el consultante puede solicitar al delegado distrital respectivo una solicitud de reconsideración la que es puesta para conocimiento y resolución del Procurador General del Estado.⁴⁵

b) El contenido

Se entiende por acto administrativo la declaración unilateral de autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que produzca efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos (art. 26 PLOT). Atento lo expresado, el acto de autoridad pública es una declaración de voluntad, por lo que tiene un conte-

44. Así, mediante oficio No. 20414 de 25 de octubre de 2001, frente a una consulta realizada por el Congreso Nacional, el Procurador General del Estado se pronunció en el sentido que las resoluciones del Tribunal Constitucional son de última y definitiva instancia, por lo que sus decisiones son de cumplimiento obligatorio e inexcusable.

45. Así, el Procurador General del Estado, en oficio No. 23412 de 28 de marzo de 2002, se pronunció ante consulta formulada por el Consorcio Provincial de Juntas Parroquiales de Chimborazo, ante la respuesta emitida por el Delegado Distrital de la Procuraduría General del Estado de esa provincia. Del mismo modo, en el oficio No. 23235 de 19 de marzo de 2002, ante consulta de la Municipalidad de Nabón frente a la respuesta del Delegado Distrital del Azuay.

nido, y éste se debe ajustar a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y su finalidad.⁴⁶

El accionar de la autoridad no puede ser contrario a la juridicidad, pues el ejercicio de una competencia en contradicción con el ordenamiento jurídico implica que dicha autoridad niega, incluso, la misma fuente de su poder. Las actuaciones del gobernante no pueden contradecir las normas que son fuente de su poder, pues ello afecta el principio de regularidad del ordenamiento jurídico. Las normas inferiores derivan y se fundamentan en las superiores, es decir, para su creación se debe aplicar una norma que sirva de base jurídica para la toma de la decisión expresada en el acto. Los actos de los gobernantes se deben emitir de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico, es decir, en conformidad con lo que exige el Derecho.

El dictamen del Procurador General del Estado se dirige a pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, por tanto, en primer lugar, no puede emitir pronunciamientos sobre actos que no tengan el carácter de “normas”, como, por ejemplo, contratos o actos administrativos,⁴⁷ lo que no excluye que se pronuncie sobre la aplicación de normas legales para celebrar contratos.⁴⁸ Por otra parte, al pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de normas no puede alterar o innovar su contenido, lo mismo que ocurre con cualquier intérprete de una norma, sea éste judicial o auténtico, cualidades que no ostenta el Procurador General del Estado. Puede decirse que es un intérprete administrativo del Derecho y que su dictamen, en ese sentido, debe ser conforme a la normas objeto de consulta y respetando las normas interpretativas que ha dictado la Legislatura (art. 130, No. 4 y 5, CE) y la Corte Suprema de Justicia, tanto a través de la norma dirimente (arts. 197 CE, 14 LOFJ y 19 LC) como por resolución interpretativa (art. 15 LOFJ), además de la interpretación que, en casos de su competencia, han resuelto el Tribunal Constitucional (art. 276 CE) y el mismo Tribunal Supremo a través del triple fallo reiterado de casación (art. 19 LC), cada uno, en el ámbito de su competencia.⁴⁹ Situación distinta es que el Procurador General del Estado base un

46. Resolución No. 113-2000-III-SALA. Se señala la ilegitimidad del acto al basarse en la aplicación de una disposición legal no vigente.

47. Así, sobre el contenido de un contrato colectivo, mediante oficio No. 20667 de 14 de noviembre de 2001, el Procurador General del Estado dijo que, en caso de adulteración, la comprobación del hecho corresponde a la Inspectoría Provincial del Trabajo.

48. En el dictamen contenido en el oficio No. 23407 de 28 de marzo de 2002, el Procurador General del Estado se pronuncia sobre la aplicación del art. 56 de la Ley de Reforma para las Finanzas Públicas, respecto de la obligación de obtener el dictamen del ministro de Finanzas para celebrar contratos colectivos y actas transaccionales. Del mismo modo, en oficio No. 23136 de 12 de marzo de 2002, respecto del procedimiento aplicable para modificar un convenio de préstamo y, en oficio No. 22738 de 13 de febrero de 2002, sobre el procedimiento de adjudicación.

49. En todo caso, en oficio No. 22478 de 25 de enero de 2002, se pronunció sobre el cumplimiento de resoluciones

pronunciamiento en sentencias judiciales, lo que es procedente y conforme a esta disposición legal.⁵⁰

En definitiva, si se produce duda sobre el sentido y alcance de una disposición, se formula una consulta al Procurador General del Estado y éste se limitará a absolver lo preguntado, sin ir más allá, en los términos del derecho, en caso contrario el dictamen sería ilegítimo.

c) *El procedimiento*

Para que los actos sean regulares se deben fundamentar no solo materialmente sino también formalmente, en la norma superior de la que derivan. El elemento formal se entiende o bien como modo de producción de una decisión o bien haciendo referencia a su exteriorización y los medios que la acompañan,⁵¹ es decir, a la forma de manifestar la voluntad de la administración y a su notificación.

La regulación jurídica de la forma de manifestación de la voluntad pública pretende, en definitiva, asegurar el debido proceso en la formación de una decisión o de un acto de autoridad, esencialmente para prevenir que al administrado no se le afecte con un acto que no le ha garantizado o permitido ejercer oposición alguna. Del mismo modo, fundamental resulta la notificación con el contenido del acto al administrado, pues, de lo contrario, no podrá conocerlo y, por ende, no podrá oponerse a éste ni a sus consecuencias.

El respeto de los procedimientos en la emanación regular de un acto no solo implica un mero cumplimiento de formalidades impuestas por el legislador. La formalidad y su cumplimiento es una de las formas de garantizar los derechos de las personas, pues de tal guisa el gobernado podrá oponerse o defenderse de una decisión que lo afecta. Lo que se pretende es asegurar el debido proceso en la formación de una decisión o de un acto de autoridad, esencialmente para asegurar que al administrado no se le afecte con un acto que no le garantice o permita ejercer oposición alguna. En este sentido es común encontrar actos que el Tribunal Constitucional en resoluciones de amparo señala como ilegítimos por no haberse seguido un procedimiento tal que haya permitido al afectado ejercer su derecho de defensa.⁵²

de amparo constitucional, de conformidad con los arts. 55 y 58 de la Ley del Control Constitucional, ante consulta formulada por el Congreso Nacional.

50. En oficio No. 21001 de 20 de diciembre de 2002, al igual que en otro emitido previamente, de 12 de diciembre de 2001, el Procurador General del Estado basó su dictamen en una sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, sobre la no aplicación de la analogía en derecho público.

51. Cfr. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, p. 108.

52. V. gr. Resolución adoptada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional dentro del caso No. 354-2001-RA.

