

CONSTITUCIÓN, LEY Y REGLAMENTO

A los alumnos de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica "Santiago de Guayaquil", para que todos aceptemos la reiterada invitación al estudio y a la investigación que formulara, en su día, el Maestro Edmundo Durán Díaz.

Dr. Jorge Zavala Egas Profesor de Derecho Constitucional y
Derecho Administrativo Universidad Católica "Santiago de
Guayaquil"

SUMARIO

1. - EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 11.- ,LA CONSTITUCIÓN.
111.: -EL RANGO DE LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO:
HISTORIA. IV.- LEY FORMAL Y MATERIAL EN LA DOCTRINA
V. LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA LEY. VI.- LEYES
GENERALES Y ESPECIALES.- VII.- LA DELEGACIÓN LEGIS-
LATIVA: 1. SISTEMA ANGLOSAJÓN. 2.- ALEMANIA. 3.- LA
REMISIÓN COMO ESPECIE DE DELEGACIÓN. VIII.- LA
REMISIÓN LEGISLATIVA AL REGLAMENTO Y LA RESERVA
DE LEY: VISIÓN GENERAL DEL PROBLEMA. 1.- LOS LÍMITES
MATERIALES DEL REGLAMENTO. 2.- LA DOCTRINA
CLÁSICA DE DERECHO PÚBLICO. 3.- LA TESIS CON-
TEMPORÁNEA. IX.- REMISIÓN NORMATIVA, RESERVA DE
LEY, RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y POTESTAD
REGLAMENTARIA: 1.- LAS RELACIONES ESPECIALES DE
SUJECCIÓN. 2.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: LAS RELA-
CIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN. 2.- DOCTRINA JURIS-
PRUDENCIAL: LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN.
3.- VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS. 4.; CLASES DE
REGLAMENTOS. 5.- EL REGLAMENTO OPERANDO, POR
REMISIÓN, EN EL ÁMBITO DE MATERIAS RESERVADAS A
LA LEY. X.- LEY Y REGLAMENTO: SU RELACIÓN JERÁR-
QUICA. LA DES LEGALIZACIÓN.

1.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO

Derecho es sinónimo de Ordenamiento Jurídico y no de norma jurídica, pues, *aquello que nosotros denominamos generalmente Derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas.*¹ Según el profesor de Turín, para definir lo que es norma jurídica basta decir que es aquella que pertenece a un Ordenamiento Jurídico y así la cuestión de contestar a la interrogante *qué es jurídico*, no nos sumerge en el ámbito de la norma, sino del Ordenamiento y, así se hace preciso preguntar, qué se entiende por Ordenamiento Jurídico. *Si, como parece, sólo a esta segunda pregunta se puede dar una respuesta sensata, esto quiere decir que el problema de la definición del derecho encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma.*

El Ordenamiento está integrado por una complejidad de normas y, por tanto, éste hace derivar una problemática que se centra en las relaciones de las diversas normas entre sí. El primer dato que aparece es que tal multiplicidad de normas es una *unidad* que se sustenta en el principio de *jerarquía*.

Ningún órgano del Estado, esto es, ningún Poder público puede regular por sí solo la complejidad social en cuanto a las conductas que se producen a su interior. Por ello, se hace necesario apelar a dos técnicas: a) La *recepción* de normas ya formuladas (*fuentes reconocidas*), por ejemplo, la costumbre que es una fuente reconocida por el Estado. *Cuando el legislador remite expresamente a la costumbre en una situación particular o cuando expresa o tácitamente remite a la costumbre en materias no reguladas por la ley (es el caso de la llamada costumbre «praeter legem», él acoge normas jurídicas ya elaboradas ...* ² y, b) La *delegación* del Poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores (*fuentes delegadas*). Típico caso es el *reglamento* respecto de la ley. *Los reglamentos son, como las leyes, normas generales y abstractas; pero a diferencia de las leyes, su producción se confía generalmente al poder ejecutivo por delegación del poder legislativo, y una de sus funciones es la de integrar leyes muy genéricas, que contienen solo máximas de dirección y que no pueden ser aplicadas sin una especificación posterior. Es imposible que el poder legislativo dicte todas las normas necesarias para regular la vida social: entonces se limita a dictar normas genéricas, que son cada vez más numerosos, el encargo de hacerlas exigibles.* ³

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. TEMIS, Bogotá, 1987, Pág. 147. 2

ídem, Pág. 154

Íbidem. Pág. 155

El Ordenamiento Jurídico es unitario a pesar de la diversidad de fuente y, tal unidad, no puede ser mejor explicada que en la forma que lo hace KELSEN, respuesta que a su vez absuelve la interrogante sobre la validez de las normas. La premisa del profesor vienés es que *el Derecho regula su propia creación*. Es norma jurídica la que determina la norma o el procedimiento en que otra es creada o producida. Luego, una norma jurídica es *válida* cuando ha sido creada en la forma que dictamina la norma superior. Así, tal norma superior se constituye en la «razón de validez» de la norma inferior. Es, pues, un problema de constitucionalidad el de la validez de las leyes. Y es un problema de legalidad el de la validez de los reglamentos, de las costumbres o de los actos administrativos.

De esta forma, como afirma BOBBIO, *la juridicidad de una norma se determina no a través de su contenido (y ni siquiera a través de la forma o el fin) sino simplemente través de su pertenencia al ordenamiento, pertenencia que se determina a su vez Temontándose desde la norma inferior a la superior, hasta llegar a la norma fundamental*.

Ahora bien, el Ordenamiento es un sistema y, por tanto, exige *coherencia* en sus elementos normativos. Es decir, en tanto que es sistema no se admite incompatibilidad entre sus normas. Rige, en consecuencia, el *principio de compatibilidad*; por su imperio no es suficiente que una norma provenga de una de las fuentes de derecho legítimas para integrar el sistema, sino que, además, es exigible que esa norma no sea incompatible con otras que pertenecen al mismo. *En este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás.*⁵ Por ello, se puede afirmar que el derecho no tolera antinomias.

Las contradicciones normativas se superan con la aplicación de los criterios jerárquico, de especialidad y cronológico. Este fenómeno jurídico lo trataremos más adelante y, también, nos remitimos a lo que dijimos, sobre el tema, en nuestro *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I.

11. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es esencialmente normativa. Es el fundamento del Ordenamiento Jurídico. Es la fuente de validez de toda la normativa jurídica. Y es fuente de las fuentes de Derecho. Por ello, la norma constitucional, es de aplicación directa e inmediata y su jerarquía prevalente está jurisdiccionalmente garantizada.

⁴ Ob. Cit., Pág. 176

Pág. 183

La Constitución no admite la *validez* de ninguna norma jurídica que la contradiga, sea por la forma o sea por el fondo (Art. 272 C. Pol.) y la declaratoria de *inconstitucionalidad normativa es monopolio* del Tribunal Constitucional (Art. 276 C. Pol.), *sin perjuicio* de la decisión de *aplicabilidad* de preceptos jurídicos que la contradigan, competencia de todo juez o tribunal de instancia (Art. 274 C. Pol.).

La Constitución es la sede última de toda fuente de Derecho, *sin perjuicio* que cada norma pueda crear otras que no la contradigan. Así, los Tratados Internacionales, la Ley orgánica, la Ley ordinaria, el Decreto - Ley y el Decreto Ley- Delegada encuentran su razón de validez en la Constitución. La potestad reglamentaria que ejerce el Presidente de la República expidiendo Reglamentos tiene su origen en la misma Constitución; ésta es fuente matriz de las ordenanzas provinciales y municipales; al igual que lo es de todos los actos administrativos, de efectos generales y especiales, que expidan tanto la Administración Pública Central como la Institucional, esto es, lo que se encuentran sujetos al Derecho Administrativo, así como aquellos que son manifestación de voluntad del Estado a través de órganos no administrativos como los judiciales, ejecutivos, legislativos o electorales. Las sentencias como actos normativos *inter partes* tienen su legitimación originaria en la propia Constitución. Pero ello nada impide que la Ley haga nacer otras fuentes de Derecho como, por ejemplo, los decretos legislativos a los que no hace referencia la Constitución, pero sí, legítimamente, la Ley Orgánica de la Función Legislativa o la costumbre y los principios generales de Derecho que tienen su matriz en el Código Civil.

Con el término fuentes queremos expresar aquello a lo que el Ordenamiento Jurídico confiere la virtualidad de crear una norma. Dice DE OTTO: "*Los ordenamientos jurídicos regulan su propia creación normativa atribuyendo a ciertos actos la facultad de producir una norma jurídica, y la expresión fuentes se utiliza para designar no el proceso causal que lleva a crear la norma, sino aquello a lo que el ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de producir ese efecto. El concepto de fuentes del derecho parte de esta diferencia entre la realidad puramente fáctica y aquello a lo que el ordenamiento atribuye eficacia creadora de normas, y abarca únicamente esto segundo ..*"⁶

Lo que quiere significar el malogrado maestro español es que con esa expresión *fuentes de l derecho* se llama al acto mismo en que se concreta

⁶ DE OTTO, Ignacio, Derecho Constitucional Sistema de Fuentes. ARIEL, Barcelona, 1989, pág. 70.

el ejercicio de la voluntad normativa del órgano habilitado por el ordenamiento jurídico para ello. Fuentes, son en consecuencia, los denominados *actos ordinamentales*, esto es, los actos que ordenan, diferenciándolos de los *actos ordenados* que son aplicadores de aquellos, tales como las sentencias o los actos administrativos. Así la Ley de Tránsito es fuente del derecho, mientras que la sentencia que la aplica, no lo es.

Se debe identificar como *fuentes* aquellos actos que ofrecen al juez las normas para resolver o decidir un caso. Es todo el material de contenido normativo al que la función judicial debe acudir para resolver el caso en litigio, sin que constituya *objeto* mismo de la controversia como lo es el contrato o el acto administrativo. Es cierto que el Reglamento es *fuentes* de Derecho, no obstante que es también *objeto* de la controversia judicial (en el proceso contencioso administrativo y fiscal); pero se lo considera como tal, esto es, no se lo excluye de la categoría de *fuentes*, por cuanto, *predetermina normativamente los actos*.

La Constitución es *fuentes* de derecho porque tiene *eficacia directa*, es decir, los jueces y demás órganos aplicadores del Ordenamiento, efectivamente, la aplican. No son, las normas constitucionales, mandatos directos dirigidos sólo al legislador y que sólo en tanto y en cuanto éste las concreta o las desarrolla en leyes, se toman eficaces para los demás. Por *el contrario*, *el sistema de eficacia directa significa al menos en su fórmula para que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la Constitución norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo normas sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuentes sobre la producción, sino también fuentes del derecho sin normas*

La *eficacia directa* de la Constitución es la razón de ser de la norma que contiene el Art. 18 de la nuestra cuando prescribe *que los derechos y garantías determinados en ella serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. Aún más, preceptúa que no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos*

7 ídem, pág. 76.

establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Es que la ley no concreta la eficacia de la Constitución, ésta, por sí sola, es de aplicación directa. La mediación del legislador no es necesaria ni tampoco su regulación.

La Constitución no debe ser considerada desde el punto de vista de su objeto, esto es, el de prescribir la creación de normas sin incidencia en las relaciones intersubjetivas, las cuales sólo serían reguladas, desde la otra visión, por las leyes que son aplicadas por los jueces (sentencias) y la Administración Pública (actos administrativos). Esa óptica no es correcta, la Constitución no debe ser conceptuada así, sino concebida desde su rango jerárquico, como norma suprema (Art. 272 C. Pol.). Si es norma superior, prevalente, de máximo rango no cabe duda alguna que incide en las relaciones jurídicas, pues a ello obliga el principio de jerarquía normativa. *LA superioridad significa que la Constitución no es un mandato dirigido sólo al legislador, una norma cuyo objeto sea la legislación, sino una norma aplicar por todos cuantos órganos estén llamados a actuar el ordenamiento jurídico'.*

111. EL RANGO DE LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO: HISTORIA

Partimos de la concepción de la Ley en forma objetiva, la que se DR. en el Estado absoluto que, a pesar que no se lo señala con la reiteración que debería hacérselo, no evita o prescinde de la Ley, sino, por lo contrario, se asienta sobre ella.

