

DESCENTRALIZACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL ECUADOR. DEL DISEÑO TEÓRICO A LA REALIDAD PRÁCTICA

BENJAMÍN MARCHECO ACUÑA

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA CONTROVERSIAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS TERRITORIALES. 2. LA TESIS DEFENDIDA: LA NATURALEZA LEGISLATIVA DE LAS NORMAS TERRITORIALES EN EL DISEÑO (TEÓRICO) CONSTITUCIONAL Y LA DIVERSIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3. LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA ARTICULACIÓN DE LAS RELACIONES NORMATIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 4. LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS. CONCLUSIONES: LA DIVERGENCIA ENTRE EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA.

Fecha recepción: 30.08.2022

Fecha aceptación: 7.01.2023

DESCENTRALIZACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO EN EL ECUADOR. DEL DISEÑO TEÓRICO A LA REALIDAD PRÁCTICA

BENJAMIN MARCHECO ACUÑA¹

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 2008 supuso para el Ecuador un cambio de paradigma en varios aspectos con respecto a los regímenes constitucionales predecesores, tanto en el contenido de la denominada parte dogmática (relaciones Estado-individuo) como en la organización territorial del Estado, pasando, en este último caso, de un modelo de «descentralización a la carta, con énfasis en lo fiscal» establecido en la Constitución de 1998, hacia uno de descentralización obligatoria que incorpora la autonomía como característica de todos los niveles subnacionales de gobierno (Gobiernos Autónomos Descentralizados —GADs— de las regiones, provincias, municipios y parroquias) y cuya novedad fundamental consiste en la posibilidad de crear gobiernos autónomos regionales como niveles intermedios que le dieran un nuevo significado a dicha autonomía², todo ello dentro de los propios esquemas del Estado unitario.

Esta nueva forma de organización territorial no tuvo el mismo impacto en la estructuración del sistema jurídico y en la forma de explicar las relaciones entre las normas que lo integran, fundamentalmente entre las leyes estatales y las normas provenientes de los entes territoriales. Las disposiciones normativas que integran el sistema jurídico ecuatoriano, el orden de prevalencia en el cual se incardinan en él y los criterios de aplicación en caso de conflicto se recogen, de la siguiente manera en el art. 425 CRE:

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Guayaquil. E-mail: benjamarcheco@gmail.com

² Ver: Bastidas, C., Lara, A. B., & Ortiz, S. (2017). Análisis sobre la organización territorial y la descentralización del Estado, modelos de descentralización voluntario y obligatorio 1998 y 2008. En *Balance de la descentralización en el Ecuador 1998- 2016*, Quito: GIZ, pp. 141-150.

Art. 425.— El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

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

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

Como podrá observarse, el precepto transcrito diseña un ordenamiento característico de un Estado definido como unitario (art. 1 CRE) que obedece a la clásica formulación gradualista del derecho de la *Stufentheorie* de inspiración kelseniana, que tiene al principio de jerarquía como la esencia intrínseca misma del proceso de producción jurídica. Recordemos que para Kelsen³ el ordenamiento está constituido por una sucesión escalonada de normas cuya unidad radica en la circunstancia de que la creación de una norma está condicionada, tanto en su forma como en su contenido, por otra (precisamente por ello) superior, la que a su vez también está condicionada por otra aún superior; sucesión que termina en la norma más alta, la norma básica que, siendo la suprema razón de validez de todo el ordenamiento jurídico, constituye su unidad.

Pero, al mismo tiempo, la propia Constitución define una organización política y administrativa *descentralizada* (art. 1 CRE), basada en un régimen de competencias sobre determinadas materias atribuidas con carácter *exclusivo* tanto al Estado como a los entes territoriales (arts. 261 al 267 CRE); a estos últimos les otorga la suficiente potestad normativa para regularlas con ese carácter —la que incluso califica de «facultad *legislativa*» (art. 240)—, lo que presupone, en principio, que la relación entre las normas provenientes de cada uno de estos niveles debe resolverse en función del criterio de competencia.