Realizada la consulta, el Procurador General del Estado no cuenta con plazo para emitir el dictamen correspondiente. La LOPGE solo se refiere a un término de quince días para evacuar el dictamen definitivo, en caso de existir una solicitud de reconsideración (art. 13, inc. 3o., LOPGE).⁵³ La posibilidad de que se solicite, fundamentalmente, una reconsideración al dictamen resulta natural y necesaria, pues al consultante se le puede afectar con el pronunciamiento. Lo que ocurre es que, en principio, la reconsideración solo puede ser solicitada por el consultante, pero el inciso cuarto del art. 13 de la LOPGE señala que si el dictamen es adverso a los intereses de las instituciones del Estado, sus representantes o máximas autoridades deben solicitar esa reconsideración. La duda surge en el sentido que la entidad afectada bien puede no ser la que efectuó la consulta, en cuyo caso estimo, como se ha verificado en la práctica, que se solicite la reconsideración sin haber sido consultante. En todo caso, el verdadero problema estriba en el término para solicitar la reconsideración: quince días. Se dirá que el término es lo suficientemente amplio, lo que, en verdad, es cierto, pero para quienes intervienen en la fase de consulta, mas no para quienes sin intervenir en ese procedimiento, son afectados por un dictamen que es vinculante para toda la administración pública y que no solo tiene efectos sobre ella.

Una discusión que se plantea es cuándo el dictamen es definitivo; el inciso tercero del art. 13 de la LOPGE dispone que, resuelta la reconsideración, rectificando o ratificando el pronunciamiento, éste será definitivo y, por tanto, no puede modificarse a petición de parte. Entonces ¿si no se solicitó la reconsideración dentro del término de quince días, el dictamen no queda firme? En apariencia eso es así, pues la LOPGE dispone que, evacuada la solicitud de reconsideración, el pronunciamiento es definitivo. Pero, con ese criterio, se puede caer en una suerte de inseguridad jurídica: el dictamen no resulta favorable para los intereses del consultante, no solicita la reconsideración y, por tanto, no lo vincularía, con lo cual se puede solicitar un nuevo dictamen con la intención de que se modifique el primer pronunciamiento.⁵⁴ El re-

53. En todo caso, se hace presente que no basta con señalar plazos sino establecer consecuencias jurídicas para su incumplimiento. No sería, entonces, solución al problema establecerlo para el caso de la primera solicitud o señalar consecuencias como la pérdida de la facultad de absolver la consulta, lo que no ocurre tampoco, pues, en este último evento, la duda sobre el sentido y alcance de una norma por parte del consultante persistiría.

54. De este modo, la Compañía Drillfor interpuso acción de amparo contra el dictamen de 26 de abril de 2003 que el Procurador General del Estado emitió en contradicción a su pronunciamiento anterior, de 13 de marzo de 2003. El segundo pronunciamiento lo emitió el Procurador, toda vez que Petroproducción formuló una consulta sobre un asunto relativo a un contrato de perforación de pozos respecto del cual, en el primer dictamen, Petroproducción había consultado al Procurador, siendo el resultado contrario a los intereses de esta entidad pública. La irregularidad que acusaba Drillfor era que Petroproducción, frente al pronunciamiento de 13 de marzo de 2003, no había solicitado reconsideración y que, pasado el plazo para ello, había formulado nuevamente una consulta. Como se verá más adelante, el Tribunal Constitucional dentro del caso No. 0426-2003-RA no se pronunció sobre este asunto sino que se limitó a señalar la improcedencia del amparo, como vía para impugnar los dictámenes del Procurador General del Estado.

sultado es contrario al ordenamiento jurídico: deja sin efecto una disposición del mismo artículo de la LOPGE, pues la reconsideración tiene por objeto perseguir la rectificación del pronunciamiento, que sería el único camino lógico, de lo contrario la norma quedaría sin efecto (no se necesita pedir la reconsideración del dictamen para que se modifique el criterio emitido). Una actuación en este sentido acarrearía una ilegitimidad de procedimiento y, como se verá, de causa-objeto.

Otra duda se plantea respecto de la firmeza del dictamen, incluso del dictado luego de la reconsideración (que sería un pronunciamiento, indudablemente, definitivo). Dice la ley que ese pronunciamiento no puede modificarse “a petición de parte”. Cuando dice esto no se sabe, a ciencia cierta, si se refiere al consultante (parte dentro del procedimiento de consulta) o a cualquier otro nuevo consultante en un eventual caso similar o sobre la misma norma, con lo que bastaría que el Procurador General del Estado adjunte su anterior criterio (como lo hacen los delegados distritales, de conformidad con el art. 21.5 del ROFPGE), aunque ello, creo, no obstaría a que el Procurador General del Estado no se someta a sus propios dictámenes.⁵⁵ Ello, claro, evidenciaría, a primera vista, una violación al principio de igualdad (art. 23, No. 3, CE): por qué, si en otro caso similar o sobre el mismo punto de Derecho, se pronunció de una forma, en ese caso lo hace de otra. Este es el cuestionamiento clásico a los cambios de criterio, además de la afectación al principio de seguridad jurídica (art. 23, No. 26, CE). En todo caso, el Procurador General del Estado debe analizar no solo circunstancias (con lo que variaría la forma de aplicar las normas) sino eventuales errores de interpretación en los que haya incurrido en otros dictámenes, lo que no puede repetirse o reiterarse, por lo menos no conscientemente: si, a propósito de una consulta, el Procurador General del Estado verifica que en otros dictámenes sobre casos similares o sobre la misma norma se violó el ordenamiento jurídico, no puede mantener el criterio en esta nueva absolución, pero esto debe hacerlo saber en el nuevo pronunciamiento y dejar entrever que, a futuro, aplicará el mismo criterio en casos similares y que, en definitiva, no se trata de una interpretación *ad hoc* o con *dedicatoria*.

d) La causa y el objeto

La causa es la razón que justifica el acto, lo que determina que una decisión sea tomada, esto es, el presupuesto de hecho por el que la norma jurídica le atribuye una

55. Como ocurre, por ejemplo, con los más altos tribunales. Así, v. gr., la Corte Suprema de Justicia no se vincula a sus triples fallos reiterados de casación, de conformidad con el art. 19 de la Ley de Casación.

potestad a la administración. Por lo dicho, la administración debe constar que el hecho se ha producido, para actuar, y valorar el hecho, y así tomar una determinación.⁵⁶

Del mismo modo, el objeto tiene que ver con la finalidad por la que se toma una determinación y éste no puede ser otro que un fin público. En este sentido, como dice Escuin Palop, “el acto administrativo que pretende la satisfacción de un interés distinto del que ha producido la atribución de una potestad incurre en una infracción del ordenamiento jurídico denominada desviación de poder”.⁵⁷

e) *La motivación*

El punto de derecho descrito en el apartado anterior tiene íntima relación con la motivación del acto, es decir, se analiza el por qué se toma una decisión y la finalidad de dicha decisión. Al efecto, se debe tomar en cuenta que el acto puede ser apegado a la legalidad y pudo emanar de autoridad competente, pero ser arbitrario.