En efecto, la doctrina en boga que sustenta o describe ese tipo de Estado señala en forma paladina la trascendencia de la Ley. BODMO construye la soberanía sobre la base de la Ley en cuanto a que el *soberano* sólo lo es por tener el poder de legislar, ese es su primer privilegio. La fuerza del Poder del Estado se manifiesta en la Ley y el soberano es el legislador. *Sólo en cuanto es legislador puede ser la imagen de Dios en la tierra, de manera que el soberano es absoluto porque es legislador*, dice el profesor de la Complutense.⁹ HOBBS afirma, igualmente, que es imposible que se de la legislación sin soberanía y de ello deriva que el soberano sea legislador, pues, es absoluto. Es la imagen de Dios porque sobre él no existe poder alguno y de ahí su facultad *divina* de expedir leyes. Luego

⁸ Pág.77

⁹ DE CABO MARTIN, Carlos. Sobre el concepto de Ley. TROITA, Madrid, 2000, pág. 16.

serán KANT Y HEGEL los que fortalecerán la concepción de la Ley como punto unificador del Estado y de la Sociedad.

La Constitución Política de la República del Ecuador nos DR. una definición de la Ley en el Art. 140 al expresar que son *las normas generalmente obligatorias de interés común*. Si bien la iniciativa del constituyente tiene de positivo que nos libera de la antiquísima y, en nuestro tiempo, falsa definición que consta en el Art. 1 del Código Civil, omite en la misma un elemento fundamental de ella: ser manifestación de la *voluntad general*. Parecería que la Constituyente de 1998, por la indicada omisión, asume que la Ley en realidad es, hoy por hoy, una decisión paccionada entre distintos grupos de representantes populares -los diputados y el Presidente de la República- que expresan los intereses de diferentes grupos sociales y económicos del país, los mismos que se conciertan en la Ley.

En todo caso, la Constitución reitera en diversas normas la trascendencia de la Ley para el Ordenamiento, así cuando proclama el derecho fundamental de igualdad *ante la ley*; o, cuando prescribe que el Presidente de la República ejerce la acción Ejecutiva, es Jefe de Estado y responsable de la Administración Pública (Art. 164); pero, a su vez, ha afirmado antes que ésta se encuentra sometida a la Constitución y a la ley (Art. 119). También precisa que los magistrados y jueces *solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley* (Art. 199).

Sólo la evidencia que la Ley vincula a los poderes administrativo y judicial ya nos DR. una real idea de la ubicación de la Ley en el sistema de fuentes de derecho que, como vimos antes, la Constitución crea y enrumba. Pero eso es en la etapa contemporánea de la historia del constitucionalismo, pues antes de ésta se trataba -con excepción de Estados Unidos de Norteamérica- de someter los Poderes del Estado a la Ley y no a la Constitución, siendo aquélla la normativa suprema que no ésta. Lo demuestra el profesor DE OTTO: " ... en Europa de lo que se trata es ante todo de asegurar la supremacía de la ley, de crear el Estado de la *legalidad*, asegurando a la ley la posición superior en el ordenamiento. Tal es el designio del principio francés del imperio de la ley como expresión de la voluntad general, sin duda la más importante en la historia del derecho público europeo; pero al mismo resultado conduce la doctrina inglesa del *rule of law* y la construcción alemana del Estado de Derecho. En cualquiera de estos tres casos el Estado constitucional no es aquel en el que la libertad está asegurada por la supremacía de la Constitución que lo garantiza, sino aquel en que se asegura mediante una estructura

interna del Estado que reposa sobre la primacía de la ley. Dicho en términos de fuentes: *el Estado constitucional no es el que asegura la primacía de la Constitución sobre las fuentes que ésta regula, sino el que asegura la primacía de la ley, entre ellas ...*¹⁰

Visto así el Estado constitucional es fácil comprender que en esta etapa de su desarrollo la ley no está subordinada a la Constitución y, por consecuencia, el legislativo no tiene limitación jurídica alguna. El parlamento es soberano. La descripción del maestro espartol es de necesaria reproducción: "Todo los Estados europeos tienen ciertamente una Constitución como conjunto de normas que organizan el Estado, regulan la función legislativa y la someten a límites al reconocer derechos y libertades de los ciudadanos; se establece también procedimientos de reforma cuya presencia indica claramente que el legislador sólo puede contradecir la norma constitucional reformándola, esto es, mediante leyes de reforma, no mediante ley ordinaria. Al mismo tiempo, sin embargo, se admite como algo jurídicamente no contradictorio el que el legislador pueda dictar leyes contrarias a la Constitución, sin que ello implique su nulidad: la Constitución resulta tratada así como una ley ordinaria, de la que se distingue únicamente por su objeto. Entre Constitución y ley ordinaria no hay diferencia alguna de valor ..."¹¹

CARRÉ DE MARLBERG demuestra la superioridad de la ley sobre la base de la siguiente argumentación: "... la voluntad general es siempre igual a sí misma, es decir, siempre soberana, cualquiera que sea el objeto a que se aplique. El Parlamento por el simple hecho de que la representa, se encuentra así lógicamente cualificado para dictar, en cualquier momento, tanto las reglas con las que se organiza el ejercicio del Poder de la comunidad cuanto las que se refieren a, otros objetos. La ley, en cuanto obra de la voluntad general, se convierte en un estatuto de la más elevada especie que no soporta estatuto alguno de esencia superior a la suya. En pocas palabras: *la base misma de toda diferencia verdadera entre leyes constitucionales y leyes ordinarias se desvanece*".

IV. - LEY FORMAL Y MATERIAL EN LA DOCTRINA

Autores de la Escuela del Derecho Público alemán del prestigio de LABAND y JELLMEK han afirmado que la *ley en sentido formal* debe entenderse todo acto del Parlamento recubierto de la *forma* de la Ley,

¹⁰ Ob. al, Pág. 130. ¹¹ ídem.

pero que carece de un contenido que tenga trascendencia para el Derecho, esto es, sin contenido normativo. Aun cuando el prestigio no abandona a quienes niegan tal dicotomía (HAENEL y MAYER), como dice JESH, *no es posible negar que el legislador goza de la posibilidad de dictar leyes sin contenido normativo*.¹² Así es, por ejemplo, cuando se encuentran en la Ley conceptos, declaraciones de principios (preámbulos) y otros contenidos legales semejantes, sin fuerza vinculante inmediata. Es verdad que este concepto de Ley formal lo intenta superar KELSEN, sustituyendo el de Ley formal por el de *formal legal*, considerando que no es posible hablar de forma sin un contenido; pero el concepto de *Ley formal* como antagónico al de Ley material tiene su propio peso en la evolución de la doctrina.

Ley material, tiene diversas concepciones, pero quedémonos con tres:

- A. La original de LABAND, Paul y JELLMER, Georg que identifica ley material y proposición jurídica¹³. Afirma JESCH: *"Identifica Ley material y proposición jurídica; el contenido de ésta lo define a partir del fin del Derecho. Puesto que el fin del Derecho es la fijación de límites sociales, formula su definición de este modo: «Si una Ley tiene como fin próximo el de delimitar la esfera de la libre actividad de unas personalidades recíprocamente entre sí, si ha sido dictada por razón de la fijación de límites sociales, contiene la disposición de una proposición jurídica, y si tiene cualquier otro fin, no es una Ley material, sino una Ley formal»*
- B. La segunda definición parte de la fórmula libertad -propiedad que las excluye de cualquier tratamiento por, el Ejecutivo, binomio que tiene reserva de Ley, que sólo por Ley puede ser limitado por el Parlamento o por habilitación de éste, dada su representación de los ciudadanos. Dice ANSCHÜTZ: *" ... es la caracterización esencial de toda Ley en sentido material, el que traza unos límites a la libertad personal en general, y a la propiedad en especial La línea divisoria que dicha fórmula traza separa las normas jurídicas de las normas no jurídicas ... "*; y,
- C. La tercera definición, siempre siguiendo a JESCH, define la Ley material como regla jurídica *abstracta* y *general*, a cuyo respecto la *abstracción* se refiere al supuesto de hecho a regular, y la *generalidad* al grupo de personas al que va dirigida.

¹² Ley y *Administración*. IEA, Madrid, 1978, pág. 13.

¹³ *Norma jurídica*: debe abarcar, en los términos de la teoría piramidal, todo lo jurídicamente obligatorio. *Proposición jurídica*: se entiende la norma jurídica que es apta para ejercer la función de premisa mayor en un silogismo judicial (idem, pág. 31)

En consecuencia, no se parte de un concepto unitario, sino de dos conceptos de Ley -dice ST ARCK, Chmtian¹⁴-, pues, "según esta doctrina. «Ley en sentido formal» es todo acto de voluntad del legislador manifestado a través del procedimiento prescrito en los preceptos jurídicos constitucionales; en sentido formal, el legislativo es el trabajo conjunto prescrito en la Constitución, de diversos órganos del Estado, que va desde la iniciativa de la Ley hasta su promulgación. En cambio. «Ley en sentido material» es toda proposición jurídica, todo precepto jurídico, es decir, toda norma jurídica Según eso, los conceptos de Ley en sentido formal y material se comportan recíprocamente como dos círculos secantes. Un acto legal del Poder legislativo sólo será Ley en sentido material cuando contenga un precepto jurídico. Los preceptos jurídicos emanados del autor de un Reglamento o de cualquier órgano autónomo autorizado a dictar disposiciones, serán leyes en sentido material, pero no en sentido formal.. "

V.- LA ACTUAL CONCEPCIÓN DE LA LEY

Lo cierto es que los tribunales constitucionales no han dado permiso al ingreso del concepto de ley en sentido material. Todos parten del concepto de ley formal y es éste el que debemos aceptar como utilizado por nuestra Constitución, tanto para las materias reservadas a la Ley en la parte dogmática (derechos fundamentales) como en la parte orgánica (instituciones y órganos del Estado).

Es de general adhesión lo que afirman los profesores españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS - RAMÓN FERNÁNDEZ: " ... puede sostenerse de todo acto que adopta la forma de Leyes una Ley en cuanto a su eficacia, en cuanto a la fuerza de Ley ... Forma y contenido de la Ley se identifican, pues, en nuestro Derecho; no hay Ley por su contenido o su materia sin adoptar la forma de Ley,.. " ni tampoco forma de Ley que no recubra una Ley en sentido de su contenido y su eficacia ... "15

Es cierto que la instauración del sistema de *justicia concentrada*, ideada por el genial KELSEN, significó la degradación del valor de la Ley Y el remo de la Constitución, como norma suprema; pero no hay que perder de vista la posición de privilegio que aquella sigue manteniendo.

¹⁴ *El concepto de Ley en la Constitución alemana*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, págs. 39 y 40.

¹⁵ Curso de Derecho Administrativo CIVITAS, Madrid, 1991, Tomo 1, Págs. 144 Y 145.

Nuestra Constitución prescribe en el Art. 272 dos principios fundamentales para la estructura del Ordenamiento Jurídico ecuatoriano: el de la supremacía de la Constitución y el de jerarquía para superar las contradicciones normativas (antinomias). En consecuencia, queda consagrada la prevalencia de la Constitución y la subordinación de la Ley y demás *actos con fuerza de ley* (Decretos - Leyes y Decreto - Leyes - Delegadas) a ésta; pero no se pueden perder de vista otros elementos del sistema normativo.

