

**Vol. 8 Num. 17 Suplemento CICA Multidisciplinario
Enero-junio 2024**

**EL EXCESO DEL PRINCIPIO DE DISCRECIONALIDAD EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**THE EXCESS OF THE PRINCIPLE OF DISCRETIONALITY IN PUBLIC
ADMINISTRATION**

**O EXCESSO DO PRINCÍPIO DA DISCRECIONALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Juan Carlos Molina Loor¹ Autor de correspondencia abjuancarlosmolinaloor@gmail.com
Abogado en libre ejercicio – Ecuador

Alexis Alberto Paguay Sánchez² E-mail alexispaguaysanchez@hotmail.com
Abogado en libre ejercicio – Ecuador

Duniesky Alfonso Caveda³ E-mail dalfonsoc@ube.edu.ec
Universidad Bolivariana del Ecuador

Recibido: 8 de febrero 2024 **Aceptado:** 11 de junio 2024 **Publicado:** 25 de junio 2024

RESUMEN

La presente investigación ha sido una recopilación de datos e información, cuyo objetivo es generar una crítica jurídica a la aplicación excesiva y arbitraria de la discrecionalidad en la administración pública ecuatoriana, con lo cual se ha logrado además determinar sus efectos tanto positivos como negativos en la prestación del servicio a la colectividad y otros principios que la componen. Debe entenderse, además, que la discrecionalidad no implica el uso de principios o toma de decisiones al libre albedrío del ente emisor, sino que debe sujetarse obligatoriamente a preceptos jurídicos y normativos pertinentes. Este trabajo fue desarrollado

¹ Juan Carlos Molina Loor Abogado – E-mail abjuancarlosmolinaloor@gmail.com

² Alexis Alberto Paguay Sánchez – E-mail alexispaguaysanchez@hotmail.com

³ Duniesky Alfonso Caveda E-mail dalfonsoc@ube.edu.ec Universidad Bolivariana del Ecuador
Orcid.org/0000.0001-7889-8066

mediante un enfoque mayormente cualitativo de tipo descriptivo, lo cual ha permitido elaborar una síntesis que caracterice cada uno de los elementos fenomenológicas del caso mediante la sistematización doctrinaria y el uso de bibliografía y documentos como instrumentos de investigación; los principales resultados logrados en el artículo científico, aparte de la carencia de una definición propia de discrecionalidad y la obligación de que ésta se ciña a los preceptos legales vigentes, a fin de evitar decisiones contrarias a la ley, por lo que es obligación de las autoridades analizar si la emisión de los actos administrativos discrecionales se encuentran motivados e incluso haciendo los controles pertinentes, llegando a la conclusión de que la discrecionalidad es una facultad muy compleja de la Administración, la cual debe ser controlada para que las decisiones se apeguen a Derecho.

PALABRAS CLAVE: discrecionalidad, administración, facultad.

ABSTRACT

This research has been a legal critique of the excessive and arbitrary application of discretion in the Ecuadorian public administration, with which it has also been possible to determine its positive and negative effects on the provision of service to the community and other principles that compose it. It should also be understood that discretion does not imply the use of principles or decision-making at the free will of the issuing entity, but must be subject to relevant legal and regulatory precepts. This work was developed through a mostly qualitative descriptive approach, which has allowed the elaboration of a synthesis that characterizes each of the phenomenological elements of the case through doctrinal systematization and the use of bibliography and documents as research instruments; The main results achieved in the scientific article, apart from the lack of its own definition of discretion and the obligation for it to adhere to the legal precepts in force, in order to avoid decisions contrary to the law, so it is the obligation of the authorities to analyze whether the issuance of discretionary administrative acts

are motivated and even to carry out the pertinent controls, reaching the conclusion that discretion is a very complex power of the Administration, which must be controlled so that decisions are in accordance with the law.

KEYWORDS: discretion, administration, faculty.

RESUMO

A presente investigação foi uma compilação de dados e informações, cujo objetivo é gerar uma crítica jurídica à aplicação excessiva e arbitrária da discricionariedade na administração pública equatoriana, com a qual também foi possível determinar seus efeitos positivos e negativos sobre o prestação de serviço à comunidade e demais princípios que a compõem. Deve-se entender também que a discricionariedade não implica a utilização de princípios ou a tomada de decisões por livre vontade do ente emissor, mas deve estar sujeita aos preceitos legais e regulamentares pertinentes. Este trabalho foi desenvolvido através de uma abordagem majoritariamente qualitativa, descritiva, que permitiu a elaboração de uma síntese que caracteriza cada um dos elementos fenomenológicos do caso por meio da sistematização doutrinária e da utilização de bibliografia e documentos como instrumentos de pesquisa; os principais resultados alcançados no artigo científico, além da falta de definição de discricionariedade e da obrigatoriedade de adesão aos preceitos legais vigentes, a fim de evitar decisões contrárias à lei, razão pela qual é obrigação das autoridades analisar se são motivadas a emissão de atos administrativos discricionários e até mesmo realizar os controles pertinentes, chegando à conclusão de que a discricionariedade é uma faculdade muito complexa da Administração, que deve ser controlada para que as decisões sejam aderentes à Lei.

PALAVRAS-CHAVE: discricionariedade, administração, corpo docente.

INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo ecuatoriano ha sufrido una serie de cambios desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República en el año 2008, mismo que ha significado un avance en cuanto al organigrama de la Administración Pública en el Ecuador, lo cual ha originado una serie de temas que generan controversia en cuanto a las actividades del Estado, entre ellos el exceso del uso de la discrecionalidad en los actos administrativos, abusando de los criterios de legalidad y juridicidad establecidos en la Carta Fundamental y en otras normas como el Código Orgánico Administrativo.

Como se sabe, el Estado otorga a las entidades que están bajo su responsabilidad, la ventaja de poder decidir a su juicio y buen criterio, el camino por el cual debe seguirse a fin de resolver conflictos o tomar decisiones que afectan de una u otra manera a los ciudadanos, sin embargo, hay casos en los cuales esta facultad se convierte en un abuso claro del derecho, lo cual crea actos administrativos que, más allá de beneficiar a las partes involucradas, terminan perjudicando la totalidad de la Administración y por ende, a los administrados.

Los actos administrativos que emite el sector público son amparados por potestades discrecionales, los cuales suelen facultar a la entidad emisora a tomar decisiones que cambien el curso de los entes que se encuentren bajo sus facultades, tal es el caso de decidir sobre la entidad que efectúe una determinada obra pública o el procedimiento a seguirse para el cobro de tributos.

La discrecionalidad es una facultad de la Administración Pública que en cambio, no debe ser interpretada como un permiso en el que las entidades pueden emitir actos a su arbitrio y conveniencia, muchas veces irrespetando procedimientos y reglas, por esto, para que evitar esta emisión inorgánica de decisiones, muchas veces contrarias al espíritu de la norma, es que se

debe realizar un control efectivo de dicha potestad, de tal forma que las decisiones se apeguen estrictamente a la casuística y al Derecho.