Eduardo Soto Kloss señala que: “Se dice arbitrario de aquello que depende del arbitrio, o de aquello que procede con arbitrariedad. Arbitrio –se dice– a la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho, es decir, por un impulso instintivo (apetito), o por una idea o propósito sin motivación aparente, por un antojo, o por puro deseo, y fuera de las reglas ordinarias o comunes. Si arbitrariedad indica voluntad no gobernada por la razón, significa un acto o una omisión carente de razonabilidad”.⁵⁸

El texto constitucional ecuatoriano plantea la interdicción de la arbitrariedad en el obrar de la administración el exigir que la motivación de las resoluciones de los órganos del poder público que afecten a las personas, estableciendo que tal motivación implica, como elementos que deben aparecer simultánea y unívocamente del acto, la enunciación de las normas o principios en que se fundamenta al acto, en aplicación del principio de regularidad, y la explicación de la pertinencia de dicha aplicación a los antecedentes de hecho (arts. 24, No. 13, CE, 31 LME y 20 RLME).

En definitiva, cuando un acto se encuentra motivado el administrado tiene certeza del por qué se ha tomado una decisión determinada, para qué se ha tomado dicha

56. De este modo, v. gr., la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en su art. 114, determina las causales por las que la autoridad administrativa puede destituir a un servidor público, por lo que no se puede aplicar esta sanción administrativa por la ocurrencia de una conducta que no se produjo.

57. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, pp. 107-108.

58. Eduardo Soto Kloss, *El Recurso de Protección*, p. 188. El autor opone lo arbitrario de lo razonable, es decir, aquello conforme a la razón, lo que “da necesariamente idea de rectitud de, o en, las operaciones, el modo de ser racional, proporcionado, equilibrado, justo”, y agrega que “Lo razonable, pues, significa lo conforme a razón, un uso proporcionado de los medios para obtener un fin, proporción del actuar con el fin de conseguir o lograr”.

decisión y permite conocer su proporcionalidad con el hecho que se resuelve. Sobra señalar que el objeto y finalidad del acto se deben someter a la juridicidad.

Lo llamativo es que, si bien no es necesario que la ley determine que el dictamen debe ser motivado, porque el Procurador General del Estado debe aplicar la disposición constitucional reseñada, aunque no se la invoque, (art. 273 CE) la LOPGE sí lo hace, de modo expreso, pero solo respecto del pronunciamiento que se dicte al resolver el pedido de reconsideración (art. 13, inc. 3o., LOPGE). Lo dicho no puede llevar a confusión: por disposición de la CE, tal como se señaló, tanto el dictamen primario como el pronunciamiento emitido como producto de la petición de reconsideración deben motivarse, so pena de ser ilegítimos por falta de fundamentación, asunto sobre el que el precepto constitucional no hace ninguna excepción ni distinción, razón por la cual no cabe que las haga tampoco el legislador en la norma legal ni el Procurador General del Estado en el ejercicio de su actividad específica.

Se entiende, en todo caso, que el fin de la LOPGE al contener esta disposición es que, al evacuarse una solicitud de reconsideración, el Procurador General del Estado no se debe limitarse a señalar que el dictamen objeto de la petición quede ratificado, sin expresar las razones de esta decisión, lo que, se insiste, está vedado por el Código Político.

Características del acto administrativo

El acto administrativo configura una declaración unilateral de autoridad administrativa, en ejercicio de su potestad administrativa de carácter no normativo y que se somete al derecho administrativo. Esas son las características del acto administrativo, a las que se suman la presunción de legitimidad, la ejecutoriedad y ejecutividad.

Como lo señala Ramón Martín Mateo, los actos administrativos son declaraciones “en cuanto manifestaciones con trascendencia externa”, las mismas que pueden ser de voluntad (si crean situaciones jurídicas), de deseo (cuando aspiran a crear esas situaciones jurídicas), de juicio (los que emiten opinión sobre determinado asunto) o de conocimiento (los que acreditan la existencia de hechos).⁵⁹ En el caso del dictamen del Procurador General del Estado, se contiene una declaración de juicio: emite su opinión, vinculante, sobre un asunto respecto del cual se formuló una consulta previa.⁶⁰ Esta declaración es unilateral, pues solo se requiere de la voluntad del Pro-

59. Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 2002, 21a. ed., p. 305. En similares términos, José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, 2a. ed., pp. 98-99.

60. V. gr. Luciano Pareja Alfonso, *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 896, indica que la declaración

curador General del Estado en la absolución de consulta para que emita su pronunciamiento. En todo caso, no es el pronunciamiento del Procurador General del Estado el que puede imponer una conducta a los administrados, ello lo hará la Administración a través del acto final, lo que, en todo caso, no le priva al dictamen del Procurador General del Estado su carácter unilateral.

Como se ha visto, el dictamen del Procurador General del Estado no reúne las características de un acto normativo, sino que más bien se lo realiza en el ejercicio de una potestad administrativa: la administración consultiva, y se somete al derecho administrativo, lo que lo distingue de un acto de la administración, que bien puede referirse a la actividad privada del órgano público.⁶¹ Estos dictámenes se refieren a la actividad pública de entes públicos y también de entes privados, como se verá más adelante, y que son los que pueden formular las consultas al Procurador General del Estado.

Dentro de los caracteres del acto administrativo se determina su presunción de legitimidad, en virtud de la cual éste produce plenos efectos, mientras no exista decisión sobre la impugnación de éste, invirtiendo la carga de la prueba, salvo los casos de existencia o nulidad.⁶² Del mismo modo, los actos administrativos, por su ejecutoriedad, pueden imponerse incluso contra la voluntad de los administrados, cuando estos imponen deberes o limitaciones, sin necesidad de una previa declaración judicial, aplicándose su contenido obligatorio incluso a través de medios coactivos.⁶³ La ejecutividad del acto implica su eficacia en general, esto es, “dota al acto de la fuerza de cosa decidida”.⁶⁴

Ahora, para que un acto sea ejecutorio, debe existir un acto administrativo previo que sirva de título ejecutivo que justifique su ejecución coactiva, caracteres que no reúne el dictamen del Procurador General del Estado, pues en éste no se indica el contenido de lo que se pretende imponer forzosamente, debiéndose tener presente que, además, el Procurador General del Estado no cuenta con mecanismos o medios de ejecución, lo que tampoco es necesario, pues no es su pronunciamiento el que produce efectos imponiendo obligaciones o limitaciones, sino la decisión final.⁶⁵

en cuestión puede portar una manifestación de juicio, “como lo son todos los actos propios de los órganos consultivos, es decir, los informes o los dictámenes”.

61. Cfr. Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, p. 310.

62. Cfr. José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, pp. 101-105.

63. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, 2a. ed., p. 123.

64. Cfr. José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, pp. 106-107.

65. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, pp. 124-127.

Efectos del acto administrativo

Como se señaló, un acto administrativo ocasiona efectos jurídicos subjetivos, concretos e inmediatos, es decir, crea, modifica o extingue situaciones jurídicas individuales.