En efecto, el sistema de justicia concentrado que adopta nuestra Constitución significa, en cuanto a su razón de ser, en función de la supremacía constitucional, que la Ley y sus actos equivalentes sólo pueden ser invalidados o anulados por el Tribunal Constitucional (Art. 276. No. 1), sin perjuicio que sean derogados por el mismo Poder normador que los expidió (Art. 130, No. 5); pero la Ley no puede ser invalidada por el Poder que ejerce la jurisdicción, el que, a diferencia, sí lo puede hacer con todas las normas infralegales, como los reglamentos, las ordenanzas, los decretos ejecutivos, resoluciones y demás actos administrativos (Art. 196).

En nuestro sistema se ha llegado hasta la posibilidad de que los jueces decreten la *inaplicabilidad* de las normas con rango de Ley por ser contrarias a la Constitución (Art. 274), pero no pueden ellos decretar su invalidez, pues esta atribución es competencia monopólica del Tribunal Constitucional, vía *cuestión de inconstitucionalidad*.

Dice DE OTTO: "La necesidad de asegurar la superioridad de la Constitución como una anulación de la ley que la infrinja no puede atenderse, por tanto, encomendando tal tarea a todos los jueces, sino que se provee a ella configurando el control de constitucionalidad de las leyes como función de un órgano específico, el Tribunal Constitucional, que ostenta en régimen de monopolio la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes ..."¹⁷

En consecuencia, podemos afirmar que la Ley sigue teniendo, dentro del sistema jurídico, una posición de prevalencia con respecto de las demás fuentes de derecho: reglamentos, ordenanzas, etc., su fuerza de expansión sólo encuentra límites en la Constitución y sólo puede ser

¹⁶ La *fuera de ley* no es otra que la que posee el legislador incondicionalmente, con respecto a las demás fuentes de derecho. excepción hecha de la Constitución.

¹⁷ Ob. art. pág. 147

derogada por otra Ley o, bien, por la norma suprema de naturaleza constitucional.

VI.- LEYES GENERALES Y LEYES ESPECIALES

Siguiendo a DIEZ PICAZO, Luis Maña, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga, decimos que *"con el término «ley especial» se suele designar aquella norma que sustrae a otra parte de la materia regulada o supuesto de hecho y la dota de una regulación diferente. La noción de ley especial denota una tendencia a la concreción o singularización en la regulación de los supuestos de hecho, o dicho de manera sintética, la existencia de normas que representan una excepción con respecto a otras de alcance más general. ..."*¹⁸ Un método de comprobación empírico que demuestra que estamos frente a una ley especial es suponer la inexistencia del supuesto de hecho especial y si éste queda aprehendido en el más amplio de la norma general, no hay duda del aserto.

*La ley especial es un concepto relativo, dada su naturaleza relacional: una norma no puede ser intrínsecamente especial, sino que lo ha de ser por comparación con otra norma. Dice el profesor citado: "La generalidad y la especialidad no son rasgos esenciales y absolutos de las normas. Son más bien, graduaciones de su ámbito de regulación, que, en cuanto tales, sólo adquieren sentido cuando se parangonan con los' ámbitos de regulación de otras normas ..."*¹⁹

Pongamos como ejemplo al Código de Comercio, no es discutible su adjetivación como normativa especial, frente al Código Civil que es la norma general; pero la misma normativa mercantil (Código de Comercio) es general si lo confrontamos con la Ley de Compañías que es, con respecto a éste especial. *"... si la especialidad radica en concretar un supuesto de hecho a partir de otro más amplio, resulta evidente que una norma, especial con respecto a otra, puede a su vez ser general con respecto a una tercera y así sucesivamente ..."*²⁰

Por tanto, la especialidad no es una característica formal de una norma, no existe un procedimiento determinado para su formación, como sí lo tiene, por ejemplo, *la ley orgánica*. En consecuencia, la especialidad de una ley no debe ser buscada en la sede de producción de las normas

¹⁸ La derogación de las leyes. CIVITAS, Madrid, 1990, págs. 344 Y 345. ¹⁹ ídem.

²⁰ íbidem.

jurídicas. No plantea un problema en las fuentes del Derecho. Más trascendente es destacar" *que la especialidad no puede predicarse, en puridad, de las leyes: lo que es especial no es la ley o texto legal, sino su contenido, esto es, la norma jurídica. Solo la norma, entendida como imputación de una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, admite comparación y graduación en cuanto a su ámbito de regulación y, por consiguiente, la calificación de especial ...*"²¹

Aunque el principio normativo de especialidad no está explicitado en nuestro Ordenamiento, se puede considerar que se contempla implícitamente en el Art. 39 del Código Civil que prescribe que la ley especial no se deroga por la general posterior, si no se expresa.

VII.- LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA²²

Ocasionalmente se ha pensado que la *delegación legislativa* comporta una transmisión del rango de la norma delegante. De esta forma, mecánicamente, se ha llegado a afirmar que si el legislador delega el desarrollo de una Ley, la norma delegada adquiere el mismo rango de la norma delegante en el Ordenamiento Jurídico. Esa conclusión, como veremos, no es cierta.

1.- SISTEMA ANGLOSAJÓN: MGLATERRA Y NORTEAMÉRICA

En el sistema que rige en los países anglosajones no existe un poder reglamentario proveniente de la Constitución, esto es, originario, por lo que el Ejecutivo sólo está en capacidad de dictar normas por delegación del Congreso. De esta forma, toda normativa expedida por el Ejecutivo es una «*delegated legislations*»

Sm embargo, desde el inicio Norteamérica no acepta esa interpretación, en cuanto a la igualdad de rango entre norma delegante y norma delegada. Basándose en la doctrina de la división de los poderes y sosteniendo que cada uno de éstos se ejerce por delegación del pueblo, b que deviene en *delegata protestas non potest delegari*. Por esa razón, si el legislativo confriese una delegación amplia al Ejecutivo, sm la su-

²¹ Pág.346

²² En su integridad seguimos el análisis comparativo que hace el profesor Eduardo GARCIA DE ENTERRFA en su obra *LegislU:Wn DeleglU14, Potestul RegllnditilrIII, y Controlludicial*, antes citada.

ficiente limitación, sería inconstitucional. Precisamente, así se declaró, en plena época del *New Deal* de ROOSEVELT, a la *National Industrial Recovery Act*, afirmando, el juez CAROOZO, ponente de la sentencia, que la norma delegante era sumamente vaga en cuanto a las limitaciones que imponía al Ejecutivo, la adjetivó como delegación "*desenfrenada*", "*no canalizada entre diques que la impidan desbordarse*", "*vagabundeando a placer*". Sin embargo, la delegación se respeta cuando se la confiere en forma concreta, para un objetivo señalado y con límites determinados. En Inglaterra, donde no existe una Constitución formal y escrita, se amana la tendencia a conceder igualdad jerárquica la Ley y la norma delegada, afirmando la *soberanía parlamentaria (Parliamentary sovereignty)* y, calificando al Ejecutivo delegado por el Parlamento, como un *poder subordinado hacedor de normas (non-sovereign lawmaking body)*.

De todo lo expresado se concluye que la *delegated legislation* es esencialmente *subordinante legislation*. En consecuencia, a la *legislación delegada, como subordinada, le falta la fuerza de Ley y no está en capacidad de suspender, alterar, interpretar o derogar ninguna Ley*. Todo poder delegado por el Parlamento es necesariamente un poder subordinado porque está limitado por los términos de la disposición a través de la cual es delegado.

Por otra parte, dice GARCÍA, la libertad y los derechos de los súbditos sólo pueden ser afectados por el Parlamento (*materia reservada*), estando los Tribunales para defender su integridad e independencia; el Parlamento puede abrir ese campo de disponibilidad exclusiva al Ejecutivo, pero *ello ha de ser expreso*, los Tribunales lo interpretarán restrictivamente por necesidad lógica y, en fin, la operación no supone una transferencia del propio poder parlamentario, como se revela en su conclusión básica de que los Tribunales mantienen íntegra su jurisdicción para enjuiciar la regularidad del pronunciamiento del Ejecutivo, según los términos estrictos de la delegación.

2.- ALEMANIA

Los alemanes antes que hablar de delegación utilizan el término *habilitación*, la que se entiende como "*el traslado de atribuciones en virtud del cual un órgano estatal puede adoptar en su propio nombre medidas que por regla general corresponden a la esfera de competencia de otro titular de poder ...*"²³ Esta es la expresión que se incorpora a la Ley Fundamental en el Art. 80, aun cuando algunos introducen otra expresión como la de

²³ TRIEPEL. Cita de CARCIA. Ob. Cit., pág. 132

transferencia del poder normador. El desarrollo de la institución marca un camino lleno de interesantes y reveladoras posturas doctrinales:

1. Durante todo el siglo XIX una temática que copó el debate científico -político y jurídico- fue el referente a la realidad o no de una *potestad regia reglamentaria independiente del Parlamento*, esto es, una manifestación del principio monárquico.
2. Los que mantenían su existencia formaron, como respuesta a su afirmación, la doctrina de las *materias reservadas a la ley*.
3. Esas materias eran referentes a la *libertad* y a la *propiedad* y, por ende, toda restricción o intervención a éstas debía, inexorablemente, provenir de una norma con rango de Ley.
4. De esta forma se creaba un medio idóneo, determinante, preciso para garantizar el ámbito individual ante el poder del monarca. De otra manera, no habría defensa eficaz para la *libertad* y la *propiedad* contra las decisiones de un Ejecutivo presuntamente *independientes* de la aprobación de los representantes de los ciudadanos, esto es, el Parlamento.
5. La doctrina de las *materias reservadas a la Ley* se sustenta en base democrática (rousseauiana) de la Ley. Se trata de una *autodisposición o autogobierno*, puesto que toda restricción o intervención contra el ámbito propio del individuo pasa a depender del consentimiento de los representantes del ciudadano, el cual se evidencia mediante *habilitaciones* legales al Ejecutivo.
6. Luego, las materias referidas a la *libertad* y a la *propiedad* de los ciudadanos quedan al margen del poder reglamentario del Ejecutivo, el cual en forma independiente del Parlamento sólo ejerce su ámbito de aplicación en otras materias distintas a aquellas *reservadas*.
7. De esta realidad es que nace la distinción entre Reglamentos que afectan a las materias reservadas a la Ley, que son auténticas *leyes materiales* y que exclusivamente pueden originarse *por expresa habilitación del Parlamento al Ejecutivo*. Son los *Reglamentos Jurídicos o Ejecutivos* y los Reglamentos que no afecta al círculo de derechos del individuo, que se circunscriben a normar la *organización propia* del Ejecutivo. Luego, se trata de normas que

no contienen proposiciones jurídicas, no contienen imposición de *normal agendi* a los súbditos.

8. Los segundos son los *Reglamentos Administrativos* para los que el Ejecutivo dispone de un poder independiente de la Ley, susceptible de ser regulado por ésta sí, pero independiente de ella para nacer a la vida jurídica al fin y al cabo, aunque su contenido no puede abarcar a las materias reservadas como propias y exclusivas de la Ley.

3.- LA REMISIÓN COMO ESPECIE DE DELEGACIÓN

Una de las especies de delegación legislativa es la remisión, la que se produce cuando *"una Ley remite a una normación ulterior que ha de elaborar la Administración, aunque sin asumir como propio su contenido, la de terminación de ciertos elementos normativos que complementan la ordenación que la propia Ley delegante establece ..."*²⁴

Como se verá más adelante, lo que por ahora solo anticipamos, nuestra Constitución, en forma expresa, prevé esta específica delegación del legislador, denominada doctrinariamente *remisión*, en el número 6 del Art. 141. Se trata, en consecuencia, de una institución jurídica - constitucional que tiene reconocimiento, no sólo doctrinario, sino jurídico - positivo en nuestro Ordenamiento.