Esta contradicción plantea el problema acerca de la unidad o la diversificación del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la relación entre las normas que lo integran y los criterios de aplicación de unas u otras en caso de conflicto. En otras palabras, de lo que se trata es de determinar si, de conformidad con la Constitución, el ordenamiento jurídico ecuatoriano sigue siendo unitario, gradualista y asentado en principio de jerarquía o si, a partir del modelo de descentralización que esta define, se trata de un ordenamiento diversificado en un conjunto de subsistemas articulados de forma horizontal que coexisten en un mismo sistema y cuya relación se articula a partir del principio de competencia.

³ Kelsen, H. (1949) *General Theory of Law and State*, Massachusetts: Harvard University Press, p.24.

Con el presente trabajo pretendemos adentrarnos en la discusión teórica acerca de la naturaleza jurídica de las normas que provienen de los entes territoriales de gobierno (GADs) en el ejercicio de sus competencias constitucionales exclusivas, los principios de relación de estas con el resto del ordenamiento jurídico y los criterios de aplicación en caso de conflicto. Para ello partimos de una sistematización de las dos principales posturas encontradas sobre este tema: la mayoritaria, que defiende la naturaleza meramente reglamentaria de las normas emitidas por los gobiernos territoriales y otra minoritaria que sostiene su carácter legislativo (1); expondremos los argumentos que sostienen nuestra tesis (2) y, por último (3) nos referiremos a los principios sobre los cuales debe articularse la relación entre las diferentes normas que integran el sistema jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta el modelo (teórico) de autonomía y descentralización en régimen de competencias exclusivas diseñado en la Constitución; aun reconociendo las diferencias que presenta con la realidad práctica.

1. LA CONTROVERSIA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS TERRITORIALES

La discusión sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones de las entidades territoriales deriva de la calificación de «legislativas» que hace de ellas el art. 240 de la Constitución y las consecuencias jurídicas que de la misma se han proyectado en las leyes secundarias de desarrollo y la supuesta incompatibilidad que tal calificación supondría, para algunos autores y jurisprudencia, con el carácter unitario del Estado definido en el art. 1 del propio texto constitucional, que no admitiría la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos.

Dicha incompatibilidad se sustenta en el entendido de que la pluralidad legislativa, además de ser propia de los estados políticamente descentralizados, responde a la necesidad de articular realidades que no están presentes en el Ecuador, y, en consecuencia, no se justificaría un modelo distinto al de la unidad de la ley. Por ello, la nota de la descentralización en el Estado unitario sería, en cualquier caso, únicamente administrativa cuya intensidad no llega a otorgar a las entidades descentralizadas tal grado de autonomía política que se manifieste en la existencia de instituciones y ordenamientos jurídicos locales⁴.

En efecto, el art. 240 CRE establece que «los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades *legislativas* en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales...». Sin embargo, las formas que adoptan los actos normativos de estos entes territoriales tienen las denominaciones típicas de las formas reglamentarias —ordenanzas,

⁴ Ver: Benalcázar Guerrón, J. C. (2010). Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados. *Foro. Revista de Derecho* (13), p. 30

acuerdos y resoluciones (art. 7 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, 2010) —; tampoco es raro encontrar varias de estas con la denominación de «reglamento». Se produce así una especie de rareza normativa en la conceptualización de las disposiciones emitidas por los GADs: se otorgan facultades «legislativas» y se trata como «legislativos» —en la propia terminología del COOTAD—, a órganos cuya producción normativa no es la ley formal ni otra norma de rango similar. Un caso aún más atípico es el de las disposiciones «legislativas» provenientes de las denominadas Regiones Autónomas, a las que se designan con el nombre genérico de «normas», sin ninguna rotulación específica (la que, en cualquier caso, sería definida una vez que se cree o funcione la primera de ellas, que no ha sucedido).