La absolución de consulta es, de modo general, una labor interpretativa que tiene alcance particular, constreñido el pronunciamiento al caso específico que motiva la petición de consulta, tal como ocurre con los casos de la Contraloría General del Estado y del Servicio de Rentas Internas.

Ahora bien, si el dictamen del Procurador es vinculante para toda la administración pública, estaría lejos de encontrarse dentro de la particularidad de un acto administrativo, pero visto que este pronunciamiento vincula al consultante, se puede pensar de que se trata de un acto administrativo complejo, pues este último no puede abstraerse del dictamen. Pero el acto administrativo complejo estaría compuesto por la decisión del órgano administrativo y el dictamen del Procurador General del Estado que basa esa declaración unilateral de voluntad, por lo que, en este caso, se debe impugnar el acto final (del consultante) con el pronunciamiento.

El pronunciamiento del Procurador General del Estado, por otra parte, no tiene eficacia jurídica directa, es decir, no es la decisión de este funcionario la que afecta directamente al administrado, sino la decisión del órgano consultante, el que, en virtud de ese pronunciamiento, dictará el acto administrativo que ocasionará los efectos jurídicos de forma inmediata y directa.⁶⁶

EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN

Los actos de simple administración consisten en el ordenamiento de la actividad interna de la administración, los que no tienen eficacia jurídica directa. Se suele señalar que los actos de simple administración son aquellos de mero trámite que influyen en una decisión final. Como dice Bocanegra, a diferencia de los actos definitivos, que ponen fin al procedimiento administrativo, los actos de trámite se concatenan con el acto final, teniendo una función subordinada a esa decisión final y preparatoria de ésta, los mismos que, de modo general, no son actos administrativos.⁶⁷ Si

66. Al respecto, Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, 9a. ed., p. 352, dice lo siguiente: "Los actos consultivos son meramente preparatorios de la voluntad administrativa. No constituyen un acto administrativo en sentido estricto, ya que no producen un efecto jurídico inmediato, sino que posiblemente tendrán un efecto jurídico a través del acto administrativo que se dicte después".

67. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, pp. 58-59.

se considera que un acto de simple administración implica el ejercicio de una actividad consultiva y preparatoria, como es el caso de los dictámenes, “que al momento de presentarlos y ser aprobados por las autoridades de los órganos de la Función Administrativa producen efectos jurídicos para los administrados”,⁶⁸ es decir, que solo afectan a los administrados a través de los actos dictados en su consecuencia, como señala el art. 70 del ERJAFE, se puede tener al pronunciamiento del Procurador General del Estado como un acto de simple administración.

El dictamen del Procurador General del Estado tiene un contenido informativo, sirve de base para la toma de la decisión, y su opinión inteligencia la decisión administrativa.

El dictamen del Procurador General del Estado reúne ciertas características del acto de simple administración: es preparatorio de una manifestación de la voluntad administrativa y es irrevocable.⁶⁹ Ahora bien, es irrevocable para el consultante pues en la materia consultada solo se puede ser modificado o rectificado por el Procurador, luego del pedido de reconsideración.

Pero, al ser el pronunciamiento del Procurador General del Estado un dictamen vinculante, producto de la administración consultiva, no se asimila al acto de simple administración, pues no solo que no es de trámite, sino que no se limita a influir en la decisión final sino, prácticamente, a determinarla, pues no requiere de su aprobación por parte del consultante, aunque, se insiste, ello no puede llevar a confundirlo con la toma de la decisión.

Del mismo modo, el hecho de que el dictamen sea obligatorio, para toda la administración pública, deja fuera de una eventual caracterización del pronunciamiento como un acto de simple administración.

EL ACTO COMPLEJO

En apariencia, el dictamen del Procurador General del Estado es un acto complejo, toda vez que, por su carácter vinculante, la autoridad que formula la consulta deberá conformar su voluntad administrativa de acuerdo con el pronunciamiento emitido. El acto complejo “resulta del concurso de varios órganos o de varios entes. La característica es que las voluntades tienen un único contenido y una única finalidad, y se funden para formar un acto único”.⁷⁰ En este sentido, como dice Dromi, “La vinculación es absoluta, porque obliga a activar y resolver en el sentido informado, sin

68. Herman Jaramillo Ordóñez, *La Justicia Administrativa*, Loja, s.e., 2003, p. 3.

69. Cfr. Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pp. 323-324.

70. José Antonio García-Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, p. 234.

posible resolución en contrario del órgano activo”, razón por la cual, este dictamen formaría un acto complejo con la decisión de la administración.⁷¹ El desapego de la declaración de voluntad del órgano consultante respecto del dictamen viciaría de nulidad el acto final, por afectar la legitimidad de contenido de la decisión.

Al parecer, entonces, todo indica que el dictamen del Procurador General del Estado conforma un acto complejo con el acto final. En este caso, la complejidad sería externa, como lo señala García-Trevijano, pues concurren varias personas jurídicas y no órganos del mismo ente. En este sentido, como se verá, el Tribunal Constitucional señaló que debía impugnarse el acto final y no el dictamen del Procurador General del Estado.

Pero ello, en el caso de la LOPGE, no responde a una cuestión: el dictamen es vinculante para toda la administración, esto es, incluso para quienes no formularon la consulta. Mal puede un pronunciamiento dictado por consulta previa de otro conformar un acto complejo, con la toma de una decisión de otro órgano de la administración. En este caso, el dictamen será una fuente o fundamento del acto administrativo distinto, no conformándose el acto complejo.⁷²

EL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO: UN ACTO SUI GÉNERIS

En definitiva, se puede estimar que el dictamen del Procurador General del Estado es un verdadero acto sui géneris de autoridad pública, al no reunir los elementos y características que permiten calificarlo, en nuestro derecho y bajo nuestras concepciones tradicionales (que han sido objeto de crítica), como un acto normativo, un acto administrativo, un acto de simple administración o un acto complejo.

IMPUGNACIÓN DEL DICTAMEN

Como lo recuerda Mario Rejtman Farah, hoy es indiscutible “que la esencia misma del Estado de Derecho supone el pleno sometimiento de éste al ordenamiento jurídico” lo que implica “la necesidad que toda posible violación al derecho sea susceptible de revisión o impugnación”, lo que, además, “se traduce en la plena responsabilidad estatal derivada aun de su obrar lícito, por los daños que los administrados

71. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, p. 351.

72. Así, el reglamento, el instructivo, la circular, u otro orden jurídico que fundamente el acto administrativo no conforma con éste un acto complejo.

puvieran sufrir”.⁷³ En este capítulo me constreñiré a determinar las vías de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado por violación del ordenamiento jurídico, es decir, establecer los mecanismos de fiscalización de estos actos y hacer efectivo, además, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24, No. 17, CE).