El presente trabajo busca analizar esta problemática desde un punto de vista profundo y conciso, con la finalidad de conocer no solamente los ámbitos en los cuales la administración puede llegar a rebasar los límites en cuanto al uso de sus convicciones y sana crítica dentro de la emisión de sus actos, vulnerando no solamente derechos fundamentales, sino también principios generales del Derecho; además, permitiendo conocer de ese modo cuál es el medio para la limitación de este abuso o exceso de discrecionalidad en las administraciones.

Con este artículo científico se busca determinar los efectos que genera el exceso en la aplicación del principio de discrecionalidad en la administración pública, por lo tanto, deben perseguirse como fines específicos Contextualizar a la administración pública, desde el pensamiento doctrinario y normativo, tanto nacional como comparado con los ordenamientos jurídicos peruano y chileno, establecer criterios respecto de las potestades regladas y discrecionales de la administración pública, así como sus limitaciones; y, verificar los mecanismos que facilitan el control del uso excesivo de la potestad discrecional.

A fin de entender de mejor forma el tema, se formulan a manera de interrogante que englobe efectivamente el fenómeno, las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los efectos que genera el exceso de la discrecionalidad en la emisión de actos de la Administración Pública?: ¿Con qué medios cuenta el Estado para controlar el uso de actos administrativos discrecionales?

En definitiva, la existencia de un trabajo que evidencie académicamente ciertos errores que se cometen en la administración pública ecuatoriana, permite en especial a los profesionales del Derecho y quienes trabajan para las entidades pertenecientes al Estado, enriquecer los conocimientos y la investigación académica profunda sobre el derecho administrativo

ecuatoriano y entender de mejor forma la funcionalidad del sistema de gobierno y de administración de la nación.

MARCO TEÓRICO

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

ECUATORIANO

Para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la administración pública es una persona jurídica de derecho público, de la cual el Presidente de la República es el principal representante, y se compone principalmente de organismos interorgánicos e interadministrativos, que se encargan del orden y funcionalidad del Estado ecuatoriano. De hecho, la Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 227, establece que “La Administración Pública corresponde un servicio a la colectividad, que se rige por una serie de principios” (Constitución de la República del Ecuador , 2023).

Se la conoce como “servicio a la colectividad”, puesto que uno de sus fines es precisamente la prestación de servicios que favorecen a quienes residen en un territorio determinado. Históricamente, ha sido concebida desde varias aristas, pero para el derecho ecuatoriano se puede manifestar como un ente que permite el buen manejo de los haberes estatales en favor de sus habitantes, concepción concomitante con las ideas del actual constitucionalismo latinoamericano.

Volcando un poco al pensamiento constitucionalista actual, autores como el prominente tratadista y profesor mexicano Miguel Carbonell, destacan que el constitucionalismo engloba en la Constitución como plataforma política que evoluciona, así como un instrumento que

organiza y contiene al poder estatal (Carbonell, 2004). Justamente por ello, la normatividad de gran parte de las naciones modernas destaca en la Constitución como guía y garante de las administraciones públicas y, por ende, de la organización política del Estado.

Si la Constitución ecuatoriana destaca el marco axiomático y los dogmas de la administración pública de forma general, el Código Orgánico Administrativo que se encuentra vigente desde el año 2017, en cambio, menciona una concepción más simplista y precisa de la administración pública; el artículo 44 manifiesta que la Administración Pública comprende las entidades del Sector Público previstas en la Constitución de la República (Código Orgánico Administrativo, 2023). En el país, el sector público es relativamente amplio y no solamente se circunscribe a la Función Ejecutiva sino a todos los poderes del Estado y sus entes dependientes.

DEFINICIONES DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE LA DOCTRINA

Para el profesor colombiano Jaime Santofimio Gamboa, la administración pública “es un ente que goza de un alto grado de decisión política y competencias para el impulso de la actividad pública, procurando colmar las finalidades estatales, como consecuencia de controles y sistema de participación adecuada” (Santofimio Gamboa, 2018). Por lo tanto, al tener un alto grado de decisión política, la administración es capaz de crear los medios necesarios para controlar la actuación del Estado y que dichas políticas se sigan relacionando en cuanto al beneficio de los ciudadanos, por lo que el objeto del impulso de la actividad pública estatal está dirigida a satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Otra definición valedera de analizar, es la que brinda el profesor francés Charles-Jean Bonnin, citado por el jurista mexicano Omar Guerrero, quien, en sus principios de Administración Pública, la define como: “la autoridad común que, dentro de cada departamento, ejecuta las leyes de interés general que se estatuyen sobre las relaciones necesarias de cada administrado con la sociedad (...)” (Guerrero Orozco, 1986, p. 61); dicha definición es de vital importancia

teniendo en cuenta que Bonnin es considerado el padre del Derecho Administrativo y fundador de la teoría de la Administración Pública tal y como se la conoce ahora.

ANTECEDENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se pudiera hacer un análisis del origen de las administraciones públicas desde la Edad Antigua, puesto que los egipcios, judíos e incluso en primer lugar, fueron quienes establecieron una figura primitiva de la administración pública, puesto que se organizaban los asuntos del Estado por cargos, otorgando en este sentido la potestad jurisdiccional, así como la administración del Estado a quienes estaban en puestos altos. Sin embargo, la figura de la administración pública, tal y como se la conoce actualmente, surge en Europa.

Se considera a Alemania como la cuna de la ciencia administrativa, puesto que el desarrollo de una ciencia que se orienta a estudiar el funcionamiento de la administración, desde dos perspectivas y/o momentos históricos distintos: cameralistas y quienes han creado la teoría del estado de bienestar social, aunque en este modo se entiende que para el sistema europeo se encuentra monopolizado por el estudio del Derecho Administrativo, como lo manifiesta el estudio del tratadista mexicano Carlos Gómez Díaz de León:

Sin embargo, ya para esta época en toda Europa el Derecho Administrativo tendía a monopolizar el campo de estudios y a ignorar prácticamente toda aportación o análisis no jurídicos. La única excepción notable de este fenómeno lo constituye la obra de Max Weber, cuyo análisis minucioso de la burocracia ha inspirado a gran cantidad de sociólogos, primero en Europa y luego, con bastante posterioridad, en Estados Unidos.
(Gómez Díaz de León, 2016)

Aunque Alemania es considerada la cuna del Derecho Administrativo como tal, el modelo usado por gran parte de las naciones latinoamericanas, se encuentran ligadas al modelo francés, sobre todo en cuanto a ciertas potestades como la de “policía” o mantenimiento del orden. Sin

embargo, el sistema gubernamental moderno como tal, precisamente nació con la luz de la Revolución Francesa, siendo el padre de dicha figura, Carlos Juan Bautista Bonnin, mismo que con sus textos “Principios de la Administración Pública” y “Compendio sobre los principios de la Administración”, establecen el estudio de los órganos, funcionalidad y relaciones entre las entidades y administrados.

Esto porque, aunque el sistema de administración usado en Occidente y en especial, en las repúblicas presidencialistas que dominan prácticamente gran parte de América y Europa, se basan en el modelo de la separación de poderes consagrado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y siguiendo el modelo francés de Montesquieu, el estudio del Derecho Administrativo moderno, tal y como se lo analiza en la actualidad, inicia en Alemania, con la incorporación de conceptos novedosos como la discrecionalidad como alternativa a la excesiva legalidad.