De lo apuntado, podría deducirse que las disposiciones normativas de los GADs poseen una condición *sui generis*, la de una especie de «ley» local o territorial, pero con la denominación propia de un reglamento administrativo. Esta característica tiene su explicación en la manera en que el constituyente de 2008 concibió la organización territorial del Estado, diseñando una estructura que intentaba imitar los modelos de federalización europeos, con típicos órganos legislativos territoriales y la asignación de competencias materiales exclusivas (fundamentalmente el modelo autonómico español, en el cual se inspiró expresamente), pero con un alcance mucho menor, bajo la figura de un modelo de *descentralización* administrativa que no rompiese con la tradicional concepción del Estado unitario.

Este cambio de paradigma estructural y funcional del Estado inaugurado en la Constitución de Montecristi ha hecho de la determinación de la naturaleza jurídica de las disposiciones normativas de los entes territoriales y su relación con el resto del sistema jurídico un tema muy controvertido y confuso; tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el propio derecho positivo, donde han existido y aún perviven normas contradictorias sin que hasta el momento exista un pronunciamiento jurisprudencial que zanje la polémica.

En el terreno doctrinal se perfilan dos posiciones diferenciadas y diametralmente opuestas: una —hasta ahora mayoritaria— que considera que las normas que emanan los GADs son siempre de carácter administrativo y otra que defiende su naturaleza legislativa. Benalcázar⁵ sostiene que la calificación de «legislativas» que hace el art. 240 CRE a las potestades normativas de los GADs es incoherente con la propia definición constitucional del Ecuador como estado unitario, donde no caben constituciones y leyes locales, de tal modo que, en rigor, la facultad legislativa propiamente dicha la tendría únicamente la Asamblea Nacional. La descentralización en los estados unitarios —afirma— no es de carácter político que se manifieste en la existencia de instituciones y ordenamientos jurídicos locales, sino de naturaleza administrativa,

⁵ Benalcázar Guerrón, *op. cit.*, p. 23

por tanto «las normas jurídicas que dicten dichos gobiernos tienen un rango normativo reglamentario y no legal»⁶.

Esta tesis es la acogida por el Consejo Nacional de Competencias, que en el Plan Nacional de Descentralización defiende que:

la autonomía consagrada por la Constitución y el COOTAD no se asemeja a la autonomía de los países federales, es decir, los gobiernos subnacionales no gozan de potestad legislativa para emitir una constitución propia o un ordenamiento jurídico autónomo con rango de ley; por el contrario, al ser el Ecuador un Estado unitario, el ordenamiento normativo local, por el principio de jerarquía, se encuentra subordinado a la Constitución y a la ley, incluso los GADs no pueden crear, modificar o eliminar impuestos, pues la Constitución consagra el principio de reserva de ley en materia impositiva⁷. (A este argumento cabría objetarle que la tradicional reserva de ley en materia tributaria no se refiere exclusivamente a los impuestos, sino a los tributos en general y sobre el resto de las figuras tributarias (tasas y contribuciones) si recaen competencias normativas en los GADs).

Roberto Viciano también alude al carácter unitario del Estado para afirmar la naturaleza reglamentaria de las normas territoriales. En su opinión, la pluralidad legislativa, además de ser propia de Estados que se definen como regionales, autonómicos o federales, responde a la necesidad de articular realidades históricas, sociales y culturales que requieren de la capacidad de generar regulaciones divergentes de las del Estado, que no están presentes en el Ecuador, por lo que no existía ningún motivo para plantear otro modelo que no fuera el de la unidad de la ley. Atribuye la designación de «legislativa» a la potestad normativa territorial a una deficiente técnica jurídica de la Asamblea Constituyente, que debería ser aclarada de cara al futuro en la legislación que desarrolle la organización territorial del Estado⁸.