La naturaleza jurídica propia de la remisión, como una de las especies de delegación legislativa, genera los siguientes efectos:

1. En la *remisión* hay un reenvío formal por el cual el contenido del acto reenviado permanece extraño a la voluntad reenviante (BASI, *La norma interna*), por ello es solo *formal*. No se apropia la norma reenviante del *contenido* de la norma reenviada.
2. El fenómeno de la *remisión* DR. a la norma reenviada la posibilidad de regular un supuesto contemplado por la reenviante. Por ejemplo, el Código de Ejecución de Penas (Ley reenviante) dispone el tratamiento para la pena de prisión y otorga al Reglamento poder para regularlo.
3. En el reenvío formal (*remisión*) el legislador quiere, no el *contenido* de la norma llamada, sino la aplicación de ésta como tal y en

14 ídem, pág. 197

cuanto tal; una vez emanada la norma de reenvío formal la función del legislador reenviante ha concluido; cuanto viene después, y concretamente la determinación del contenido concreto de la norma llamada, es ya extraño a la norma de reenvío.

4. En el reenvío formal, que constituye la *remisión*, la norma reenviante limita su propia competencia reconociendo que la *materia concreta* de que se trate ha de ser regulado no por ella, sino por la norma a la que remite, a la que, sin embargo, otorga plena eficacia en dicha regulación. Ello implica que la norma de remisión *se interesa por la materia, pero se desinteresa del modo como la misma es regulada y por ello se limita atribuir efecto a la norma remitida.* (Santi ROMANO Principios de Derecho Constitucional General).
5. Con mucha frecuencia la Ley: a) Enuncia unos principios de regulación y *remite al Reglamento su desarrollo completo*, o b) En el momento en que regula una determinada materia dispone que algunos puntos de la misma se ordenen reglamentaria mente, remitiendo, pues, en cuanto a ellos, a una regulación secundaria. Por ejemplo, el Código de Ejecución de Penas que dispone su desarrollo por vía Reglamento expedido por el Presidente de la República.
6. En la *remisión* la Ley renuncia a regular en su totalidad la materia y llama para concluir esa regulación a otra norma, a la que entrega la disponibilidad necesaria para ello. Esa *llamada o remisión* no se hace en función de un contenido determinado de la norma a la que se remite, contenido que se deja íntegro a la determinación de dicha norma remitida. No sólo que la Ley no pretende apropiarse de la norma remitida; sino que propiamente se desentiende de su contenido; la remisión -es, por eso, puramente formal: Simplemente la regulación de la norma remitida, sea cual sea, pasa a ser un supuesto de hecho para la plena aplicación de la Ley remitente (Santi ROMANO).
7. El fenómeno de la remisión por la Ley a favor de una norma de elaboración *administrativa*, al no implicar un fenómeno de recepción del contenido de esta norma por la Ley remitente y mantener entre una y otra su perfecta sustantividad, *no implica para la norma remitida un Cambio de su rango propio y originario.* Lo C4pital del fenómeno de la remisión, en la perspectiva en que estamos, es que de la delegación que encierra no surgen sino simples reglamentos.

8. La *remisión* entrega una competencia normativa a la Administración, que ésta puede ejercer como propia en adelante. Sin embargo, decimos nosotros, a pesar de esa habilitación de Ley, existe la potestad reglamentaria originaria y cuya fuente es la Constitución. La Administración tiene, pues, poder propio y general, previo a la Ley remitente, para complementar todas las Leyes e incluso para regular el ámbito interno de la Administración sin necesidad de ley previa (Art. 171, No. 5 C. Po!).
9. Todo Reglamento que se dicte *en ejecución de una Ley* supone por hipótesis, un complemento en las regulaciones de esta Ley: la aplicación de la Ley queda enmarcada y condicionada en un cúmulo de preceptos reglamentarios *que necesariamente implican un «novum» normativo mayor o menor (si el «novum» no existiese, el Reglamento sería ocioso, como se comprende)*. Este enmarcamiento y condicionamiento de la aplicación de los preceptos de una Ley en preceptos reglamentarios no sería jurídicamente posible si no existiese una habilitación legal para dictar dichos preceptos reglamentarios e integrados, a través del fenómeno de la *remisión*, en la propia regulación material que la Ley contiene, salvo lo expresado para el Reglamento administrativo, independiente de la Ley.
10. En los Reglamentos Generales que se dictan para *la ejecución de las leyes*, el fenómeno de *remisión* se produce, curiosamente, no referido a una regulación concreta de la Ley, sino a la totalidad de su contenido. La Ley contrae su regulación a enunciar unos principios básicos, que luego el Reglamento se encarga de particularizar y de precisar, ofreciendo un texto orgánico paralelo a la Ley, como éste total y completo, *aunque mucho más desarrollado*, que es luego virtualmente el que se aplica. De este modo, el Reglamento se interpone entre la Ley y su aplicación, a través de la *complementación* de sus regulaciones que la técnica de la *remisión* legítima.

Algunos profesores ecuatorianos discuten la vigencia de la *remisión normativa* en nuestro sistema jurídico, pero ello no es admisible si acudimos a su propia fuente que es la Constitución que, por ejemplo, en el número 6 del Art. 141 la instituye en forma expresa y, además, porque, en la Carta Suprema no existe ningún impedimento para que el legislador pueda dar como contenido material de una ley, una expresa *delegación - remisión* al poder ejecutivo para que éste, vía Decreto Ley Delegada o Reglamento, norme una o varias materias.

VIII. - LA REMISIÓN LEGISLATIVA AL REGLAMENTO Y LA RESERVA DE LEY.

1.- LOS LIMITES MATERIALES DEL REGLAMENTO

Analizada la remisión como una de las especies de la delegación legislativa - otras son la *recepticia* y la *deslegalización* - toca ahora sistematizar este concepto con el de reserva de ley y conscientemente, dilucidar la posibilidad de intervención del Reglamento en esa *materia* parcelada a favor de la norma con rango de Ley, es decir, dilucidar el problema de los límites materiales del Reglamento.

Se entiende por *reserva de ley*, la institución por la cual el constituyente somete a la regulación del legislador determinadas materias que, por su trascendencia para el convivir social, considera que deben ser objeto de regulación por una norma formada, siguiendo el procedimiento de debate y publicidad, por los representantes directos del titular de la soberanía que es el pueblo (Art. 1 C. Pol.).-En efecto, el sustento de las reservas de Ley no puede dejar de ser otro que garantizar que la regulación de ciertas materias se realice vía procedimiento legislativo.

Nuestra Constitución -vigente desde agosto de 1998- *reserva a la ley* un número significativo de materias. Prescribe la Constitución:

„Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes:

1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución;
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes;
3. Crear, suprimir o modificar tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo;
4. Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo;
5. Modificar la división político - administrativa del país, excepto en lo relativo a parroquias;
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias

propias de su competencia, sm que éstas puedan alterar o innovar las disposiciones legales²⁵;

7. Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorias; y,
8. Los casos en que la Constitución determine".

Luego, el constituyente delimita la *reserva de ley orgánica*, prescribiendo:

„Arll42. - Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución;
2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral;
3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección; y
4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter.

Las demás serán leyes ordinarias."

Es de importancia destacar que no son las únicas materias sobre las que la Constitución delimita la *reserva*, pues hay otras normas cuyo contenido imponen el mismo coto en forma particularizada, por ejemplo, el deju político al voto de los ecuatorianos domiciliados en el extranjero, para elegir Presidente y Vicepresidente de la República, en el lugar de su empadronamiento, *debe ser regulado por ley* (inciso final, Art. 27). Así también, el porcentaje de utilidad de las empresas que corresponda a los trabajadores, será pagado en dinero o en acciones o participaciones *de conformidad con la ley* (Art. 31). Y así podríamos señalar una multiplicidad de normas institucionales en la parte dogmática de la Constitución. Pero no escapa de la *reserva* la parte orgánica, por ejemplo, el Consejo Na-

²⁵ Obsérvese este específico caso de delegación legislativa en su especie remisión a órganos constitucionales distintos al Presidente de la República.

cional de la Judicatura debe ser integrado, sus miembros designados, estructurando y delimitada su competencia *por la ley* (Art. 206) Y así todos los demás órganos del poder público de rango constitucional.

Ahora bien, no hay que descuidar que en los números 1 del Art. 141 Y 1 del Art. 142 se encuentran comprendidas casi todas las normas constitucionales de la parte dogmática y orgánica de la Carta Política, lo cual nos lleva a pensar, *prima fade*, que la Constitución sólo puede ser desarrollada por leyes, dada la *reserva*, anotada. Luego, se concluiría en que el Reglamento sólo puede ser *secundum legem*, ésto es, de la especie denominada *Reglamentos Jurídicos*, por algunos o, Reglamentos Ejecutivos, por otros. De ahí nace una explicación para la conclusión a la que llega el pensamiento clásico, cuyas raíces se implantaron en el siglo XVIII, de que sólo la *Ley*, el acto producido por el legislador, puede *crear Derecho*.

2.- LA RESERVA DE LEY EN LA DOCTRINA CLÁSICA DEL DERECHO PÚBLICO.

La institución jurídica denominada *reserva de ley* se conoce a la construcción del profesor O. MA YER, realizada a propósito de la Constitución del Reich de 1871, para mantener fuera del ámbito del poder del Kaiser la libertad y la propiedad de los ciudadanos y, en consecuencia, someter su regulación tan solo a la ley. "*La reserva de ley en esos ámbitos sirve entonces para garantizar la misma función que en la Constitución francesa asegura la declaración de derechos. La reserva de ley suple así la ausencia de una declaración, pues para que el poder público pueda intervenir en la vida o en la hacienda de los particulares necesita del instrumento de la ley. Es la famosa clausurare la libertad y propiedad ...*"²⁶

En esta etapa la conclusión a la que se llega es que las cámaras legislativas no tienen competencia ilimitada (universal) para dictar leyes, sino tan solo para las materias que la Constitución les *reserva*. Todo lo demás es de competencia originaria del Monarca. ¿Qué significa poder *originario*? No otra cosa que afirmar que lo que reste de la competencia determinada para el legislador, es competencia del Ejecutivo, por decisión original de la Constitución. Es *un poder residual*, sí, pero no derivado del parlamentario.

Dice MAYER: "*En consecuencia, sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la 'ley constitucional una condición indispensable de*

²⁶ BAÑO LEÓN. Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria CIVITAS, Madrid, 1991, pág. 43

la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta exclusión de la iniciativa del ejecutivo -existente para esos objetos especialmente señalados- la reserva de la ley; ... :71

Primera conclusión: la reserva de ley así concebida nos lleva en forma inequívoca a aceptar un concepto material de ley (LABAND, JELLINEK y ANSHÜTZ). De esta concepción nace la afirmación que aún muchos repiten en forma automática y mecánica, con poca reflexión y detenimiento en las etapas históricas del Derecho Público: la ley es la *única norma jurídica* que puede constituir derechos e imponer obligaciones y, por tanto, el exclusivo precepto que puede afectar las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Por tanto, los reglamentos sólo pueden obligar a los particulares por la fuerza que les remita la 'ley o bien que estos reglamentos se limitan a afectar tan sólo a los sujetos vinculados a la Administración Pública. Esta segunda conclusión no ha sido controvertida con seriedad por nadie.