La determinación de la naturaleza del pronunciamiento del Procurador General del Estado es fundamental para identificar sus vías de impugnación, tanto en sede constitucional como en sede contencioso administrativa. Así, si se estima que tiene carácter de acto normativo puede ser objeto de acción de inconstitucionalidad de acto normativo o de un recurso de anulación u objetivo; si se lo toma como acto administrativo tiene tres vías expeditas: acción de inconstitucionalidad, acción de amparo y recurso subjetivo o de plena jurisdicción; y, por último, si no se lo encasilla en ninguno de ellos, puede también ser objeto de acción de amparo.

ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

A través de las acciones de inconstitucionalidad se ejerce, por parte del Tribunal Constitucional, el control concentrado, abstracto y *a posteriori* de constitucionalidad, y que tienen por exclusivo objeto y finalidad la fiscalización de la regularidad constitucional de estos actos, esto es, si son formal y materialmente conformes a la Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad son, en nuestro derecho, de dos clases: de acto normativo (art. 276, No. 1, CE) y de acto administrativo (art. 276, No. 2, CE), cada una con distintos requisitos de admisibilidad, con diversos procedimiento y, finalmente, con distintos efectos.

Así, respecto de la *legitimación activa*, las acciones de inconstitucionalidad pueden ser propuestas, en ambos casos, por el Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, la Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, y por mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia (art. 277, No. 2, 3 y 5, CE). Por su parte, el Presidente de la República solo puede plantear acción de inconstitucionalidad de acto normativo (art. 277, No. 1, CE) y los consejos provinciales y concejos municipales exclusivamente podrán demandar la inconstitucionalidad de actos administrativos (art. 277, No. 4, CE).

En materia de *procedimiento*, las acciones de inconstitucionalidad de actos normativos son de competencia del Pleno del Tribunal Constitucional y las acciones de inconstitucionalidad de actos administrativos son de competencia de sus salas. En este último evento, el Pleno de la Magistratura solo conocerá la inconstitucionalidad de

73. Mario Rejtman Farah, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 1.

actos administrativos si en la Sala competente no se logró decisión unánime, esto es, un fallo con el voto conforme de los tres vocales que la integran, tal como se determina en el art. 62 de la Ley del Control Constitucional.

Hasta aquí las diferencias son meramente formales, pero la tercera es determinante: el *efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad*:

Así, en el evento de declararse la inconstitucionalidad de un *acto normativo* éste es expulsado del ordenamiento jurídico, declaratoria que no tiene efecto retroactivo (art. 278 CE), es decir, en primer lugar, no entra en vigencia nuevamente el acto normativo derogado o reformado por la norma declarada inconstitucional. En el caso del dictamen del Procurador General del Estado, si por consulta formulada por otro órgano del poder público se modifica el criterio vertido en un anterior pronunciamiento, ello no quiere decir que vuelve a regir el dictamen modificado. Claro, se puede sostener que el Procurador General del Estado no puede modificar un pronunciamiento vinculante, pero se hace presente que la Ley solo señala que ese dictamen no puede modificarse a petición de parte, por lo que, en apariencia, deja abierto el camino a que el Procurador General del Estado se pronuncie de modo distinto ante una consulta solicitada por otro órgano del poder público que no fue el consultante primigenio (art. 13, inc. 3o., LOPGE). La irretroactividad de la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere, exclusivamente, a las situaciones jurídicas firmes creadas al amparo de la norma declarada inconstitucional, y que el acto anulado no puede ser invocado o aplicado a futuro, por lo que una declaratoria de inconstitucionalidad del dictamen, teniéndolo como acto normativo, implica que los actos que se dictaron con oportunidad de ese pronunciamiento no se afectan.

En todo caso, aun si se estima que el dictamen del Procurador General del Estado es un acto normativo, se debe tener presente que la acción de inconstitucionalidad, prevista en el número 1 del art. 276 de la Constitución, no se encuentra prevista para toda clase de actos normativos sino, exclusivamente, para leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado. Como se ve, quedan claramente excluidos los tratados internacionales, las reformas constitucionales y los dictámenes o pronunciamientos del Procurador General del Estado, si se les quisiera dar este carácter.

Si se toma al pronunciamiento del Procurador General del Estado como *acto administrativo*, el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad es distinto, pues conllevaría su *revocatoria* (art. 276, No. 2, CE), la que, por su naturaleza, tiene efecto retroactivo, aunque la Ley del Control Constitucional señala que ello no afecta las situaciones jurídicas firmes creadas al amparo del acto administrativo antes de su revocatoria (art. 26 LCC).

Ahora, si se lo tiene como acto de simple administración, estimo que el asunto cambia radicalmente, pues, si bien y de modo general se señala que un acto de naturaleza consultiva o preparatoria de la manifestación de voluntad no es propiamente impugnabile (*vid.* art. 74 ERJAFE), el art. 24 de la Ley del Control Constitucional señala, expresamente, que: “Para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, *así como los de mero trámite que influyan en una decisión final*”. Si se declara la inconstitucionalidad del acto de mero trámite no se puede argumentar que la decisión final no cae por ser una situación jurídica firme que se creó al amparo del acto administrativo antes de su revocatoria, en primer lugar porque ya no sería un acto administrativo sino uno de mero trámite y, en segundo lugar, porque el art. 26 de la Ley del Control Constitucional se refiere a otras decisiones que se dieron lugar por la toma de un acto administrativo.⁷⁴

Del mismo modo, si se declara la inconstitucionalidad de un acto complejo, la declaratoria afecta a todo el acto y no solo al impugnado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en el caso No. 0003-2003-AA, en decisión adoptada por el Pleno de la Magistratura en forma unánime, señaló lo siguiente:

Que, en estricto Derecho, los pronunciamientos del Procurador General del Estado al absolver las consultas que se le formulan, no pueden ser estimados como actos administrativos, en los términos generalmente aceptados por la doctrina del Derecho Administrativo, al carecer de efectos individuales y directos, pese a que estos actos implican la enunciación de voluntad unilateral, desde que influyen en la decisión final del órgano de la administración pública que ha realizado la correspondiente consulta, en virtud del art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, influencia que es definitiva desde que el pronunciamiento es vinculante.⁷⁵

ACCIÓN DE AMPARO

Incluso si no se logra definir al dictamen o pronunciamiento como un acto administrativo, como un acto de simple administración, o como un acto complejo, queda siempre abierta la posibilidad de interponer una acción de amparo, pues ésta no se constriñe a los antes mencionados sino, en general, a “actos de autoridad pública” (art. 95, inc. 1o., CE). La Procuraduría General del Estado es una institución del Es-

74. Así, si por un acto administrativo se dictaron, a su vez, otros actos administrativos, estos últimos no se verían afectados por la declaratoria de inconstitucionalidad del primero.

75. El Tribunal Constitucional, en este caso, declaró inadmisibile la acción, aunque no se señala por qué es inadmisibile frente a los dictámenes del Procurador General del Estado.

tado, es uno de los órganos del control (arts. 118, No. 3, y 214 CE) y el Procurador General del Estado es una autoridad pública (art. 215 CE), por lo que sus actos emanados en el ejercicio de las potestades legales y constitucionales son de autoridad pública.