A esta postura también se alinean Montaña y Mogrovejo⁹ que defienden la idea de que la facultad normativa de los municipios lo es para regular ámbitos de administración, pero subordinados a la égida de la ley y Elizalde Jalil, quien afirma que la intención descentralizadora que recoge la Constitución —que no innova respecto de las anteriores— se limita a las funciones de gobierno (de carácter ejecutivas y reglamentarias) y no a todas las estatales; de ahí que los GADs no se conciben como entes con sustancia política al estilo de los típicos modelos regionales europeos, sino que parecen configurarse como meros entes o circunscripciones administrativas que

⁶ Benalcázar Guerrón, *op. cit.*, p. 30

⁷ Ver: Consejo Nacional de Competencias. (2012), *Plan Nacional de Descentralización 2012-2015*, p. 16

⁸ Viciano Pastor, R. (2009) «Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado ecuatoriano en la Constitución de 2008». en A. G. U. (ed.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones* (pp. 105-118), Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, p. 109

⁹ Montaña Galarza, C., & Mogrovejo Jaramillo, J. C. (2014), *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano. Fundamentos y Práctica*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar- Corporación Editora Nacional, p. 24.

gozan, a lo sumo, de una «potestad normativa cualificada» —distinta de la auténticamente legislativa— para dictar normas sujetas al principio de competencia y a la jerarquía normativa del art. 425 CRE, dentro del esquema de organización centralizada que esta reconoce¹⁰.

Este último entiende que la «autonomía política» que reconoce el art. 238 CRE a los GADs no es tal —al menos con el alcance que éste concepto tiene en el derecho comparado—, sobre la base del dato puramente formal de que éstos carecen de capacidad para producir la ley formal y, por ende, potestad para dictar políticas públicas propias en el ámbito de sus competencias; con lo cual—apunta— la frase «facultades legislativas» del art. 240 CRE, es un mero error técnico¹¹.

La tesis contraria es sostenida por Torres Maldonado, quien les niega el carácter reglamentario a las normas territoriales y las califica de «decisiones legislativas»¹², apelando a datos como: el contexto histórico de creación de la estructura territorial del Estado en el seno de la Asamblea Constituyente, el régimen de distribución de competencias con carácter exclusivo, la taxativa distinción que realiza la constitución entre las facultades legislativas de los GADs y la reglamentaria de las juntas parroquiales, el sometimiento únicamente al control de constitucionalidad previsto en el (ya derogado) art. 404 COOTAD y el procedimiento de formación de las normas, similar al procedimiento legislativo.

Por otro lado, el derecho positivo tampoco ayuda a aclarar el problema de la naturaleza de las normas territoriales. El dato del régimen de control al que se hallan sometidas sería un elemento indispensable para dilucidar la cuestión, pero aquí el ordenamiento jurídico también es incoherente. Por una parte, el COFJ (2009) somete a las disposiciones normativas de los GADs al control de legalidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo (art. 217), asimilándola así a los reglamentos. Una ley posterior, el COOTAD (2010) dispuso que estas serían objeto únicamente del control de constitucionalidad (art. 404), equiparándolas así a las leyes formales. Este precepto fue derogado por el Código Orgánico administrativo (COA) de 2017 (Disposición derogatoria segunda). Antes, en 2016, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) reitera la competencia de la jurisdicción ordinaria para controlar la legalidad de las ordenanzas municipales en materia tributaria (art. 320), lo que añadió aún más complejidad y confusión al asunto.

La jurisprudencia, por su parte, ha evitado referirse al tema frontalmente, aunque algunos pronunciamientos dejan entrever que la posición asumida es la de considerar a las normas territoriales subordinadas a la ley formal. Así, una sentencia de la Corte Nacional de Justicia (14/12/2017) se acoge a la disposición del art. 217

¹⁰ Ver: Elizalde Jalil, M. A. (2009). La descentralización en el Ecuador. Apuntes conceptuales sobre la descentralización en la Constitución ecuatoriana de 2008, *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* (2).