Por ello, es importante discernir el origen del modelo de gobierno diseñado en gran parte de las naciones modernas del nacimiento del Derecho Administrativo como una ciencia de estudio del manejo del Estado más allá de teorías constitucionales, puesto que el modelo francés se refiere a la organización del poder, mismo que no reside únicamente en el gobernante⁴, sino que se organiza en tres poderes distintos. Alemania en cambio, es cuna del estudio moderno del derecho administrativo.

Estados Unidos mantiene en gran parte el sistema administrativo anglosajón, aunque su análisis científico data de 1888, pues el expresidente Woodrow Wilson afirmaba que la Administración Pública es considerado un campo autoconsciente y profesional, que debe ser distinguido del poder político, aunque se encuentren conexos entre sí, puesto que la administración debe ser

⁴ Conforme a los lineamientos surgidos a raíz de los pensamientos de Montesquieu, el Estado se organiza en tres poderes: uno ejecutivo (representado por el presidente), uno legislativo (residente en la Asamblea Nacional) y el judicial (correspondiente a jueces y magistrados).

ejercida por gente capaz de anteponer las necesidades colectivas (prestación de servicios) por sobre sus intereses personales o los del mismo grupo político al que pertenece.

Ecuador, por su parte, al manejar un sistema jurídico-administrativo basado justamente en un híbrido entre la separación de poderes francesa y el presidencialismo estadounidense, ha transitado por varias transformaciones concomitantes con cada cambio de gobierno, por lo tanto, cada cambio normativo ha permitido que la Administración se transforme, aunque la cabeza de dicha administración pública siga residiendo en el Presidente de la República como jefe de Estado y Gobierno.

Conforme al marco constitucional actual, se puede destacar que la Constitución de la República y el actual Código Orgánico Administrativo⁵ definen la naturaleza de la administración pública (órganos y entidades del sector público), así como los principios que rigen de este modo el sistema de administración pública en el país y las relaciones que ésta mantiene con las personas naturales y entre sí.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA NATURALEZA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Constitución de la República del Ecuador, así como el Código Orgánico Administrativo establecen como principios rectores de la administración pública la eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, entre otros que rigen no solamente la generalidad de la administración, sino también otros como la relación existente con las personas naturales o entre las tres modalidades de administración, y también los principios del área procedimental.

⁵ Anteriormente el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva era el ente que establecía la funcionalidad y organización de la administración pública ecuatoriana.

Doctrinariamente se reconocen los principios señalados en el renglón superior, el jurista peruano Piero Rojas refiere de manera genérica a ellos en un análisis de proyecto de ley de Bases de la Administración para su país:

El proyecto de ley en estudio ha recogido de manera enunciativa una lista de principios que permiten establecer con total certeza las reglas de la organización y el ejercicio de las competencias de la administración pública. Si el objetivo de estos principios es dotar al aparato administrativo de mayor coherencia, es preciso examinar aquellos que se han reconocido de manera expresa en el proyecto de ley. Asimismo, se sugieren otros principios que por su importancia y naturaleza jurídica merecen ser reconocidos de manera expresa (Rojas, 2015, p. 204).

Tabla 1. *Principios de la Administración Pública según la naturaleza del COA.*

Principios de la Administración Pública			
Generales	De la actividad administrativa en relación con las personas.	De las relaciones entre administraciones públicas	Del procedimiento administrativo
<ul style="list-style-type: none"> • Eficacia • Calidad • Jerarquía • Desconcentración • Descentralización • Coordinación • Participación • Planificación • Transparencia • Evaluación • Juridicidad • Responsabilidad • Proporcionalidad • Buena fe 	<ul style="list-style-type: none"> • Interdicción de la arbitrariedad. • Imparcialidad e independencia. • Control • Ética y probidad • Seguridad Jurídica y Confianza Legítima. • Racionalidad. • Protección de la Intimidad. 	<ul style="list-style-type: none"> • Lealtad institucional. • Corresponsabilidad y complementariedad. • Subsidiariedad. • Colaboración. 	<ul style="list-style-type: none"> • Tipicidad • Irretroactividad.

Fuente: Los Autores

Nota. Obtenido de la codificación del Código Orgánico Administrativo.

Como puede evidenciarse, la Carta Fundamental establece principios generales que rigen la naturaleza por la que debe regirse la administración pública, y concomitantemente a ello, el Código Orgánico Administrativo destaca otros lineamientos que resaltan tanto las relaciones administración-administrado, entre administraciones, así como el aspecto procedimental.

CLASES Y ELEMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por lo general, entendiendo la teoría de la Administración Pública como el Estado propiamente dicho, se subdivide en tres grandes grupos: Una Administración Pública Central (la Presidencia de la República, Vicepresidencia, Ministerios, Secretarías, entre otras entidades de gobierno), una administración seccional (donde se encuentran inmersos los municipios y entidades subnacionales) y otra institucional en donde se encuentran las entidades que forman parte del Estado. Todas éstas tienen relaciones entre sí, ya sea como órganos o como entes.

Esta definición va más aplicada al Derecho Administrativo en el caso del Ecuador, mismo que se ha desarrollado mucho más en el siglo XX, con la creación del Instituto Nacional de la materia, durante el gobierno del Dr. Rodrigo Borja, el cual ha acrecentado el interés del estudio de esta materia y sus componentes a fin de comprender el alcance del manejo del Estado ecuatoriano, a más de la repercusión que tiene en la vida de los ciudadanos. Además, el antiguo Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que databa del año 2002, establecía estas categorías, corroboradas en el actual Código Orgánico Administrativo⁶

Volviendo a las clasificaciones clásicas de Administración Pública, es importante realizar una relación conceptualizada de las mismas; en primer lugar, doctrinariamente se entiende a la Administración Pública Central o centralización administrativa, según la visión del profesor mexicano Carlos Gómez Díaz de León como: “el régimen que establece la subordinación unitaria, coordinada y directa de los órganos administrativos a un poder central (Gómez Díaz de León, c. 2019, p. 46).”

El caso del Ecuador reviste especial análisis, puesto que, al ser una nación prácticamente presidencialista y unitaria, el poder y la responsabilidad de la administración pública es

⁶ En adelante, COA.

privativa del Presidente de la República, quien ejercerá esta potestad acompañada de otros entes, como es el caso del Vicepresidente de la República, los encargados de los diversos ministerios de estado y sus entidades que se encuentren ligadas a estas autoridades.

Esta administración, conforme al COA, es una persona jurídica de derecho público, representada legalmente por las máximas autoridades encargadas de intervenir en los actos no jurisdiccionales en las que tengan que intervenir, puesto que la Procuraduría General del Estado será el ente que representa a todas las administraciones públicas en cuanto a la consecución de procesos judiciales en cualesquiera de las áreas en conflicto en que esté inmerso cualquier órgano de la Administración.