Ahora bien, cierto es que el art. 95 de la Constitución no distingue entre actos impugnables por medio de acción de amparo, pero, por el canon de interpretación sistemática de la Constitución, esta acción no procede siempre, pues no es un mecanismo que reemplace otros procedimientos previstos en la misma Constitución para la impugnación de actos, como son las acciones de inconstitucionalidad.

De este modo, existen ciertos actos que están excluidos del ámbito de competencia de la acción de amparo, sea porque así lo dispone de manera expresa la misma Constitución, como es el caso de las decisiones judiciales, o bien por aplicación del canon de interpretación sistemática del texto constitucional o en razón de los requisitos de procedencia de la acción de amparo. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los actos frente a los cuales es improcedente el amparo son los siguientes:⁷⁶ 1. Actos extinguidos; 2. Decisiones judiciales (art. 95, inc., 2o., CE); 3. La impugnación de la legalidad del acto; 4. La impugnación de la inconstitucionalidad del acto; 5. Actos que vulneren derechos protegidos por otras garantías; 6. La impugnación de actos de carácter general; y, 7. Actos de naturaleza contractual o bilateral.

Si el dictamen del Procurador General del Estado ha sido extinguido, por cualquier causa, mal se lo puede impugnar mediante acción de amparo, u otra, pues se trataría de un acto inexistente. El dictamen del Procurador no es una decisión judicial, ni tiene naturaleza bilateral o contractual. Del mismo modo, si se impugna la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto, las vías de conocimiento son las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y las acciones contencioso administrativas, que no pueden ser reemplazadas por el amparo, como se dijo.

La verdadera dificultad es estimar al dictamen del Procurador General del Estado como un acto de carácter general, con lo que el amparo se tornaría improcedente (art. 50, No. 5, RTETC y art. 2, letra c, RCSJ), asunto sobre el que ya me he referido.

Para impugnar el dictamen mediante amparo se debe demostrar, en primer término, su ilegitimidad. El Tribunal Constitucional ha determinado, en múltiples fallos, lo que se entiende por acto ilegítimo que ha sido dictado por una autoridad que no

76. *Vid. Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional*, art. 50, los actos respecto de los que la acción de amparo es improcedente. En esta disposición reglamentaria se confunde la improcedencia de la acción con su inadmisión, cuyos efectos son diversos. Asimismo, *vid.*, RCSJ, art. 2, en el que se señalan muchos de estos actos sobre los cuales el amparo se torna improcedente, debiéndose rechazar de plano.

tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico o bien que su contenido sea contrario a dicho ordenamiento o que haya sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. Es decir que, el análisis de legitimidad se basa no solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto del acto impugnado. Se debe tener presente que las causales de ilegitimidad de un acto son alternativas, es decir, basta con que se presente una de aquellas para tornar al acto impugnado en ilegítimo. Este criterio es el que se encuentra incorporado en el inciso segundo del art. 54 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ha sido señalado, de manera reiterada y uniforme, en las resoluciones que el Tribunal Constitucional dicta en materia de amparo.

La ilegitimidad del acto no basta para que proceda la acción de amparo, pues esta garantía protege a las personas frente a actos u omisiones ilegítimos que vulneren o amenacen vulnerar derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales vigentes. Se debe tener presente que la consagración de derechos fundamentales que realiza la CE es amplia, es decir, no cae en reduccionismos ni en el positivismo estatalista. Respecto de lo último, insisto, el amparo protege los derechos reconocidos en tratados y convenios internacionales, pero tampoco es positivista, pues la Carta Política señala que no se excluyen “otros [derechos] que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material” (art. 19 CE).

Por último, se debe demostrar que el acto impugnado conlleva inminencia gravosa. Respecto de la inminencia, éste término, de modo general, hace referencia a un hecho futuro que amenaza suceder prontamente, pero, jurídicamente, la inminencia de daño grave no solo atinge a hechos futuros, sino también a hechos ocurridos o que están ocurriendo. Así, para efectos del amparo, puede ocurrir que la violación del derecho haya ocurrido y haya provocado perjuicio o daño, pero ese daño debe persistir al momento de presentarse la acción constitucional; si el daño es actual se debe probar que el perjuicio se está causando al peticionario; y, por último, si el daño no se ha producido, debe probarse que existen hechos indicativos que el perjuicio sucederá.⁷⁷ Esto hace relación con el objeto del amparo: remediar el daño causado, cesar el daño que se está causando y evitar el daño que se amenaza causar, todos ellos, por la violación de un derecho subjetivo constitucional.

En todo caso, el Pleno del Tribunal Constitucional, dentro del caso No. 0426-2003-RA, en fallo dividido, se pronunció en el sentido que

77. Cfr. Valeria Merino y Rafael Oyarte, “La Aplicación de la Acción de Amparo en el Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires, Ciedla, 2000, pp. 652 y 653.

“la absolución no implica la emisión de la decisión administrativa ‘sino más bien juicios de valor, opiniones sobre aspectos determinados y siempre con anterioridad a que la administración consultante exteriorice su voluntad pública, pues solo a ella le compete tomar la resolución que cada caso amerite’ (Patricio Secaira Durango, *Teoría general del derecho administrativo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p. 45)”, en virtud de lo cual, consideró que “lo procedente sería impugnar el acto mediante el cual el consultante exterioriza su voluntad y no el acto previo a la misma, pues esta última no ocasiona efectos individuales, concretos y directos”.⁷⁸

Hago presente, que el art. 95 de la Constitución hace referencia a actos de autoridad pública, sin distinción, y no solo de actos administrativos, cuando se refiere a los asuntos materia de impugnación a través de esta garantía constitucional, lo que no tuvo presente el Tribunal Constitucional a la hora de resolver el amparo cuya resolución se ha citado.

ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS

Lo primero que se debe hacer presente es que existen discrepancias entre quienes estiman al contencioso administrativo como un proceso contra el acto, y quienes lo señalan como un proceso de tutela de derechos, con lo que se pueden incorporar fundamentos de derecho que no se han expuesto en la instancia administrativa, razón por la cual se oponen, además, a la denominación de “recurso”, pues ésta no es una vía de alzada.⁷⁹ En este sentido, Juan Carlos Benalcázar dice: “Se llega así a plantear la exigencia de la tutela jurisdiccional a través del proceso contencioso administrativo, cuyo fundamento resulta de la necesidad de someter las actuaciones de la Administración pública a juicio de un tercero imparcial, de manera que se haga efectiva la presencia de la justicia en las relaciones que aquélla establece con los administrados, y se asegure la vigencia del ordenamiento jurídico en las situaciones concretas”.⁸⁰

Los recursos contencioso administrativos pueden interponerse contra reglamentos, actos y resoluciones que causen estado, es decir, que no sean susceptibles de recursos administrativos, y que vulneren derechos o intereses del demandante (art. 1

78. En este fallo, además, el Tribunal Constitucional confunde la impugnación del dictamen con el acto contractual al que se hace referencia en el dictamen y dice: “Teniendo en cuenta lo señalado, además, se debe hacer presente que, en la especie, el dictamen impugnado hace referencia a un contrato y su eventual modificación, asunto ajeno a la acción de amparo, como lo ha señalado de modo reiterado esta Magistratura y que consta dentro de la causal de improcedencia de la acción de amparo señalada en el número 6 del art. 50 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional”.