En efecto, en la época, MAYER afirma *flque el acto legislativo emitido en la forma constitucional está colocado por encima de toda otra actividad del Estado, como voluntad superior y jurídicamente más fuerte; la ley es irrefragable. En otros términos: cuando la voluntad del Estado tiene ese origen, no puede ser válidamente anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra vía; por otro lado, EUA anula todos los actos ya emitidos en nombre del Estado, que le sean contrarios. Nosotros llamamos a esta fuerza la referencia de la ley ... :28*

Luego, también deriva como necesario corolario que la persona jurídica Estado tiene una faceta de relaciones jurídicas con todas las personas, mediante normas jurídicas que las regulan; mas no poseen esa naturaleza las normas de organización interna de esa persona jurídica Estado. De aquí sigue que lo que no afecte a los ciudadanos, vinculados por una *sujeción general* con aquél, no es de esencia jurídica, es de pura organización estatal mediante reglamentación *'administrativa no jurídica*. Aquí se comprenden las normas reglamentarias que alcanzan a los administrados vinculados por una *sujeción especial*.

Dice MAYER: " ... la ley puede determinar por sí misma las limitaciones que le están reservadas; pero también puede hacer uso de esta fuerza delegándola en ciertos casos en el poder ejecutivo, en el gobierno y en sus funcionarios. Estas

¹: I Derecho administrativo alemán. DEP ALMA, Bs. Aires, 1982, Tomo 1, pág. 98 28
Ob. al. pág. 95

son las llamadas autorizaciones legislativas, autorizaciones de las que el gobierno tiene necesidad para dar órdenes, imponer cargas y, de manera general, para todo lo que se traduzca en una limitación a la libertad o la propiedad ... "2s

En consecuencia, para el autor alemán, *fla proposición o regla de derecho (de ley) deriva su fuerza de su origen. Es la expresión de un órgano del pueblo y como tal su fuerza es irresistible. La reserva, por ello, de materias a la ley no impide, en absoluto, la transferencia de ese poder al reglamento*".³⁰ Esta última afirmación deberían recordarla muchos que buscan sustento histórico - conceptual del alcance de la reserva de ley.

La Ley, según esta forma de pensar, tiene su ámbito de actuación predeterminado por la Constitución, para ciertas materias inherentes a la libertad y a la propiedad de los individuos, pero las materias que restan quedan bajo el poder de la Administración, sm que ésta requiera habilitación legal alguna. Dice MAYER: "No olvidemos que, para la administración, existe la posibilidad de actuar fuera de la órbita de la ejecución, fuera de todo derrotero señalado por la ley. Tal ocurre cuando no hay ley en la materia, y cuando no se trata de la esfera reservada...".³¹ Por ello se afirma que la Administración es lo que no comprende la función legislativa ni jurídica. Se trata, en consecuencia, de afirmar una vinculación negativa entre Administración y principio de legalidad: *lo que la ley no prescribe como competencia del legislador, es competencia de la Administración.*

Es la consecuencia de la visión del poder ejecutivo, pues si éste, según MAYER, "se halla ante la preferencia o reserva de ley, el poder ejecutivo sufrirá una limitación; si penetra en la esfera de una regla de derecho, de una sentencia o de un acto administrativo, de un derecho individual, quedará jurídicamente vinculado. Pero puede ocurrir que actúe en un terreno que haya permanecido libre; entonces esas calidades especiales no aparecen. Mas, aun en este caso, conserva siempre su calidad general de ser el poder público, cuya voluntad es superior y obligatoria para el súbdito ...".³²

3.- LA TESIS CONTEMPORÁNEA

El resultado al que llega la doctrina tradicional, al decir del profesor JESCH, es que *fla reserva legal sólo rige en la relación de sujeción general el*

²⁹ Ob. OI. pág. 100

³⁰ BAÑO. Ob. Cit. OI. pág. 46

³¹ MAYER, Oh. Cit., pág. 113

³² Oh. OI., pág. 105

Estado frente al ciudadano: las disposiciones dictadas dentro del marco de la relación de sujeción especial pertenecen al «patrimonio doméstico de la Administración» y se producen en forma de reglamentos administrativos, instrucciones de servicio, etcétera, que -además de estar exentos de otros requisitos del Derecho Público- no precisan del BRoderamiento de una ley especial ni aun para los actos de intervención en la libertad Y la propiedad. Quedaban con ello exceptuadas de la reserva legal, además, de la relación funcionarial y la relación entre los soldados, los colegiales y los penados, y la Administración, y otras relaciones semejantes con la Administración, las instituciones y las disposiciones emanadas de su seno ... "33

Como se puede constatar, la construcción que se hizo de *la relación de sujeción especial*, fue extra Derecho, era algo perteneciente al espacio interior del Estado y no contenía, en consecuencia, *proposición jurídica* alguna (LABAND, JELLMEK)³⁴, si no contenía *proposición jurídica*, no era parte del Derecho, pues había identidad conceptual entre normación de derechos y obligaciones de los ciudadanos y del Estado. Recordemos que para Paul LABAND había identidad conceptual entre *ley* y *proposición jurídica*. El Derecho es para éste l/delimitación de las facultades y deberes que los distintos sujetos tienen unos para con los otros; su fin la determinación de las barreras y límites de la libertad natural de actuación de los individuos .. ," Dijo Georg JELLMEK: *l/Una ley material debe conferir fuerza vinculante al nuevo Derecho, es decir, normar derechos y obligaciones de los súbditos y del Estado, que no estén contenidos en el ordenamiento jurídico existente, o cuando menos ratificar el Derecho existente, ilustrar el derecho oscuro. También la repetición de una proposición jurídica ya vigente, en una nueva ley formal, aunque no sólo en ésta, forma parte del principio, de la legislación material, por cuanto que también suele servir a los fines jurídicos del Estado".*

Luego, era evidente que el ámbito del Derecho quedaba limitado a las relaciones entre súbdito y súbdito, entre ciudadano y ciudadano. No pertenecían al Derecho en cambio, las relaciones comprendidas dentro del ámbito interno del propio Estado, las cuales eran parte del No Derecho. Dicha esfera abarcaba principalmente a *las relaciones de sujeción especial* y una parte de las normas de organización. Dice LABAND: *"Pero solamente allí donde la esfera de la voluntad del Estado que administra (la*

³³ Ob. art., pág. 264

³⁴ Afirma JELLMEK: "Si una ley tienen como fin próximo el de delimitar la esfera de la libre actividad de unas personalidades recíprocamente entre sí, si ha sido dictada por razón de la fijación de límites sociales, contiene la disposición una proposición jurídica ... y si tiene cualquier otro fin, no es una ley material, sino formal.

Administración) entra en contacto con cualquier esfera de la voluntad reconocida por el Derecho ... puede haber espacio para una proposición jurídica. Por el contrario, las reglas que quedan dentro de la propia Administración ... no son preceptos de Derecho". El No - Derecho obedecía a que según HELLER "es, sin duda evidente que una teoría del derecho que deba tener por objeto proposiciones no jurídicas, se anula a sí misma".

El resultado de esta construcción fue la de que los reglamentos comprendidos dentro de la *relación de sujeción especial* no requería del criterio del "Derecho", por lo cual no era necesaria la regulación por medio de *reglamentos jurídicos*; era suficiente con los *reglamentos administrativos*, que no necesitaban *fundamento legal*.

Es necesario precisar tres situaciones que nos obliga a replantear la tesis tradicional³⁵

1. La evolución constitucional en cuanto a la función del legislador y, derivado de ello, la mutación acontecida sobre la *reserva de ley*.
2. La misma dinámica constitucional nos produce nuevos supuestos que replantean el problema de la *remisión normativa*.
3. De la realidad anotada por las dos situaciones jurídicas anteriores surge la nueva temática de los límites materiales de la *remisión normativa en la zona de reserva de ley*.

Según el profesor de la Universidad de Tubinga, Dietrich JESCH³⁶ "la historia de la *reserva legal* es la historia del creciente estrechamiento de la libre actividad de la Administración; el ámbito de acción del cual dispone, en especial el ámbito jurídicamente vado, se reduce continuamente. Esta sumisión del Ejecutivo al legislador, su transformación en un poder preponderantemente, aunque no exclusivamente, ejecutor de la ley, se operó en tres estadios. Todos ellos afectan al ámbito sustraído a la reserva de ley en sentido tradicional. Primeramente lo que estaba en juego fue la colaboración del Parlamento en el sentido del concepto democrático de la ley; siguió a ello la exigencia de determinados requisitos de contenido y forma de la ley y, finalmente la ejecución de las leyes es

35 BAJO LEÓN, José María. Los *límites* constitucionalites de la *potestad reglamentaria* CIVITAS, Madrid, 1ª Edición, 1991, pág. 24.

36 Ob. al. Págs. 137 Y sgts.

revisada por tribunales independientes. Mediante el concepto de ley del Estado de Derecho, el Ejecutivo pasa a ser poder ejecutor en el sentido estricto de la expresión ... "37

Continúa explicando el profesor alemán que la Ley "asegura a la «sociedad» la libertad frente al Estado, es decir, un ámbito individual protegido contra las irrupciones autoritarias del Ejecutivo ... La Ley en este sentido es, pues, *todo acto estatal que nace con la colaboración de los representantes de la «sociedad» reunidos en el Parlamento*. A la ley le corresponde una prioridad de rango con respecto a todos los demás actos estatales. El aseguramiento de la esfera individual que debe ser protegida se logra poniendo la acción del Ejecutivo bajo el control de la «sociedad»³⁸ ... *La instrumentación técnica de esta noción de control se consigue gracias al recurso de la reserva IW para los actos de intervención en la libertad y en la propiedad. Con esta «cláusula constitucional» se alcanza un dedo de barrera para el Ejecutivo: la única posibilidad de levantar tal barrera estriba en un avoderamiento legal que no puede obtenerse sin la colaboración del Parlamento ... "39*

Deja necesidad de proteger la libertad y la propiedad nace el concepto de *reserva*. Dice el autor en cita que "*la reserva legal* para todos los actos de intervención (del Ejecutivo) en la libertad y la propiedad, tiene tres raíces: la doctrina hisnaturalista de los derechos del hombre, la idea . de la división de poderes, y el principio de soberanía popular. Sólo de la combinación de estos tres componentes podía formarse la reserva para actos de intervención en su configuración tradicional. Pues esta reserva presupone, por una parte, el reconocimiento de un ámbito individual delimitado por los conceptos de libertad y propiedad y protegido frente al poder del Estado, y por otra parte exige la diferenciación del poder legislativo y del poder ejecutivo. En tercer lugar, precisa de la componente democrática, para poder fundamentar la participación de los representantes del pueblo en la legislación relativa a este ámbito, sino la exclusiva facultad del Parlamento al respecto ... "40

No hay que olvidar que la *reserva de Ley* es vulnerada por el denominado poder de prerrogativa (del Ejecutivo) al que le competen tres facultades: la adopción de medidas para casos imprevisibles, así como la

n ídem, Págs., 137 y 138

³⁸ Mejor dicho a través de sus representantes que Se conjuntan en el Parlamento. ³⁹

ibidem, págs. 139 Y 140

⁴⁰ Pág.150

suavización del rigor de la ley, y el mejoramiento de la posición jurídica del ciudadano⁴¹;

La razón de ser del legislador como de la Leyes la de mantener y preservar la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos. "No es necesario limitar el Ejecutivo más allá de este ámbito; el Ejecutivo se halla entonces libre de las cadenas de la Ley y se convierte en *Prerrogativa. Implícitamente se unen también. con ello la reserva legal para los actos estatales de prestación!*"²

Existe una impronta constitucional que se puede sintetizar afirmando que "*los derechos del hombre crean una esfera individual; la reserva coloca dicha esfera bajo el control de los representantes de la sociedad (el Parlamento y la Ley) ...* Con el reconocimiento de una esfera jurídica e individual fundamentalmente libre frente al Estado, la reconducción de derechos fundamentales especiales surgidos históricamente, a un complejo común, era cuando menos sistemáticamente consecuente. Dicho complejo lo caracterizaría más tarde George JELLMEK como *status negativus* o *status libertatis* ... "⁴³

Concluye JESCH expresando que: "si se parte del *status negativus* dado, los derechos fundamentales y *la reserva* para actos de intervención (del Ejecutivo) aparecen sólo como sus dos componentes. Mediante la *reserva legal*, las proposiciones jurídicas que inicien en dicho status, son puestos bajo el control de la sociedad, es decir, son hechas depender del consenso del Parlamento. Esta faceta *del status negativus* traza, pues, la divisoria entre Legislativo y Ejecutivo, 11 separa así la LCJI de.l reglamento .. "⁴⁴

Luego, en la esfera del individuo (libertad - propiedad) sólo es legítimo intervenir mediante la base de una.