La Administración Pública Seccional es facultad mayormente de los entes subnacionales con los que cuenta una nación; cada país se subdivide en regiones, departamentos, estados o provincias, éstos se dividen en provincias, municipios, cantones, comunas, y así en unidades más pequeñas, representadas por alcaldes, prefectos, gobernadores, según la nación que se quiera analizar.

Mientras que la Administración Pública Institucional es más bien el conjunto de entidades que forman parte del Estado, las cuales según el antiguo ERJAFE, en su artículo 7, “está conformada por los organismos de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio diferente al de la Administración Central, encargada de los servicios públicos, bajo los principios de especialidad y variedad (ERJAFE, 2002)”.

LEGISLACIÓN COMPARADA APLICABLE

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

La Administración Pública en el Perú, al igual que en el Ecuador, se encuentra subdividida en tres grandes grupos: los grandes poderes estatales representados por el Poder Ejecutivo

(presidente, vicepresidentes⁷, Consejo de Ministros, ministerios), Poder Legislativo (Congreso) y Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia, Juzgados, Ministerio Público, etc), además de los gobiernos regionales y locales, aparte de otras entidades del poder público. La diferencia radica, justamente en que la Constitución no expresa un concepto claro de administración pública, sino que se rige mayormente por cuestiones doctrinarias.

Para el jurista peruano Raúl Vidal Coronado, “la administración pública puede ser entendida como aquella organización con poder estatal que, ejerciendo dicha autoridad con los administrados, tiene como función brindar servicios básicos y satisfacer sus necesidades” (Vidal Coronado, 2021). Por lo tanto, la determinación de su contexto debe estar ligado a los límites de su expresión, así como los principios que lo rigen.

Algunos principios como la legalidad y la desconcentración son igualmente aplicables en ambos marcos jurídicos. Juristas como el profesor José María Pacori, acotan respecto a estos principios, “que el listado no es taxativo, sino *numerus apertus*” (Pacori, 2021)., por lo que pueden mencionarse otros lineamientos determinados en la doctrina, jurisprudencia y otras fuentes del derecho; no obstante, la principal diferencia radica en que dichos principios se encuentran inmersos en varias normas en lugar de englobarlos en una sola.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CHILE

Se puede decir que la Administración Pública en cuanto a criterios dogmáticos, mantiene la misma concepción en el ordenamiento jurídico chileno, siendo el conjunto de organismos estatales que administran la totalidad del Estado, a fin de satisfacer las necesidades de la población. Conforme a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el primer artículo ibidem destaca al presidente de la República como

⁷ En Perú se escogen dos vicepresidentes en vez de uno, aunque el primero es quien tiene la potestad de reemplazar al presidente en caso de que éste sea destituido.

principal responsable de administrar el Estado con otros organismos establecidos por la Constitución y la ley. (Ley No. 18.575, 2000)

Desde el derecho administrativo chileno se destaca un concepto de “buena administración pública”, proveniente de tratados internacionales de la Unión Europea, mediante este concepto se lo define como: el estudio del derecho administrativo en cuanto al poder estatal y las potestades y privilegios de la Administración (Linasazoro Espinoza, 2018). Es importante destacar que el modelo administrativo chileno data de una Constitución surgida a raíz de un régimen totalitario, no obstante, al igual que en la legislación peruana, sus principios no son taxativos y se apertura a los que disponga incluso la doctrina.

Análisis de la legislación comparada

Una vez realizada la contextualización de la normativa relacionada a la administración pública en Perú y Chile, es importante realizar el análisis comparativo con los lineamientos definidos en el COA, tomando en cuenta en primera instancia, la estructura con la que se componen las administraciones públicas de cada país, además de la normatividad contenedora de los principios y reglas allí establecidos, y los principios generales de los marcos administrativos objeto de estudio.

En primera instancia, se puede acotar que tanto Ecuador como Chile cuentan con leyes únicas que rigen el funcionamiento de sus administraciones públicas; a diferencia del ordenamiento jurídico peruano, cuyas bases orgánicas de su administración se encuentra en varias normativas dispersas. Así mismo, existen semejanzas en cuanto a la taxatividad de los principios administrativos entre las normativas peruana y chilena (pueden atenerse a la doctrina y principios generales del Derecho). Puede acotarse, a manera de colofón, que los tres marcos legales aplican la descentralización en su administración pública.

DISCRECIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

ASPECTOS GENERALES Y PREVIOS SOBRE LA DISCRECIONALIDAD

De manera general, puede decirse que el principio de discrecionalidad, conforme a la definición brindada por el tratadista español Joan Mesquida Sampol (2003), “es la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a un juez o funcionario para que decida según los principios o estándares que considere justificadamente de aplicación ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma”., lo cual en pocas palabras se resume a la capacidad normativa derivada a una autoridad competente para que, conforme a su sano juicio, decida sobre una cuestión controvertida.

Hart define como “discrecionalidad” al conjunto de facultades de las cuales hace uso un grupo determinado de funcionarios que ocupan un cargo de responsabilidad pública, elección determinada especialmente por la voluntariedad y el análisis del problema al que se pretendería dar la solución (Hart, 2014). Conforme a los preceptos de la filosofía jurídica, hablar de discrecionalidad es hacer referencia, más que a la voluntad, a la potestad que la norma asigna a las autoridades competentes para ejercer lo que en Derecho les corresponda.

DEFINICIONES Y TIPOS DE DISCRECIONALIDAD

Definiciones de discrecionalidad

Tomando en cuenta la complejidad característica del concepto de discrecionalidad, es importante destacar algunas definiciones brindadas desde la doctrina temática; sobre ello se destacarán algunas definiciones comunes, como la del italiano Massimo Severo Giannini, mismo que la define como: “la valoración o apreciación por la administración del interés público” (Gisnini, 1991).

Otra definición importante es la que hace el tratadista y catedrático español Miguel Beltrán de Felipe, mismo que afirma la existencia de múltiples concepciones respecto de la

discrecionalidad, desde los intereses generales hasta la valoración que hace la normativa y en especial el órgano administrativo sobre las personas que podrían verse beneficiadas por la decisión. Sin embargo, Beltrán de Felipe la califica como “un espacio o ámbito de decisión regulado parcial o no regulado por el derecho, que el legislador otorga a la Administración Pública” (Beltrán De Felipe, 1995).

Otra concepción que vale la pena resaltar respecto de la discrecionalidad, es la que manifestaron los grandes tratadistas españoles del Derecho Administrativo Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, mismos que respecto a la temática mencionan, en cambio, “el poder de la discrecionalidad como la capacidad de elegir alternativas justas entre dos situaciones indiferentes para el Derecho, dándole poder a la Administración de decidir sobre lo que más conviene a sus intereses” (García de Enterría y Fernández, 2002).

Si se pudiera hacer una condensación de las tres definiciones destacadas en los apartados anteriores, se podría finalizar este renglón indicando que la discrecionalidad es la facultad, regulada o no, que el ordenamiento jurídico otorga a las administraciones públicas para elegir alternativas que permitan decidir soluciones o propuestas favorables al interés público, y por ende, beneficien sobremanera a los administrados, esto es, la población en general. Es uno de los principios más importantes sobre los que se basa la relación entre el Estado y la ciudadanía, puesto que se da un poder de decisión respecto a la forma en que se regenta la *res pública*.