¹¹ Elizalde Jalil, *op. cit.*, p. 53

¹² Torres Maldonado, Á. E. (2020), «Solución de conflictos de competencias municipales: Ecuador», *Revista Derecho del Estado* (45), p. 31

Código Orgánico de la Función Judicial para confirmar la posibilidad de control de las disposiciones territoriales ante la justicia ordinaria. En una línea similar, la Corte Constitucional, a pesar de reiterar la capacidad «legislativa» de los entes territoriales, determinó que una ordenanza municipal sobre gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios (competencia *exclusiva* del municipio) debía guardar armonía con las leyes estatales de la materia¹³; entendiendo con ello el carácter de norma (reglamentaria) subordinada a la ley formal. También declara la inconstitucionalidad de un artículo de otra ordenanza municipal por contravenir el principio de jerarquía al «haber establecido definiciones que le corresponden jerárquicamente a una ley superior»¹⁴.

2. LA TESIS DEFENDIDA: LA NATURALEZA LEGISLATIVA DE LAS NORMAS TERRITORIALES EN EL DISEÑO (TEÓRICO) CONSTITUCIONAL Y LA DIVERSIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como se refleja en el título del epígrafe, defendemos *a priori* la idea de la naturaleza *legislativa* de las normas territoriales, pero con el matiz de que tal concepción es puramente teórica; esto es, derivada del diseño contenido en el texto constitucional (que se explica más allá de la simple calificación como tal, que ya es un primer elemento importante); pero siendo conscientes de que en la práctica las cosas son muy diferentes. Aquí, la posición del legislador y la jurisprudencia es de inercia, de conservadurismo en la concepción unitarista del sistema jurídico que termina por generar resultados contradictorios como el de reconocer nominalmente a las normas territoriales como legislativas, al tiempo que las asimila a las de naturaleza reglamentaria, ejerciendo sobre ellas control de legalidad.

Podríamos comenzar la defensa de nuestra tesis objetando los argumentos sobre la presunta incompatibilidad entre el Estado unitario y la autonomía política y potestades legislativas de las unidades de gobierno territoriales, a partir de la formulación de las siguientes premisas:

(i) *La descentralización, como concepto, presupone la autonomía territorial política y normativa*

La descentralización como principio de organización del estado es expresión del pluralismo político territorial¹⁵, que se manifiesta en la elección popular de las autoridades en los diferentes niveles de gobierno y que responden a la voluntad política

¹³ Sentencia 032-17-SIN-CC

¹⁴ Sentencia 016-18-SIN-CC

¹⁵ Gamero Casado, E., & Fernández Ramos, S. (2019) *Manual Básico de Derecho Administrativo* (16ª ed.). Madrid: Tecnos, p. 173

surgida de las elecciones. Si el mecanismo descentralizador respondiera a la conveniencia de asignar únicamente funciones o tareas de administración, bastaría con la mera asignación de estas a funcionarios no electos, sin requerir la creación de órganos con legitimidad democrática representativa.

La definición misma de descentralización implica una transferencia de una parte de las competencias y de los recursos del Estado central hacia las instancias territoriales o locales para que estas puedan ejercerla de forma autónoma e independiente del poder central. En los sistemas constitucionales que se estructuran bajo el esquema de la distribución territorial del poder público conforme al principio de descentralización, como es el caso de los Estados federales o de los que establecen autonomías territoriales, la distribución implica autonomía no solo política, sino normativa (incluyendo la potestad legislativa de algunos entes territoriales intermedios) y de gobierno. En los países hispanoamericanos se reconoce el principio de la descentralización política a nivel local, asegurando la existencia de gobiernos locales con cierta autonomía y competencias propias, generalmente consagradas y garantizadas en las Constituciones¹⁶. A esto se refiere la CRE cuando en su art. 238 consagra que «los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera».

En otras palabras, la autonomía, consustancial a la descentralización, presupone la existencia de un poder de decisión y (consecuentemente) de una capacidad regulatoria propia de los entes territoriales similares a las del Estado central en el ámbito de aquellas materias cuya competencia se les asigna de forma *exclusiva*. La exclusividad se traduce en la *exclusión* de la intervención de la normativa estatal en dichas materias. De lo contrario, si el poder de decisión y de regulación primario corresponde al nivel territorial, pero éste se hace depender de la intervención del poder central subordinando a este las normas regionales o locales, entonces no se estaría hablando de descentralización, sino de *desconcentración* o *delegación* de atribuciones. La descentralización ha de suponer, entonces, *autonomía normativa territorial* (con independencia de la denominación particular que adopte la legislación) dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes de asignación de las competencias.