Prisada la institución jurídica de la *reserva de ley*, entendemos, que no es discutible su plena vigencia en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano. Por ello, no ahondamos más sobre este punto, pero sí nos comprometemos, la premisa sentada, a preguntarnos cuál es el límite que tiene el legislador para efectuar *remisiones normativas* dentro de las materias que

⁴¹ En palabras de LOCKE: *Prerogative is nothing but the power of doing public good without the*

Tule

⁴² Pág.154

⁴³ Págs. 160 y 161 ⁴⁴

Págs. 161 y 162

la Constitución *reserva a la ley*. Esto es, si se concluye en que sólo el legislador puede actuar mediante *ley* en la zona material de *reserva* ¿es legítimo que éste remita al poder reglamentario la expedición de normas reguladoras de las materias *reservadas*? Hay respuestas negativas, pero son excepcionales. Concluiremos más adelante nuestra opinión.

Debemos entender que "*hay remisión normativa cuando una Ley reenvía a una formación ulterior, que ha de elaborar la administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia Ley establece*".⁴⁵

IX.- REMISIÓN NORMATIVA, RESERVA DE LEY, RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y POTESTAD REGLAMENTARIA.

1.- LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

.....

Fue el misino MA YER el que diferenció *las relaciones generales y especiales de sujeción*, derivadas de la misma construcción de *la reserva de ley*. En síntesis, se trata de afirmar que la reserva de ley sólo inicie sobre las *relaciones generales de sujeción*, es decir, las que vinculan a los ciudadanos comunes, ciudadanos «*sm más*» con la Administración, pues, lo que la *reserva* garantiza son los derechos de libertad y propiedad, así como los medios organizativos para su protección como son los tribunales de justicia o las normas procesales. En cambio, cuando los individuos se encuentran insertos *en relaciones especiales de sujeción*, esto es, cuando tiene *deberes específicos* con el Estado, como cuando es parte integrante del aparato administrativo en calidad de funcionario o empleado público o se crean particularizadas relaciones con él por la condición también especial del individuo, no están, esas relaciones, cubiertas por la *reserva de ley*. Es el caso de los soldados, los reclusos, los escolares, etc.

Es del caso, para mejor comprensión del tema, partir de una afirmación no discutida: la materia propia del Reglamento es la administrativa. Pero de ello no se puede inferir que *toda* materia administrativa puede ser objeto libre del Reglamento, pues existen muchos sectores administrativos que son objeto de reserva de ley. Luego, es necesario diferenciar las materias administrativas que son parte integrante de la Administración, su composición interna y las que inician sobre los derechos y

⁴⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. Y TOMÁS - RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. CIVITAS, Madrid, Tomo 1, 1991, pág. 286

obligaciones de los ciudadanos. Luego, "el primero será el campo por excelencia de la normación reglamentaria y comprende los aspectos organizativos propiamente tales (aunque derivativamente puedan incluirse en el mismo ... las relaciones con agentes, usuarios, colaboradores de los servicios administrativos que se encuentran en una situación de sujeción especial. Relaciones subordinadas a la organización de la Administración y a sus exigencias). Aquí imperaría en términos genéricos la potestad reglamentaria de la Administración. Por el contrario, cuando se trate de cuestiones que aun siendo administrativas implican para los ciudadanos como tales la imposición de obligaciones o deberes, la limitación de su libertad previa o de sus derechos, entonces se entiende que el Reglamento ha de limitarse a actuar como complementario de la Ley y que una previa con rango de tal es siempre necesaria. Para regular estas materias no bastará invocar la genérica potestad reglamentaria atribuida por la Constitución, sino, además de la titularidad de esa potestad, una habilitación específica, caso por caso, que la Ley haya hecho al Reglamento, según las varias formas de delegación legislativa⁴⁶

JESCH expresa: "Dentro de la relación de sujeción especial, en cambio no es preciso, según la concepción tradicional un fundamento legal formal para proceder a intervenciones en la esfera de la libertad ... (en este ámbito se puede subsumir) bajo el concepto de norma jurídica también las disposiciones generales referentes a la relación de sujeción especial. Pues en la relación de sujeción especial no es precisa según la doctrina tradicional ni aun la reserva de IJI formal: su lugar lo ocupa el reglamento administrativo «interno» (la disposición estatutaria. etc ...

..⁴⁷

Dice el profesor BAÑO, refiriéndose al pensamiento de la doctrina clásica, que "cuando el ciudadano está en una relación especial de sujeción o de poder, la Administración no requiere de la previa autorización de la Ley; no estamos en el ámbito privado de una particular, sino en el seno mismo del aparato estatal; en puridad, no hay derechos fundamentales en la relación especial de sujeción y la protección jurídica está capitidismínuida o es inexistente. La reserva de ley no opera en la relación especial de sujeción porque ésta es una prelación ((ad intra» del propio Estado. La Administración actúa aquí con sus instrumentos propios, se basta con el reglamento y las instrucciones o circulares. Estamos ante normas que no tienen carácter jurídico «ad extra» ... ⁴⁸

⁴⁶ GARCIA DE ENTERRIA Y FERNÁNDEZ. Ob. art., págs. 216 Y 217

⁴⁷ Ob. Cil. Pág. 177

⁴⁸ Ob. Cil. Pág. 47y~

2.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

Sentencia 2/87 TC español: F. J. 2: " ... debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente en el arto 25.1 de la Constitución, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones «faltas», *en el seno de una relación especial de sujeción, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios* ... Claro está que también a *estas relaciones de sujeción especial* sigue siendo aplicable el arto 25.1 y, obviamente el principio de legalidad del arto 9.3 de la Constitución. Pero ello, *en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respeto a las sanciones penales* ...⁴⁹

Sentencia 120/90 TC español. F. J. 7: " ... Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente una manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostener la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger ... "so

3.- VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS EN EL ECUADOR

En nuestro sistema constitucional observamos con claridad que la potestad es ejercida, en primer lugar, por el Presidente de la República para toda clase de reglamentos (Art. 171, Nos. 5 y 9).

⁴⁹ *Jurisprudencia Constitucional*. Tomo Decimoséptimo. BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, 1987, pág. 23

~ *Jurisprudencia Constitucional*. Tomo Vigésimo Séptimo. 1990, pág. 43S

Sm embargo no es el único, pues, los ministros de Estado tienen competencia para expedir "*normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial*" (Art. 179, No. 6). ¿Entre esas normas están las de índole reglamentaria? La respuesta se encuentra en la frase, sí *pero que requiera la gestión ministerial*. Es decir, la Constitución atribuye competencia a los ministros para expedir normas que requiera la gestión ministerial y, por tanto, se la concede para *organizar* el ministerio que se trate. De ahí nace la facultad ministerial de expedir los llamados reglamentos orgánico funcionales. Pero no puede hacerlo más allá de esa materia, salvo habilitación legal específica.

En consecuencia, sólo el Presidente de la República ejerce la potestad reglamentaria originaria que la Constitución, en forma expresa, reconoce y atribuye para expedir dos clases de Reglamentos:

1. Los necesarios para la aplicación de las leyes, sm contravenirlas ni alterarlas; y,
2. Los que convengan a la buena marcha de la Administración.

Nuestros constituyentes, en consecuencia, acogieron la clasificación de los Reglamentos nacidos en la Escuela de Derecho Público alemán, esto es, *Reglamentos Jurídicos, Ejecutivos o Normativos y Reglamentos Administrativos (de organización)*.

Los primeros inicien directamente sobre todos los ciudadanos en cuanto tales, ciudadanos «*sm más*», sometidos a una relación *de sujeción general* y, los segundos, que no afectan a los ciudadanos, salvo que estén relación *de sujeción especial* y que encuentran su límite en el ámbito interno o *doméstico* de la Administración.

Luego, estas dos especies de normas reglamentarias son de competencia del Presidente de la República y su validez depende que se limiten a normar las relaciones generales y especiales de poder.

Las relaciones de *supremacía* (desde el punto de vista del Estado) o de *sujeción* (desde la mira del súbdito) *general* son las que vinculan normalmente al Estado con cualquier ciudadano: relación con el Poder de Polida, con el Poder Tributario, con el Poder Punitivo, etc.

Las relaciones de *supremacía* o de *sujeción especial* vinculan al administrado con la Administración sobre la base de una condición específica, singular, propia de aquél. Por esa razón existe una mayor intensidad de *sujeción* del súbdito con el Estado. Como ejemplos tenemos

la condición de soldado en la prestación del servicio militar; el de interno en cuanto se encuentre en un hospital público; el de funcionario o empleado público en su relación de trabajo; el de concesionario de un servicio público ligado por un contrato con el Estado; el de recluso bajo el control de la administración penitenciaria. En todas estas hipótesis se encuentra un correspondiente deber especial de la Administración que no es extensivo a los demás ciudadanos, los que carecen de las condiciones especiales que hemos ejemplificado antes.

En estos casos, donde la intensidad de la relación ciudadano - Administración es *especial*, la potestad reglamentaria de la Administración se entiende que se produce en la esfera interna de ésta y que sólo por derivación, en forma indirecta, aprehende a los administrados que se encuentran en situación especial. *"La potestad de autodisposición que la Administración ejercita al operar sobre su propia organización (y derivativamente, sobre quienes con la misma están conectados) se traduce en una libertad muy amplia en dicho ejercicio ...*
 ..51

El Reglamento Jurídico, también llamado Ejecutivo y, de la misma forma, Normativo tiene efectos ad extra y, por ello, *"aparece necesariamente como complementario de la ley; no pueden por sí solos originar obligaciones o deberes de supremacía general para los súbditos y necesitan de una Ley que de una u otra forma les habilite para ello. Es aquí donde el Reglamento aparece bajo su perfil tradicional, como norma que desarrolla o ejecuta una Ley ...* ..52

4.- CLASES DE REGLAMENTOS

La clasificación que nos interesa es la *de Reglamentos Jurídicos o Ejecutivos y Reglamentos Administrativos*. Los primeros son, en realidad, auténticas remisiones normativas de la Ley en favor del Reglamento. Esto es lo esencial de estos Reglamentos Ejecutivos: *su finalidad es completar y desarrollar la Ley en que se apoyan*. El constituyente, tampoco el legislador, utilizan el término ejecutar para la comprensión de la finalidad del Reglamento, éste es equivalente a las *expresiones completar, desarrollar, complementar*, etc. Estos Reglamentos jamás pueden ser independientes de la Ley, pues, en nuestro Ordenamiento no es posible crear Derecho objetivo, esto es, Derecho que incidan sobre los ciudadanos sin el concurso de una Ley. La función del *Reglamento Ejecutivo* no es, naturalmente, suplantar a la Ley, sino la de complementarla, desarrollarla o ejecutarla.