TIPOS DE DISCRECIONALIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO

La doctrina define varias clasificaciones de discrecionalidad: la **libre**, en donde la Administración Pública otorga la posibilidad para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer (Pierry Arrau, 1990). En este caso, el único límite se encuentra en la Constitución y los hechos que originan los actos administrativos de los poderes públicos; la **obligatoria** en la cual el ejercicio de las potestades debe encaminarse conforme a la ley; y, la **técnica** en la cual la

Administración se empapa de la casuística y los conocimientos necesarios para el ejercicio de sus facultades en favor de los administrados, sobre todo en cuanto a la emisión de actos administrativos.

El profesor mexicano Miguel Acosta Romero, acota que “todo acto administrativo debe de limitarse a aquellos casos donde haya concurrencia de casos donde la ley no pueda regularlos, o en caso donde el principio de igualdad ante la ley quede mejor protegido por una estimación” (Acosta Romero, 2004), por lo tanto, la discrecionalidad de los actos administrativos debe estar ligada al principio de legalidad y más aún, de la supremacía constitucional.

ALCANCE Y LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD

Originalmente se concibe la discrecionalidad como una especie de margen que permite al sector público optar entre diferentes conductas, pero la realidad es que este principio sólo puede aplicarse cuando existe una situación que no ha sido determinada mediante la norma jurídica, como por ejemplo, al momento de la adjudicación de una obra, el ministerio del ramo es quien tiene la capacidad de decidir sobre la persona jurídica que la ejecutará, tomando en cuenta aspectos como el precio, tiempos de ejecución y beneficios, lo cual es llamado “discrecionalidad de elección”, porque permite decidir sobre el campo de labores.

Mientras que otro concepto destacado por la doctrina, es la discrecionalidad de actuación, que en cambio permite que la Administración Pública actúe u omita su accionar en una situación determinada, como por ejemplo sancionar a un estudiante universitario -de centro de estudios público- que ha incurrido en una falta leve, es facultad de la autoridad decidir si lo sanciona o no.

Si bien la potestad discrecional permite establecer un margen de apreciación a la autoridad, para que pueda realizar un criterio de elegibilidad en caso de que existan ciertas circunstancias que no hayan sido reguladas por el ordenamiento jurídico, dado que el derecho administrativo en

general es muy amplio, es también importante acotar que ello no significa que la Administración puede usar las normas a su arbitrio o ampararse en criterios extra legales, pues la existencia de mayores libertades exige mayor apego a la ley para cumplirlas.

Para el derecho administrativo se debe destacar en este sentido un trinomio que se aplica taxativamente al principio de discrecionalidad; mismo que se compone de: Alcance-Límite-Control, en donde el primero se refiere a los objetivos que deben cumplirse, los límites son fronteras que la Administración no debe rebasar respecto a la discrecionalidad y en el último caso, por vía administrativa o judicial se ejerce un análisis que puede incluso nulificar los actos emitidos arbitrariamente.

PRINCIPIO DE DISCRECIONALIDAD CONFORME AL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

El principio de discrecionalidad de la administración pública, si bien se vincula al libre albedrío de las entidades, únicamente lo hace de forma figurativa en vista de que dicha libertad está contemplada en la norma; esto es, un claro sincretismo entre libertad y juridicidad de las administraciones, lo cual se diferencia de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, puesto que el mismo marco jurídico determina la actividad que debe realizar una entidad para satisfacer sus necesidades.

Dentro del marco legal ecuatoriano, la discrecionalidad forma parte del principio de juridicidad, detallado en el artículo 14, inciso final del COA, puesto que, conforme a lo señalado en el ordenamiento jurídico, se otorga la potestad discrecional a los entes públicos, conforme a las reglas que establece la ley determina, por ello es que la discreción va ligada a derecho y ley expresa. García de Enterría y Fernández manifiestan que:

La atribución de potestades a la administración pública se instaura en el principio de legalidad, en razón de que la legalidad atribuye potestades a la Administración,

definiendo cuidadosamente sus límites, la apodera y habilita para su acción confiriéndole al efecto, poderes jurídicos. (García de Enterría y Fernández, 2002)

En cambio, el tratadista Marco Morales Tobar expone otro aspecto importante respecto de la discrecionalidad, criticando en este sentido el pensamiento de García de Enterría, puesto que las potestades de las que goza la administración pública -para éste- nacen a partir del poder y no de la ley, puesto que el poder otorga potestades y la ley, competencias para ejercer actos administrativos necesarios para satisfacer las necesidades de la ciudadanía (Morales Tobar, 2011).

Además de este articulado, el artículo 31 ibidem (derecho fundamental a una buena administración pública) destaca implícitamente la obligatoriedad de que las potestades discrecionales se alineen correctamente a los estamentos legales pertinentes, de tal forma que se evite caer en arbitrios que afecten los intereses del Estado e incluso de los administrados, por lo que el límite impuesto sería la aplicación o emisión de actos extralegales, bajo el justificativo falseado de una supuesta libertad para la emisión de actos y decisiones, lo cual se verá más adelante.

A manera de colofón, se puede manifestar que en el caso ecuatoriano, la discrecionalidad, aunque no se encuentre expresamente tipificada en el marco jurídico, sí se la puede ubicar implícitamente dentro de las facultades que da el Código Orgánico Administrativo a las administraciones para que puedan emitir sus decisiones conforme a disposiciones mandatorias establecidas en la ley, amparándose en el derecho de todos los ciudadanos a una buena administración pública que satisfaga sus necesidades.

RELACIÓN ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

En anteriores apartados se ha destacado una serie de criterios respecto a la importancia de la discrecionalidad dentro del derecho administrativo, desde la definición hasta el alcance y límites que pueda tener, sin embargo, previo a abordar el problema objeto del presente artículo, que es el uso excesivo de dicha potestad en las administraciones, vale recalcar que existe una corriente de origen alemán que busca reducir -al menos en la teoría- la discrecionalidad en las relaciones jurídicas ya descritas, la cual se refiere a los “conceptos jurídicos indeterminados”.

Nuevamente García de Enterría y Fernández destacan la importancia de distinguir ambas realidades, puesto que en el primer caso “los conceptos jurídicos determinados delimitan de ese modo el ámbito de realidad al que se refieren de forma precisa, mientras que los indeterminados no poseen límites normativos bien precisados en sus enunciados, aunque los delimitan con otras terminologías” (García de Enterría y Fernández, 2002). Por lo que la discrecionalidad se ajusta con los segundos, visto que, como se dijo anteriormente, la ley es muy flexible en estos casos considerando que el contenido utilizado es muy impreciso.

De hecho, términos como “interés público” son considerados imprecisos y ambiguos, considerando que dependen precisamente de las condiciones en las que se menciona dicho interés. Por ejemplo, en la fijación de presupuestos para la educación, esta figura hará referencia a la comunidad educativa que asiste a instituciones educativas públicas, si se trata de la prestación de servicios en salud, el rango se basará en los pacientes que acuden a algunas de las instituciones del Ministerio del ramo.

La teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados menciona que en ellos confluyen dos elementos importantes: un primero considerado como zona de certeza, en donde se conoce el significado del concepto; y un segundo punto “zona intermedia o incertidumbre”, en donde

se desconoce el alcance o límite específico del concepto. En el caso anterior, “interés público”, la zona de certeza hace referencia a que es la consecución de los derechos y satisfacción de necesidades de la ciudadanía, mientras que la zona de incertidumbre se traslada al ámbito de aplicación.

EL EXCESO DEL PRINCIPIO DE DISCRECIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Anteriormente se ha hecho una gran referencia a la discrecionalidad, tanto como un principio en el cual la normatividad otorga la potestad a la propia Administración y/o sus entidades componentes, para que tomen las decisiones que beneficien sus intereses y los del administrado (en cuanto al servicio público), así como un concepto jurídico indeterminado como se muestra en la doctrina alemana. Sin embargo, es importante destacar que la discrecionalidad puede ser confundida como una especie de libertinaje o arbitrariedad, la cual afectaría severamente la aplicación de la normatividad y derechos básicos.

Si bien la discrecionalidad como tal es un concepto en el cual se otorga una libertad de escoger entre la realización o abstinencia de realizar ciertas actuaciones, tomando en cuenta factores de orden fáctico, positivista y jurídico, en ocasiones existe una transgresión al límite, sobre todo cuando se abusa de esa facultad decisoria. El profesor español Fernando Garrido Falla (1989) destaca a la discrecionalidad como “una delimitación negativa de la legalidad, puesto que no se da sino en casos donde por defecto de reglas jurídicas se dé lugar a su aplicación” (p. 180).

Entonces, el problema respecto a la discrecionalidad se encuentra en controlar su exceso, el cual conforme a la doctrina sería el rol por el cual existe el Derecho Administrativo, siendo precisamente el control de las potestades discrecionales uno de los temas y tópicos más interesantes para su investigación y estudio. Además, profesores como Juan Carlos Benalcázar destacan que “la existencia de potestades discrecionales no significa que los actos que

proviene de aquéllas no tengan elementos reglados. No existe discrecionalidad pura” (Benalcázar Guerrón, 2019).

¿Cuándo existe un exceso de discrecionalidad dentro de la Administración? Se puede decir que se muestra cuando se otorga una serie de atributos amplios al servidor público para que emita los actos administrativos que crea necesarios, y aprovechando esa situación, da espacio a actos que afecten severamente el interés común o sean considerados discriminatorios, lo cual atenta contra la verdadera discrecionalidad, puesto que si bien el servidor público cuenta con la posibilidad de emitir actos jurídicos conforme a su criterio, es importante que éstos se ciñan a lo establecido en la ley.

En el caso ecuatoriano entonces, se puede decir que el COA, si bien posee un marco general y paradigmático para la emisión de actos y decisiones del sector público, no puede interferir en los procedimientos internos de algunas entidades, salvo en los procedimientos de orden sancionatorio, en los cuales ordena ceñir las actuaciones a lo dispuesto en la Constitución y otras normas de carácter nacional. Por lo tanto, otra característica de la existencia del abuso de discrecionalidad es que el acto administrativo transgrede normas y preceptos constitucionales y legales.

Sobre esto, es importante hacer referencia a lo que destacan Alvarado, Paucar y Arandía respecto al rol anterior de la administración pública antes de la Constitución de 2008:

La administración pública en el pasado reconocía o desconocía los derechos de las personas de acuerdo a un libre albedrío, si quería la autoridad autorizaba o denegaba un mismo derecho, con respecto a la ocupación del espacio público, trataba de favorecer especialmente a “su gente”, conformada por familia, coidearios, allegados quienes tenían el privilegio de conseguir los favores de los administradores, esto pasaba en todos los órdenes en las administraciones seccionales, donde prevalecía el palanqueo, el pago

de favores políticos, creando una desigualdad en la ciudadanía. (Alvarado Onofre et al., 2021).

En el caso descrito, se puede evidenciar que durante muchos años ha existido una serie de actos en los cuales, a nombre de una supuesta discrecionalidad, se vulneraban los derechos de la ciudadanía en favor de círculos cercanos a los funcionarios que emiten los actos administrativos, por ello es que el legislador ha incluido de forma tácita, la necesidad de que los actos administrativos se desarrollen conforme a la ley.

La Corte Constitucional no establece mayores criterios respecto a la discrecionalidad administrativa sino en cuanto a la disposición de sanciones por infracciones no penales cometidas por los administrados, conforme a la sentencia No. 3-19-CN/20 ídem, “en los casos donde se requiera determinar sanciones, la infracción debe constar en una ley y la apertura del tipo no debe dejar a la arbitrariedad de quien aplica la norma la determinación de la conducta⁸ (...)” (Consulta de Constitucionalidad de Norma , 2020).

Otro momento en el cual podría establecer la existencia de un exceso de discrecionalidad en la Administración, es en la aplicación de la consulta previa, libre e informada; en este caso se expresa la dicotomía existente entre el derecho de los pueblos y nacionalidades a la consulta y la facultad que se otorga a la Administración para poder ejecutar el proyecto aun cuando exista oposición al proyecto⁹.

CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Por ello, para poder controlar esta arbitrariedad que representa en muchas ocasiones el otorgamiento de la potestad discrecional, se pueden mencionar varios mecanismos de control, entre ellos el judicial (por medio de un proceso contencioso administrativo o constitucional si

⁸ En este caso la potestad discrecional de la Administración se circunscribiría a la determinación de sanciones, aunque también puede determinarse otras situaciones.

⁹ Art. 398 Constitución de la República del Ecuador.

se desprende que el acto vulnera derechos), tomando en cuenta que el poder no es considerado ilimitado y que sus filtros se aplican conforme a Derecho. En este sentido, se puede afirmar que el control discrecional se encuentra basado en tres técnicas:

En primer lugar, se debe verificar que los elementos determinados en la norma se encuentren dentro del acto, el artículo 99 del COA establece que el acto administrativo será considerado válido debe contener los requisitos de competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación (Código Orgánico Administrativo , 2023). Ello significa que el acto administrativo debe ser emitido por un ente competente, que se adecúe al fin, sea voluntario, mediante un procedimiento que sea señalado por ley y debidamente motivado fáctica, jurídica e incluso jurisprudencialmente.

También es importante que la discrecionalidad administrativa debe darse en función de que los hechos determinados dentro del proceso se adecúen a la realidad y lógica con la resolución emitida, es decir no se puede ejercer potestad discrecional sobre hechos inexistentes, falsas circunstancias o meras expectativas, y por último, debe tomarse en cuenta que el acto o la facultad discrecional se apegue a los principios generales del Derecho y muy en especial, a los principios señalados en el Derecho Administrativo, doctrinaria y positivamente.

Este mismo control puede ejercerse en cuanto a dos aristas, la judicial mencionada en el acápite anterior y la misma vía administrativa mediante el proceso de impugnación. Se puede decir que el control de la discrecionalidad en el Ecuador se maneja conforme al sistema francés de doble instancia o jurisdicción, esto significa que los actos administrativos pueden ser impugnados por la misma vía administrativa como por vía judicial, tal es el caso de las multas de tránsito emitidas en ciertos cantones, en virtud de la autonomía reconocida por la ley a los municipios para el efecto.