79. Cfr. Mario Rejtman Farah, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, pp. 3-7.

80. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “El Proceso Contencioso-Administrativo y la Tutela Jurisdiccional del Administrado”, tesis doctoral PUCE, Quito, 1997, p. 63.

LJCA). Si se estima que el dictamen del Procurador General del Estado tiene carácter general solo puede ser objeto de recurso objetivo o de anulación (art. 3 LJCA), el mismo que caduca en tres años (art. 65, inc. 2o., LJCA) y que puede ser propuesto por quien tenga interés directo en la demanda (art. 3, inc. 3o., LJCA).⁸¹

El dictamen del Procurador General del Estado no reúne las características de una resolución administrativa (art. 2 LJCA), pues no pone fin al expediente administrativo,⁸² pero, si se estima que es un acto de mero trámite se puede interponer acción contencioso administrativa, señalando que el pronunciamiento del Procurador General del Estado, por su carácter vinculante, decide, indirectamente, el fondo del asunto consultado, aunque se puede argumentar, por otra parte, que ese dictamen, para ser impugnabile, debe poner término a la cuestión o hacer imposible su continuación (art. 5 LJCA). En este caso, el plazo de interposición caduca a los noventa días contados a partir del siguiente al de su notificación (art. 65, inc. 1o., LJCA). Se puede considerar que el dictamen del Procurador General del Estado termina y decide, indirectamente, el asunto objeto de consulta y su resultado puede dejar en indefensión al administrado: el acto final solo puede ser legítimo si se atiene al contenido del pronunciamiento, por su carácter vinculante. Tal condición, creo, lo hace impugnabile de forma directa en sede contencioso administrativa,⁸³ por quien haya sido afectado en sus derechos subjetivos por el pronunciamiento del Procurador General del Estado (art. 3, inc. 2o., LJCA).

Ahora, si se tiene al dictamen como un acto administrativo o como un acto complejo, el pronunciamiento del Procurador General del Estado (que está dentro del art. 4, No. 1, letra a, LJCA) no cae en ninguna de las cuestiones excluidas de la jurisdicción contencioso administrativa señaladas en los arts. 6 y 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por último, se hace presente que, en nuestro derecho no se hace necesario el reclamo administrativo previo, agotando sus instancias, para proceder a una acción en sede contencioso administrativa (art. 38 LME), aunque la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aún exige que el acto haya causado estado (arts. 1, 30, letra e, y 31, letra c, LJCA), esto es, cuando ya no sean

81. Sobre la finalidad y naturaleza del proceso contencioso-administrativo de nulidad, *vid.* Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *El Proceso Contencioso-Administrativo y la Tutela Jurisdiccional del Administrado*, pp. 91-98, en el que señala que fue concebido “como ‘objetivo’ en cuanto se dirige a la tutela del ordenamiento jurídico, independientemente de la situación subjetiva del demandante”, mas ha evolucionado desde que al demandante se le vulnera un interés legítimo, lo que no es solo un requisito de “seriedad” que evita la excesiva acumulación de demandas. Del mismo modo, este autor se opone a la idea de que sea un proceso sin partes o un “proceso al acto”, al preverse la posibilidad de desistimiento y abandono, o de considerar rebelde a la Administración que no contesta la demanda.

82. Cfr. Luciano Pareja Alfonso, *Derecho Administrativo*, p. 904.

83. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, pp. 58-59.

susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa (art. 5 LJCA).⁸⁴ En todo caso, lo único que puede hacerse en este caso es la petición de reconsideración ante el mismo Procurador General del Estado, como se revisó.

OTRAS VÍAS

El dictamen del Procurador General del Estado ¿puede originar *conflictos de competencia*? Se puede pensar que sí, en caso de negarle una facultad a una institución del Estado. Pero, en este evento, la negativa por parte del Procurador General del Estado de reconocerle una competencia, no necesariamente implica una contienda de competencia desde que la Procuraduría General del Estado no la estaría asumiendo ni estaría negándose una propia y asignándosela a otro órgano del poder público.

Incluso cuando se produce un conflicto de competencia positivo o negativo, la Magistratura facultada para pronunciarse, esto es, el Tribunal Constitucional, no puede actuar a petición de cualquier órgano, sino solo de los expresamente legitimados en el inciso tercero del art. 277 de la Constitución, es decir: por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales.

También se puede pensar en la *declaratoria de inaplicabilidad* como una fórmula de impugnación de los dictámenes del Procurador General del Estado. Ciertamente el art. 274 de la Constitución determina la facultad de que los jueces y tribunales de oficio o a petición de parte, declaren la inaplicabilidad de “cualquier precepto jurídico” contrario a la normas constitucionales o de los instrumentos internacionales. La primera duda que se plantea es considerar al pronunciamiento del Procurador General del Estado como un precepto, esto es, como una norma jurídica, asunto que ya se ha revisado. Incluso en el evento de considerar al dictamen del Procurador General del Estado como incluido dentro de la definición de “precepto jurídico”, se debe tener presente que, a través de la declaratoria de inaplicabilidad se ejerce el control difuso y concreto de constitucionalidad, el que tiene carácter de incidental, esto es, lo principal del proceso judicial es resolver un caso y no determinar la inconstitucionalidad del precepto cuya inaplicabilidad se declara. Además, la declaratoria de inaplicabilidad no anula el acto, es decir, no lo invalida, pues solo tiene efectos dentro de la causa (art. 274, inc 2o., CE), pero de ella se deriva la actuación del Tribunal

84. En todo caso, ambas leyes (la LME y la LJCA) son ordinarias, pues ninguna se refiere a alguna de las materias reservadas dentro del dominio máximo legal orgánico (art. 142 CE), ni ha sido incluida en la determinación legislativa realizada por el Congreso, en virtud de la vigésima segunda disposición transitoria de la CE. Por tanto, aplicando el principio de *lex posteriori*, no se exige el requisito de agotar la vía administrativa.