¹ GARCIA Y FERNÁNDEZ. Ob. art, pág. 223

² ídem

Los *Reglamentos Administrativos* implican una facultad de autodisposición, ejercida por la Administración, sobre sí misma, incluyendo a los sujetos sometidos a una *relación de sujeción especial*, sin afectar sus derechos fundamentales. Surgen de una potestad originaria radicada en la Constitución y, por ello, no requieren *de justificación en cada caso con una Ley previa*.

El *Reglamento administrativo*, de acuerdo con nuestra Constitución, puede ser *independiente* de una Ley, es decir, nacer en forma *autónoma* con respecto a la existencia de la Ley. Esto se infiere sin dificultad alguna del No. 5 del Art. 171 de la C. Pol. Cuando atribuye, al Presidente de la República, la competencia de dictar Reglamentos Ejecutivos, " ... así como los (reglamentos) que convengan a la buena *marcha de la administración*".

Los *Reglamentos administrativos*, no obstante su posibilidad de ser independientes, se encuentran igualmente sometidos a la jerarquía de la Ley y, por tanto, no pueden contradecirla; pero, indudablemente, pueden tener como efecto legítimo la creación de situaciones jurídicas nuevas que decida, discrecionalmente, el Ejecutivo, con las limitaciones que la Constitución impone y teniendo presente siempre la interdicción a la arbitrariedad.

5.- EL PODER REGLAMENTARIO OPERANDO, POR REMISIÓN, EN EL ÁMBITO DE MATERIAS RESERVADAS A LA LEY

Alemania tiene en su Constitución una norma que refleja con toda su fuerza la vinculación subordinada del Reglamento Jurídico a la Ley:

"Art. 80. 1.- Mediante ley pueden ser autorizados a dictar *reglamentos jurídicos* el Gobierno Federal, un ministro federal o los Gobiernos de los Länder. Además *en las leyes tienen que ser determinados el contenido, la finalidad y la extensión de los reglamentos ordenados*".

Es clara la norma con respecto a los *reglamentos jurídicos*, pero ¿qué sucede con los Reglamentos administrativos? Éstos adquieren su mayor importancia en cuanto comprenden, regulan, disciplinan *las relaciones especiales de sujeción*. La doctrina se reafirma todavía en que estos reglamentos "no requieren ninguna autorización legislativa y, por ello, cuando la ley interviene tiene «un carácter limitativo no constitutivo» 53

⁵³E. W. BOCKENFÓRDE/ R. GRA WERT. También OSSENBÜHL, STERN y redente ISENSEE/KIRCHHOF. Citas de BAÑO, Nota 43, pág. 51.

Así está prevista la norma de la Constitución alemana, sin embargo el Tribunal Constitucional Federal (TCF), en su jurisprudencia, tan sólo requiere del legislador una mínima regulación que sirva para que se pueda anticipar, con el conocimiento de la Ley, las situaciones que el Reglamento tendrá que complementar o detallar. Incluso es suficiente para el TCF que el *contenido*, la *finalidad* y la *extensión* de la remisión se puedan deducir del conjunto de la regulación de la Ley, sin que sea necesario que estén precisados, esos requisitos, en forma expresa o literal.

¿Cómo ha solucionado, Alemania, el problema de la *remisión normativa* del legislador al poder reglamentario en materias *reservadas* a la Ley? Con la doctrina de la esencialidad. Entendemos por *reserva de ley* a la obligación que, esta área de materias, sea objeto de la decisión *inicial* del legislador, el cual está perfectamente habilitado, por el Art. 80.1, para delegar al poder reglamentario la normación de determinados aspectos o contenidos de la materia objeto de la reserva.

Podemos resumir la doctrina de la esencialidad transcribiendo la parte pertinente de la fórmula de OPPERMANN acogida por el Tribunal Constitucional Federal:

"El principio del Estado de Derecho y el principio democrático de la Ley Fundamental obligan al legislador a adoptar por sí *misino las decisiones esenciales* en materia escolar y *no transferirlas a la Administración educativa*".

Pero, ¿qué es *esencial*? Responde el TCF:

"Que una medida es *esencial* y por ello tiene que permanecer reservada al misino Parlamento o por lo menos sólo puede ser dictada *en base a una autorización con un determinado contenido parlamentario*, se juzga en general conforme a la Ley Fundamental. En ello la protección de los derechos fundamentales brinda un importante punto de vista. *La mayoría de los artículos que contienen derechos fundamentales prevén que las intervenciones sólo son admisibles mediante ley o con base en una ley. En el ámbito relevante para los derechos fundamentales significa ello por regla general que «esencial» es ((esencial para la realización de los derechos fundamentales))*"

Luego, la *reserva de ley* requiere no sólo la actitud del legislador en una intervención *inicial*, sino que, además, es necesario que el propio

legislador expida, por sí mismo, las normas en todo aquello que sea *esencial a la vigencia de los derechos fundamentales* ..

Esta doctrina de la *esencialidad* tiene como efecto obligar al legislador a intervenir *siempre que una decisión sea esencial para la realización de los derechos fundamentales; o lo que es lo mismo, potencialmente toda materia queda al ámbito de la ley*. Ello porque todo pasa a depender de la afectación que pueda haber a los derechos fundamentales, cualquiera que fuese la materia a tratar.

El Art. 97 de la Constitución española prescribe que el Gobierno "ejerce la función ejecutiva y la *potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*".

Parte, el actual Derecho Constitucional, de la premisa que la Ley no es soberana, dada su dependencia jerárquica con respecto a la norma suprema: la Constitución y, por ello, la Leyes objeto de control, que es la competencia principal del Tribunal Constitucional, de lo cual deriva que esa fiscalización comprenda las *remisiones normativas* que hace el legislador, principalmente, en materias *reservadas a la norma de rango de Ley* que prescribe la Constitución.

Sm embargo, la afirmación anterior no excluye otra igualmente valedera, y es que la *Ley como norma que, por expresar la voluntad popular, es superior a cualquier otra dentro del sistema constitucional, y de la Teoría del Reglamento, norma esencialmente subordinada en cuanto fruto de un poder, el administrativo, que es, ante todo, un poder subalterno*.⁵⁴

Al afirmar la indiscutible reserva de la ley prescrita por la Constitución, aseveramos al mismo tiempo, que la Constitución delimita un conjunto de materias *sobre las que la Administración no puede intervenir sin la existencia de una Ley*. "Plero, dice BAÑO LEÓN, *nada impide al legislador abarcar cualquier materia; hay, pues, prohibición de ámbitos autónomos reservados al reglamento ...*"⁵⁵

Ello es consecuencia del desarrollo del *principio de jerarquía, esto es, la absoluta prioridad de la Ley, expresión de la voluntad de la comunidad, sobre el Reglamento, expresión de la voluntad subalterna de la Administración ... Ese principio de subordinación del Reglamento a la Ley expresa simplemente el carácter instrumental de la Administración y de sus productos normativos*

⁵⁴ GARCIA Y FERNÁNDEZ. Ob. Ot., pág. 255

⁵⁵ Ob. al., pág. 86

respecto del «propietario del poder» esto es, del soberano, que desde el fin del absolutismo (es) el pueblo cuya representación se reside en el poder legislativo. De ello se deduce que el Reglamento complementa la Ley, pero que no puede ni derogarla ni suplirla, ni menos aun limitarla o recluirla ... 115'

Es preciso determinar el real alcance que puede, con validez constitucional, el legislador concretar en la *remisión normativa* que haga -de una materia sujeta a *reserva de ley-* al poder reglamentario. Eso lo precisa con bastante claridad el Tribunal Constitucional español en su sentencia 83/1984:

"Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones hagan posible una relación independiente. 11 no claramente subordinada a la ley. lo que supondrá una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador.

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las *remisiones* o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que *las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas para la Constitución o por la propia ley.* Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir .. 11-

El caso al que esta Sentencia se refiere es sobre regulaciones *reglamentarias* expedidas con el objeto de restringir la instalación de farmacias

⁵⁶ GARDA Y FERNÁNDEZ, Curso ... Tomo 1, pág. 256

⁵⁷ Boletín Oficial del Estado, BOE, Tomo IX, 1984, págs. 355 a 371

en función del número de habitantes y distancias entre establecimientos, en aplicación de una Ley que no había previsto restricción alguna y que se había limitado a una previsión abstracta de que el establecimiento de tales *farmacias será regulado y limitado en el futuro*, configurando una habilitación genérica al Gobierno, para *reglamentar la materia*, pues, el único artículo de esa Ley, lo facultaba para establecer con entera libertad la regulación y las limitaciones.

La jurisprudencia del T. C. español nos lleva a las siguientes conclusiones:

1. La *reserva* de ley no sólo implica necesidad de una ley, sino también que ésta tenga *un mínimo contenido material*.
2. Se admite la colaboración del Poder "reglamentario" siempre. que la habilitación concedida por la ley no le sitúe de hecho en una situación semejante al legislador (la regulación ha de ser *dependiente y subordinada* a la ley habilitante).
3. No son viables las *remisiones* que supongan auténticas «deslegalizaciones»; *el Reglamento dentro de la reserva de ley tiene que ser un complemento de la misma.*⁵⁸

Releyendo lo antes transcrito encontramos que la *ratio decidendi* está en la afirmación de que *depende exclusivamente de la voluntad de los representantes de los ciudadanos expedir las regulaciones en los ámbitos de libertad que le corresponden*. Ello implica constatar que el fundamento radica en la supremacía del legislador para decidir la regulación aplicable a las materias reservadas a él, pero se sigue de aquí que no existe barrera alguna para que el legislador pueda decidir, en la misma forma, qué circunstancias de una materia puedan ser reguladas por el Reglamento. Sostener la tesis contraria implica poner cotos al poder legislativo, frenar su Poder, limitarlo, pues, *ninguna relación tiene la superioridad normativa del legislativo sobre del ejecutivo con la limitación al poder de aquí*.

¿Cuál es, finalmente, la limitación impuesta al poder legislativo para remitir al poder reglamentario la normación de una materia sujeta a *reserva*? Se afirma que, primero, es de máxima intensidad cuando se trata de limitar o restringir los derechos fundamentales. Si leemos nuestra Constitución ecuatoriana observamos que el derecho a la libertad implica

58 BAJO, Ob. art., págs. 90 Y 91

que "nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por [B..k]t" (Art. 23, No. 4). El contenido de esta norma constitucional, es objeto de interpretación por parte del Te español en la ya citada sentencia 83/1984, la cual refiriéndose al derecho a la libertad expresa:

"... la norma autoriza' a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad impide que la Administración dicte normas sm la suficiente habilitación leal".

Igual potencia tiene la reserva de ley cuando refiriéndose, la Constitución, al derecho de vivir en un ambiente sano, prescribe que "la kJt. establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente". En fin, son todos los derechos, así en bloque, los que pueden ser limitados o restringidos por ley, así lo expresa en forma categórica el Art. 141, No. 1 de la Constitución. Es decir, están sujetos a reserva de ley. Pero ¿sólo en cuanto a restricciones o limitaciones? No, pues la Constitución se refiere a que sólo por ley se puede, legítimamente, normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, por tanto, también comprende, la reserva al *desarrollo de los derechos*. Sm embargo, es perfectamente *legítimo desarrollar un derecho*, mediante remisión normativa al poder reglamentario, lo cual es muy restringido, en cuanto a limitaciones al ejercicio de esos derechos. Restricciones o limitaciones que deben imponerse bajo el *principio pro libertate* y limitadas a ser de detalle, procedimental u organizativo. "No es admisible que el legislador remitiera al Reglamento la configuración de una restricción o limitación no prevista en la misma ley. Casi es superfluo decir que restringir o limitar no es lo mismo que ordenar el desarrollo de un derecho ... "¡¡¡

Lo dicho antes nos lleva a la conclusión que cuando un derecho no es objeto de *reserva de ley*, la remisión al Reglamento puede ser amplia. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de elegir una profesión se encuentra comprendido en el "derecho a desarrollar libremente su personalidad, sm más limitaciones Que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los 4mYii". (No. 5, Art. 23 C. Po!). En este caso, la regulación de la Ley puede ser bien simple: permitir la libre regulación reglamentaria.