Según Burneo y Castañeda (2022), “el control jurisdiccional de la administración pública lo ejercen los tribunales de justicia, quienes pueden efectuar controles posteriores al accionar administrativo siempre que el ciudadano acuda a ellos sin necesidad de agotar la vía administrativa” (p. 9). En el caso del control judicial de los actos administrativos, por lo general es necesaria la vía contencioso-administrativa, aunque su efecto es netamente anulatorio del acto administrativo.

Por ello, se entiende que una administración que haya sido controlada en cuanto a sus atribuciones evita el desborde de las mismas, ejerciendo sus potestades conforme a la norma, las fuentes de derecho e incluso garantizando los derechos de la ciudadanía, por lo tanto, a manera de colofón, se puede decir que la discrecionalidad es un modo en el cual la administración toma las decisiones que más le convengan a sus intereses, sin embargo debe tener límites que permitan la consecución de beneficios colectivos.

ANÁLISIS COMPARATIVO

CHILE

Al igual que en el Ecuador, el sistema administrativo chileno destaca que la discrecionalidad en Derecho Administrativo es un tema muy complejo y problemático cuando se trata de la emisión de sanciones específicamente. Por lo tanto, la existencia de un exceso de discrecionalidad implica una toma de decisiones arbitrarias, sin considerar los límites normativos establecidos en la ley, en cualquier circunstancia, aun la sancionatoria.

Dentro del marco legal chileno, el control de la discrecionalidad administrativa es desarrollado por tres organismos: el Tribunal Constitucional, la Contraloría y por vía judicial. En el primer caso, se busca que la aplicación de la potestad discrecional por parte del órgano en la emisión de actos administrativos se apegue a los preceptos de la Constitución, aunque en estos casos se circunscriben a emisión de decretos presidenciales; en la Contraloría General del Estado, se

realiza un control de legalidad de las normas, y en el caso judicial, mediante el proceso contencioso administrativo.

PERÚ

El Tribunal Constitucional peruano establece que los entes administrativos gozan de potestades para decidir sobre un asunto concreto, por lo tanto la discrecionalidad es un medio que permite a la Administración analizar sobre las causas y consecuencias que puede tener una decisión emitida por alguno de sus integrantes, sobre todo en cuanto al apego irrestricto al ordenamiento jurídico; no puede usarse la discrecionalidad como un sinónimo de arbitrariedad puesto que, un procedimiento arbitrario hace referencia a un exceso negativo del uso de la discrecionalidad en la normativa.

Por lo tanto, es una obligación tanto de los órganos emisores como del Poder Judicial, realizar el control debido de los actos y decisiones emitidas por las organizaciones, especialmente cuando existe duda sobre la legalidad o constitucionalidad de los actos emitidos, con el objetivo de que se aplique el principio de buena administración pública en todos los casos.

MATERIALES Y MÉTODOS

El presente trabajo de investigación se desarrolló en un enfoque meramente cualitativo, ello debido a su magnitud y capacidad de entendimiento del tema que se ha escogido. Diversos autores han hecho referencia al enfoque cualitativo como el más adecuado dentro de la esfera de las ciencias sociales, tal es el caso de Taylor y Bogdan, mismos que lo definen como: un medio que permite comprender el complejo mundo de la experiencia vivida desde el punto de vista de las personas que la viven (Taylor & Bogdan, 1987).

Por lo tanto, se puede decir que el enfoque cualitativo es uno de los medios mejor utilizados y más fáciles de aplicar en cuanto a las ciencias sociales, puesto que, a diferencia de la metodología cuantitativa en la cual se puede incluso llegar a necesitarse el apoyo de cifras

numéricas y la búsqueda de técnicas como la encuesta, en este caso se requiere indagar tanto los antecedentes como las causas y consecuencias que dan origen a un fenómeno. Para lo cual existe un universo de técnicas investigativas que permiten dar una idea de lo que se aspira a investigar.

Para la recopilación y procesamiento de datos, este trabajo, al no incluir técnicas basadas en entrevistas y/o encuestas, no se ampara en ningún medio estadístico, puesto que el objetivo es analizar a profundidad el tema y no buscar datos exactos respecto al problema objeto de la investigación. Cabe resaltar que tanto las estadísticas descriptiva y referencial son exclusivas de los estudios de naturaleza cuantitativa, específicamente cuando se han realizado técnicas como la encuesta y se desea tabular la información recopilada.

Conforme al objetivo gnoseológico, el presente artículo científico fue desarrollado mediante un tipo explicativo, puesto que se ha detallado paso a paso, los orígenes, características, causas, elementos de importancia y efectos que puede tener el problema de investigación. Cabe resaltar que, al tratarse de un problema netamente jurídico, las consecuencias que pueda tener el problema trascenderán exclusivamente al ámbito del Derecho. Además, esta investigación goza de un tipo descriptivo ante la necesidad de que los suscritos autores ahonden en el universo problémico y poder explicarlo de mejor forma en un contexto amplio.

El método usado a lo largo de la presente investigación es un híbrido entre análisis y síntesis, puesto que se ha realizado una descomposición temática en varios subtemas para que éstos puedan ser estudiados, además de simplificarlos para su posterior redacción dentro del presente trabajo. Además, al ser un trabajo eminentemente jurídico y, ante la necesidad de hacer una relación del tema con los lineamientos legales relacionados al tema en cuestión, se aplicó también el método exegético.

Sobre la técnica de investigación con la que se elaboró este artículo científico, se usó la sistematización doctrinal basada en la investigación bibliográfica, esto es, la revisión detallada de la literatura brindada por autores y tratadistas en sincretismo con otros datos obtenidos a partir de información de fuentes documentales y linkográficas para poder realizar un estudio integral del tema desde el inicio hasta su desenlace. Para lo cual, se ha precisado como instrumentos de investigación, el análisis de textos obtenidos a partir de documentación, fuentes bibliográficas, artículos científicos, a fin de recolectar la información suficiente para su análisis y obtención de resultados.

RESULTADOS

Una vez realizado el estudio analítico del tema, se presentan inmediatamente los siguientes resultados:

En primer lugar, se puede acotar que la administración pública busca la prestación de servicios favorables a la ciudadanía, desde un punto de vista axiomático y simplista en las instituciones del sector público detalladas en la Constitución, con principios y potestades aplicadas tanto a las relaciones con otras modalidades del sector público como al ámbito procedimental. Dentro del ámbito comparado, el sistema con el que existe mayores similitudes en su aplicación, es el chileno, al contar con una ley que agrupa diversos regímenes de la administración pública nacional.

En cuanto a las potestades regladas y discrecionales de la administración pública, se puede afirmar que ambas se encuentran limitadas por una ley, aun la discrecionalidad, puesto que, si bien la Administración puede decidir conforme a sus usos y manejo consuetudinario respecto de un aspecto que le compete, no puede emitir actos y decisiones sin que la ley no medie o pueda afectar los intereses del administrado, puesto que se pasaría a un plano arbitrario y por ende, al abuso de su facultad de emitir fallos acorde a su pensamiento.