Constitucional, que puede decidir sobre ese acto en abstracto, ejerciendo control concentrado, y, de estimarlo inconstitucional, lo expulsa del ordenamiento jurídico (arts. 276, No. 7, 278 CE y 38 RTETC)

CONCLUSIONES

Las dificultades que se presentan para establecer la naturaleza de los pronunciamientos del Procurador General del Estado pueden ser, y son, determinantes a la hora de analizar sus vías de impugnación, tema de suma trascendencia a la hora de hacer efectivos los principios de juridicidad, control y responsabilidad, indispensables para la vigencia de un Estado de Derecho. La emanación de dictámenes del Procurador General del Estado que se aparten de la juridicidad puede resquebrajar la regularidad del ordenamiento jurídico positivo, más aún si se tiene en cuenta su carácter vinculante. Es, precisamente, el carácter vinculante de estos pronunciamientos los que originan problemas, pues la administración formula las consultas precisamente para desvirtuar su propia responsabilidad a la hora de tomar las decisiones. Entonces, hay que definir sus mecanismos de impugnación, pues atacar el acto final que se emana luego de la consulta no soluciona el predicamento, pues se señala que el dictamen no solo vincula al consultante sino a toda la administración pública, por lo que no solo basta con anular los actos que se producen por un dictamen dictado con desapego a la juridicidad; hay que derribar el dictamen.

Para este efecto, se desechó la idea de darle el carácter de acto normativo al dictamen, el que si bien no es de carácter particular tampoco alcanza a la generalidad (la fórmula interpretativa obliga solo a la administración pública), si bien reúne las características de universalidad y de abstracción. Por otra parte, ese pronunciamiento, en sí mismo, no constituye una norma sino, precisamente, la opinión sobre el modo de aplicación de normas, sin que pueda reemplazar a las leyes y a las resoluciones interpretativas emanadas del Congreso Nacional y de la Corte Suprema de Justicia. Este acto, además, no tiene una jerarquía dispositiva, como ocurre con las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional.

Se revisaron las características, los elementos y los efectos de un acto administrativo para desestimar la inclusión de los pronunciamientos del Procurador General del Estado dentro de esta clase de actos. De este modo, se analizó la competencia para emitir los dictámenes, la imposibilidad de dictarlos de oficio y de delegar esa atribución; su contenido destinado a pronunciarse sobre la inteligencia o aplicación de normas, lo que torna al Procurador en una suerte de intérprete administrativo del Derecho, que no puede excederse del precepto objeto del dictamen y de lo consultado; el procedimiento para su emisión, haciendo presente el no establecimientos de plazos

para dictarlo, la forma de solicitar su reconsideración y la discusión sobre cuándo el dictamen es definitivo, especialmente si no se ha solicitado la reconsideración, y la posibilidad de modificar su contenido a futuro; la causa y el objeto, esto es, que no implique desviación de poder; y, la motivación del dictamen. Sobre las características del dictamen del Procurador General del Estado, se determina su carácter de declaración o manifestación de juicio, que tiene el carácter unilateral realizada en el ejercicio de potestad administrativa y sometida a derecho administrativo, el mismo que se presume legítimo pero que no es ejecutorio ya que no se impone el contenido del pronunciamiento al administrado sino el acto final que se basa en el pronunciamiento vinculante, sin que tenga los efectos de un acto administrativo (no tiene eficacia jurídica directa).

Sobre su eventual carácter de acto de trámite, por su índole preparatoria e informativa respecto del acto final, se hizo presente que no se limita a influir en la decisión administrativa sino a determinarla, lo que sumado a su carácter de obligatorio para toda la administración pública lo aleja del concepto de acto de trámite, lo mismo que del de acto complejo, pues no puede serlo respecto de una decisión que debe tomar otro órgano de la administración que no es el consultante. Todo lo dicho nos lleva a señalar que estamos frente a un acto de naturaleza sui géneris.

Luego de revisar la naturaleza de los dictámenes, se desecha la idea de que sea susceptible de impugnación a través de la acción de inconstitucionalidad de acto normativo (además porque no se encuentra incluido dentro de los actos impugnables por esta vía en el número 1 del art. 276 de la Constitución), dejando la posibilidad de que sea impugnado a través de la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo, por el concepto de éste que trae el art. 24 de la vigente Ley del Control Constitucional, haciéndose presente los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en cada caso. Del mismo modo, se revisaron los recursos objetivo o de anulación y subjetivo o de plena jurisdicción para la impugnación de los dictámenes en sede contencioso administrativa, considerando que estos actos no se encuentran excluidos de esa vía y que tienden a la protección de los derechos e intereses de los afectados. Concluyo estimando que no existe ninguna razón jurídica para impedir que estos actos sean impugnados a través de una acción de amparo, pues es posible que se reúnan todos sus requisitos de procedencia y que se encuentre dentro de la finalidad de esta garantía constitucional.

En este sentido, estimo, existe una suerte de insensibilidad por parte de los aparatos de justicia (incluido el Tribunal Constitucional), pues, por todas las vías, se han desechado las acciones directas contra estos actos. En todo caso, estimo que la vía que indiscutiblemente existe para atacar los pronunciamientos del Procurador General del Estado es la del amparo constitucional, pues este acto es uno de autoridad pública y bien puede vulnerar derechos constitucionales y ocasionar inminencia de da-

ño grave, teniendo esta acción constitucional, entre sus objetivos la de evitar las consecuencias dañosas a derechos constitucionales que, de modo inminente, se darían a través de un dictamen que es vinculante para quien formuló la consulta y de carácter obligatorio para toda la administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “El Proceso Contencioso-Administrativo y la Tutela Jurisdiccional del Administrado”, tesis doctoral PUCE, Quito, 1997.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 1980, 6a. ed.
- Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, 2a. ed.
- Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, 7a. ed.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, 9a. ed.
- Escola, Héctor Jorge, *El Interés Público, como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- Escuin Palop, Vicente, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Tecnos, 1999, 2a. ed.
- García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, 2a. ed.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3 (el acto administrativo), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5a. ed.
- Granja Galindo, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 1992.
- Jaramillo Ordóñez, Herman, *La Justicia Administrativa*, Loja, s.e., 2003.
- Larrea Holguín, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991, 5a. ed.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, 3a. ed.
- Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 2002, 21a. ed.
- Merino, Valeria, y Rafael Oyarte, “La Aplicación de la Acción de Amparo en el Ecuador”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires, Ciedla, 2000.
- Morales Tobar, Marco, “El Acto Administrativo”, en *Derecho Constitucional: para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional / Konrad Adenauer, 1999.
- “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en Luis López Guerra, coord., *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2002.
- “Consolidación del Tribunal Constitucional”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2001*, Quito, Editora Nacional, 2002.

- “La Acción de Amparo y su Procedimiento en el Ecuador”, en *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional 2002*, Quito, Editora Nacional, 2003.
- Oyarte Martínez, Rafael, “La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico”, en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 44, Quito, AED de la PUCE, 2001.
- *Manual de Amparo Constitucional*, Quito, CLD, 2003.
- “Formación de la Ley”, en *Temas Constitucionales, Revista del Tribunal Constitucional*, año 1, No. 1, Quito, enero 2004.
- *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005.
- *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2006.
- Pareja Alfonso, Luciano, *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003.
- Rejtman Farah, Mario, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- Reyes Riveros, Jorge, “El Principio de Juridicidad y la Modernidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, Santiago, P. U. Católica de Chile, 1998.
- Secaira Durango, Patricio, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.
- Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de Protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.