A manera de conclusión sobre este tema transcribamos la clara y contundente exposición de los profesores GARCIA DE ENTERRÍA y TOMÁS - RAMON FERNÁNDEZ.

³⁹ ídem, pág. 105

" ... La definición de la libertad como materia *reserwull* a IJ; ley encuentra, en fin, en la doctrina rousseauiana de la Ley su justificación final: la libertad es un estado previo y cualquier limitación a la misma no puede venir más que de la voluntad general, esto es, de decisión de la representación nacional, de la Ley, por consiguiente. El artículo 4 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 había ya obtenido esa conclusión:

, La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. *Estos límites no pueden ser determinados más que por IJ; ley*".

Todo ataque contra la esfera de libertad de los ciudadanos se hace depender del consentimiento expreso de sus representantes; el Ejecutivo, sin ese consentimiento (Ley), nada puede por sí solo en ese terreno.

El resultado que con ello se obtiene es muy importante: si la propiedad y la libertad constituyen las verdaderas materias reservadas a la Ley, resulta entonces que toda norma imperativa impuesta a un súbdito, en cuanto implica una restricción de su libertad, debe ser objeto de una Ley y no entra entre las posibilidades del Reglamento por sí solo. La obligación de observar una determinada conducta o de proscribir otra cualquiera sólo puede legitimarse en la Ley, como la exacción de cualquier porción patrimonial o la limitación o intervención sobre las propiedades y bienes de los súbditos. ¿Qué queda entonces al Reglamento? Pues muy sencillo: le restan, por una parte, todos los aspectos internos de la organización administrativa, donde se van .. a incluir las llamadas «relaciones especiales de poder» o de sujeción especial de determinados administrados; son los llamados en Alemania «Reglamentos administrativos»; y, en segundo término, dentro del ámbito normativo *tul extra*, en la imposición a los ciudadanos de *norm le agendi* que limiten o condicionen o intervengan su libertad abstracta o su patrimonio, el Reglamento no puede nada por sí mismo, pero sí puede complementar a la Ley, colaborar con ésta si ésta le habilita de manera formal para ello (delegación legislativa, en amplio sentido); son los llamados «Reglamentos jurídicos», para dictar los cuales la Administración precisa de habilitaciones legislativas específicas. El Reglamento sería la excepción, por una parte, de una autodisposición organizatoria de la Administración sobre su propio aparato (único ámbito donde el poder reglamentario sería general e independiente de la Ley, salvo en cuanto a los elementos básicos de la organización que la Ley le ordena ...) y, por otra parte, en todo el resto del ámbito normativo, vendría a ser una normación secundaria, complementaria y no independiente de la Ley, y que sólo por la expresa aplicación de ésta (y con la determinación de contenido que ésta ha de incluir puede ponerse en movimiento⁶⁰

Tenemos, en consecuencia, que:

⁶⁰ Ob. art., Tomo 1, págs. 259 Y 260

1. La libertad, como *materia reservada a la Ley*, sólo admite, por su natural existencia anterior al Estado, limitaciones que provengan de la voluntad general, esto es, de la representación nacional, de la Ley;
2. Esta realidad dogmática es recogida por la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" de 1789, en forma textual;
3. Toda restricción a la esfera de la libertad de los ciudadanos se hace depender de la voluntad de sus representantes, por ello, el Ejecutivo, sin Ley previa, nada puede hacer por sí solo en ese ámbito.
4. ¡La propiedad y la libertad constituyen verdaderas *materias reservadas a la Ley*, luego el súbdito sólo puede ser limitado por la Ley y no por un Reglamento no habilitado para ello;
5. Al Reglamento le queda como materia propia todos los aspectos internos de la organización, incluyendo las *llamadas relaciones especiales de poder o de sujeción especial* de determinados administrados (Reglamentos administrativos);
6. En el ámbito normativo *ad extra* (hacia fuera) y en cuanto a limitaciones del accionar del individuo (ámbito de libertad) o de su patrimonio (ámbito de la propiedad), el Reglamento nada puede por sí mismo, pero sí puede complementar la Ley: (Reglamentos ejecutivos) y,
7. El Reglamento, ~ general e independiente de la ley, para auto-disponer sobre su propio aparato organizativo, salvo los elementos básicos que ésta regule; en el resto es una normación secundaria, complementaria y sometida a la Ley y que solo por expresa autorización de ésta puede entrar a operar.

~-- LEY Y REGLAMENTO: SU RELACIÓN JERÁRQUICA. EL CONGELAMIENTO DE RANGO. LA DESLEGALIZACIÓN

De lo expresado antes podemos afirmar que la potestad reglamentaria, como hemos visto, tienen su origen en la misma Constitución y, por tanto, se puede ejercer siempre que no esté prohibida por la misma Constitución o la Ley que se imponen al Reglamento. Por ello, es il"

discutible que si la Constitución no impone reserva de Ley a la regulación que se trate y la Ley no lo prohíbe, el Reglamento puede regular cualquier materia sin necesidad que exista una expresa habilitación o permiso del legislador, pues la potestad reglamentaria tiene su fuente en la misma Constitución.

De aquí que se haga necesario afirmar categóricamente que cuando el Reglamento opera en zona no reservada a la Ley lo hace lícitamente; pero si una Ley lo ha autorizado a operar donde la Constitución sólo autoriza al legislador, es la Ley la que se debe declarar inconstitucional en forma directa y no al Reglamento que tan sólo lo es en forma indirecta, de rebote Y que, por tanto, cae después que haya caído la ley remitente.

En la operación jurídica cotidiana uno debe tener como método de diagnóstico el considerar que cuando la Ley contiene una remisión al poder reglamentario es porque el legislador ha considerado que lo remitido no está incluido en la zona de reserva delimitada por la Constitución y, a la inversa, cuando no remite es porque considera que esa materia debe ser regulada sólo por Ley, dada la reserva impuesta por la Constitución.

Luego, la trascendencia de la remisión de Ley no está en el permiso que se concede al Reglamento para actuar, pues, éste no lo requiere dado que se lo ha otorgado desde su origen la Constitución, su importancia radica en los límites que sobre ámbito le impone la norma remitente.

No está en duda, en consecuencia, que el Reglamento es jerárquicamente subordinado a la Ley, que ésta es norma de rango superior. La potestad reglamentaria, la Constitución, se la atribuye al Presidente de la República (Art. 171, No. 9), así como a los ministros de Estado (Art. 179, No. 6). Si analizamos las normas nos encontramos que la Constitución precisa la competencia del Jefe de Estado para expedir los reglamentos *necesarios para la aplicación de las leyes*, los que no pueden contravenirlas ni alterarlas (manifiesta la subordinación del primero a la segunda); los reglamentos que *convengan a la buena marcha de la administración* (los cuales no precisa de una Ley previa para su expedición, pero que de existir no la pueden contradecir) y las normas *necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva* (norma constitucional deslegalizadora). Los ministros de Estado, tienen competencia para *expedir normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial*.

El "Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva" (ERJAFE) precisa en el Art. 80 la potestad reglamentaria del

Presidente de la República como un acto ajeno a los actos administrativos y se lo califica como un acto *normativo* equivalente a *acto normativo* equivalente a *acto ordinamental* o *acto - fuente de derecho*. El Art. 94 señala, en forma clara, la consecuencia de los reglamentos que pretenden invadir áreas reservadas a la ley y no es otra que la *nulidad de pleno derecho* que, a diferencia de la *anulabilidad*, se produce sin necesidad de expresa resolución, esto es, nace ex lege. El Art. 122 impone el principio de jerarquía entre los actos administrativos, entre los cuales no están los reglamentos, pero que son jerárquicamente superiores a aquellos, pues los ordenan y, finalmente, el Art. 123 reitera el campo de los reglamentos ejecutivos que deben limitarse a *regular las leyes*.

CONGELAMIENTO DE RANGO

El legislador, en nuestro Ordenamiento, no tiene límite material para intervenir mediante Ley. No existe, pues, materia alguna que pueda ser reservada al Reglamento (como sí lo hay en el sistema francés con la Constitución de 1958). Ello trae como corolario que la Ley pueda imponerse, con fuerza activa y pasiva, en todo ámbito de la actividad social. *Fuerza activa* en cuanto se impone sobre toda normativa que no será la regulada por los tratados internacionales vigentes y por la Constitución; *fuerza pasiva*, que no puede ser doblegada, su normativa, sino por una Ley o acto de igual rango posterior, o por una disposición superior derivada de los convenios internacionales o la Constitución.

De esta confluencia: fuerza activa y pasiva de la Ley, surge lo que la doctrina conoce como *congelamiento de rango*. Consiste en descubrir que una vez que una materia ha sido objeto de regulación por una Ley, se *congela el rango*, pues, por la fuerza pasiva de ella, sólo puede ser alterada o cambiada esa regulación por otra Ley o acto con fuerza equivalente. El rango de la normativa sobre esa materia queda, pues, congelado.

Ello tiene su derivación en el Reglamento, pues lo que ha sido regulado por Ley no puede contradecirlo éste y, si lo hace, es sancionado con nulidad por el Ordenamiento. Pero eso no significa en absoluto que el reglamento no pueda preocuparse de esa *materia en tanto respete lo que la ley haya dispuesto sobre ella*. Del hecho que una norma, como el Reglamento, sea de rango inferior a otra, la Ley, no se puede concluir que no pueda regular la materia de la que ésta se ocupa, sino que tan sólo no puede contradecirla (DE OTRO).

DESLEGALIZACIÓN

La norma prescrita en el numeral 9, del Art. 171 de la Constitución es una expresa deslegalización de toda la materia inherente a la *Función Ejecutiva*, pues de acuerdo con ésta, el Presidente de la República puede, sobre esta materia, expedir cualquier normativa reglamentaria, la que tiene como efecto derogar la anterior, aun cuando tenga rango de Ley. Es decir, el fenómeno de la deslegalización anula la *fuerza pasiva de la Ley* Y permite la entrada del Reglamento con original fuerza activa. Todo por mandato de la Constitución. Esta es otra especie de *delegación normativa*. Distinta de la *remisión* en que la norma delegante autoriza la creación administrativa ulterior del precepto sobre la materia.

Sobre la deslegalización es de obligación apuntar el efecto que le atribuye De OITO: *"Desde el punto de vista técnico la deslegalización no es más que una especie de derogación aplazada. En efecto, dado que la supremacía de la ley sobre el reglamento viene establecida por la Constitución, el legislador no puede en rigor permitir que el reglamento derogue la ley, algo que esa jerarquía prohíbe: la ley de deslegalización no puede permitir lo que la Constitución prohíbe, no puede «degradar» leyes anteriores. Lo que sí puede hacer es derogarlas y la deslegalización consiste exactamente en que la ley que la lleva a cabo declara que las disposiciones legales de que se trate quedarán derogadas cuando se dicten los correspondientes reglamentos. De ahí se desprende una importante consecuencia: las disposiciones objeto de la ley de deslegalización siguen siendo leyes hasta que sean modificadas o derogadas, y como leyes han de ser tratadas y aplicadas hasta que se produzca la nueva regulación* ⁶¹

Guayaquil, 5 de noviembre del 2001

⁶¹ Pág.228