Precisamente, es importante dar a entender que la facultad de decisión no implica que los actos emitidos puedan ser *extra legem*, para ello se debe tener en cuenta el trinomio Alcance-Límite-Control (objetivos, fronteras y vigilancia); además, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece que la discrecionalidad forma parte de la juridicidad y la buena administración pública, con todo, se pueden evidenciar casos en donde el abuso de la discrecionalidad puede finalizar con la emisión de dictámenes antinómicos con lineamientos incluso constitucionales o supraleales.

Basta observar, por ejemplo, en el procedimiento para la aplicación de la consulta previa, libre e informada, puesto que en un artículo de la Constitución se detalla el carácter opcional de los pueblos y nacionalidades a aceptar u oponerse a diversos proyectos, mientras que en otro texto se da la libertad a la persona ejecutora para que pueda continuar el proyecto al que hubo una previa oposición.

Para lo cual la Administración, al autorregularse, puede controlar el buen uso de la discrecionalidad mediante la misma autoridad que emitió el acto, ante un proceso contencioso administrativo o incluso una acción constitucional en caso de que se desprenda la vulneración de derechos.

DISCUSIÓN

Como puntos de discusión derivados del desarrollo del artículo científico se pueden colegir los siguientes criterios:

La administración pública es entendida no solamente como una gran entidad que presta servicios y beneficios a la colectividad, sino también como un organismo que goza de diversas potestades establecidas en el ordenamiento jurídico, sin necesidad de que se deban someterse a otros entes estatales o privados, sino más bien a criterios deontológicos favorables al interés público y que respeten el marco constitucional y supranormativo.

Existen varias potestades de las que goza la Administración, y la discrecionalidad es una de ellas, misma que no es considerada como absoluta, sino que debe estar apegada a estricto Derecho, por lo que se considera que existe un exceso cuando esta facultad es transgredida y las decisiones se manejan desde la arbitrariedad y vulneración de derechos humanos.

En este sentido, es obligación manifiesta de las autoridades que realizan el control de la discrecionalidad, analizar si la emisión del acto que ordena la ejecutabilidad del proyecto se encuentra debidamente motivado en cuanto a la toma de decisiones y juridicidad, y en caso de que se determine la vulneración de derechos, proceder a realizar los controles pertinentes e incluso su nulidad, ya sea por vía administrativa o judicial.

CONCLUSIONES

A manera de colofón o posfacio, se coligen las presentes conclusiones dentro del presente artículo científico:

- La Administración Pública va más allá de ser un conjunto de entidades o actividades que engloban la gestión gubernamental y de organismos del Estado, contiene una serie de principios, potestades, facultades y prohibiciones que deben seguirse de manera armónica para conseguir el bienestar común de los ciudadanos.
- En la normatividad ecuatoriana como en la de los países comparados *ut supra*, se evidencia que una de las características de las que goza la Administración pública, es el ser descentralizada, aparte de que sus actos se encuentran unívocamente apegados a Derecho, por lo que sus facultades y potestades solamente son limitadas por la ley y la Carta Fundamental.
- También, se puede afirmar que la discrecionalidad de los actos administrativos constituye una de las facultades más complejas de la Administración, puesto que puede entenderse mediante dos aristas: como decisoria en cuanto a solución de conflictos y arbitraria, cuando

rebasar los límites definidos por la Constitución, que es donde se engloba precisamente el ámbito del exceso discrecional de los actos y decisiones tomadas por ésta.

- El ordenamiento jurídico dispone de manera taxativa el control de dicha discrecionalidad por medio de la misma Administración a través de la potestad de autotutela, y por medio de jueces competentes mediante los procedimientos contencioso-administrativos y constitucionales en caso de que se requiera la protección de derechos, de tal forma que las decisiones se apeguen irrestrictamente a disposiciones legales y constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero, M. (2004). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Ciudad de México, México : Porrúa.
- Alvarado Onofre, H., Paucar Paucar, C., & Arandía Zambrano, J. C. (2021). El principio de interdicción de la arbitrariedad: fin al abuso de poder. *Universidad y Sociedad*, 12(4).
- Beltrán De Felipe, M. (1995). *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Madrid, España: Tecnos.
- Benalcázar Guerrón, J. C. (2019). *Derecho Procesal Administrativo*.
- Burneo, J. A., & Castañeda, P. A. (2022). El control jurisdiccional en las actuaciones de la Administración Pública. *Revista CAP Jurídica Central*, 6(10), 9.
- Carbonell, M. (2004). *Los derechos fundamentales en México*. Universidad Nacional Autónoma de México .
- Código Orgánico Administrativo . (2023). Quito , Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador . (2023). Quito , Ecuador .
- Consulta de Constitucionalidad de Norma , 3-19-CN/20 (Corte Constitucional del Ecuador 29 de Julio de 2020).
- ERJAFE. (2002). *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva* . Quito , Ecuador .
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2002). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
- Garrido Falla, F. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Tecnos.
- Gisnini, M. S. (1991). *Derecho Administrativo* . Instituto Nacional de Administración Pública .
- Gómez Díaz de León, C. (2016). Origen y Evolución del estudio de la Administración Pública . En C. Gómez Díaz de León, *Derecho Administrativo* (pág. 7). Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Gómez Díaz de León, C. (c. 2019). *De la Administración Pública Tradicional a la nueva gestión pública*. Mc. Graw Hill.
- Guerrero Orozco, O. (1986). *Principios de la Administración Pública*. Harla.
- Hart, H. (2014). Discrecionalidad. *Cuadernos de la Filosofía del Derecho* , 37, 87-88.
- Ley No. 18.575. (22 de Junio de 2000). *Ley Organica Constitucional de Bases Generales de la Administracion del Estado*. Santiago de Chile, Chile.
- Linazoro Espinoza, I. (2018). El derecho a una buena administración en Chile. *Revista de Derecho Público* (88), 95.
- Mesquida Sampol, J. (2003). El principio de discrecionalidad y su control. *Anales de la Cátedra*(37), 342-343.

- Mora Mora, R. (2012). El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública. *Justicia Juris*, 8(1), 98.
- Morales Tobar, M. (2011). *Derecho Procesal Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Pacori, J. M. (28 de Junio de 2021). *Los principios generales del derecho administrativo*. LP Pasión por el derecho : <https://lpderecho.pe/principios-generales-derecho-administrativo/>
- Pierry Arrau, P. (1990). El control de la discrecionalidad administrativa . *Revista Chilena de Derecho* , 11, 483.
- Rojas, P. (2015). Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú. *Revista Digital de Derecho Administrativo*(13), 204.
- Santofimio Gamboa, J. (2018). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tercera ed.). Bogotá , Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Taylor, S., & Bogdan, R. (1987). *Métodos cualitativos y cuantitativos de investigación*.
- Vidal Coronado, R. (2021). Nociones y discusiones sobre la Administración Pública en el Perú: una mirada a su diferenciación administrativa y jurisdiccional . *Ius Inkarri* , 10(10).