Claro es que la autonomía normativa ínsita en la descentralización sólo supone un poder de regulación sobre las competencias exclusivas independiente del poder central; pero no que éste sea de tipo legislativo, pues también aquella puede ejercerse por medio de reglamentos independientes (mediante un mecanismo de reserva reglamentaria de las materias). En todo caso, corresponde entonces al propio constituyente determinar la naturaleza misma y el alcance de esas potestades normativas territoriales. Y he aquí que el constituyente ecuatoriano las califica —en lo que atañe a las Regiones, Provincias y Municipios— como *legislativas* (art. 240) y, aún más, la deslinda de las potestades *reglamentarias* que confiere a las Juntas Parroquiales.

¹⁶ Brewer-Carías, A. (2020) *Derecho Administrativo. Estudios* (1ª ed.), Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, p. 42

Claro está, si nos detenemos solamente en estos tres datos: la descentralización del Estado prevista en el art. 1 CRE, la asignación de competencias exclusivas a los entes territoriales y el reconocimiento de autonomía política y normativa para su ejercicio y la calificación de «legislativas» de estas últimas, podría concluirse entonces que estamos en presencia de un modelo federal y no unitario, como así lo define la propia Constitución. Sin embargo —y he aquí el aspecto clave—, la distinción entre un Estado federal y uno unitario «descentralizado», no radica en los aspectos formales de organización del poder, sino —y aquí entramos en la segunda premisa— en una cuestión material: esto es, en el contenido y el alcance de la descentralización; en otras palabras, en la calidad y extensión de las competencias distribuidas entre el poder central y los organismos territoriales.

(ii) *La descentralización en el Estado unitario se caracteriza por la atribución de competencias territoriales limitadas*

De la misma forma que la Constitución define el carácter unitario del Estado, también consagra el principio de descentralización por el cual reconoce explícitamente autonomía política, administrativa y financiera a las entidades territoriales para la gestión de los asuntos de sus respectivos intereses. Ambos principios —unidad y descentralización— se encuentran en tensión permanente, en tanto el primero supone la centralización política y, consecuentemente, la unidad del ordenamiento jurídico en torno a la legislación emanada del poder central, e igualmente supone la existencia de un conjunto de competencias centralizadas para la toma de decisiones políticas sobre todo el territorio del Estado; mientras que el segundo exige un cierto grado de autonomía de las entidades territoriales frente al poder central, garantizada por la Constitución y por ello indisponibles para el legislador. La cuestión está, entonces, en determinar los criterios que hagan compatibles ambos principios y definan las características fundamentales del este modelo de organización estatal.

La descentralización es un concepto indeterminado y muy general, cuya concreción admite diversos grados de autonomía de los entes territoriales. La máxima expresión de la autonomía territorial corresponde al Estado federal, que se fundamenta en la interdependencia y compartición de funciones entre el Estado central y los entes federados y donde las estructuras de gobierno regionales o locales tienen capacidad para la toma de decisiones políticas sobre una amplitud de materias, que implican incluso potestades derivadas del ejercicio de la soberanía, tales como la política económica, la regulación del comercio, la legislación penal, civil, tributaria, etc., y el ejercicio de la función jurisdiccional.

En los estados unitarios, por su parte, la descentralización se manifiesta en la atribución de competencias limitadas para la gestión de los asuntos que atañen a los intereses propiamente locales, dejando en manos de los órganos del poder central las decisiones sobre los temas más trascendentales de interés general.

Los procesos contemporáneos de descentralización en Latinoamérica han consistido principalmente en transferir funciones desde los gobiernos nacionales a los subnacionales en materia de provisión de infraestructura y servicios básicos, y servicios de educación y salud, para lo cual se han ampliado las competencias impositivas de los niveles subnacionales y se han instaurado o modificado sistemas de compensación. Históricamente en los países federales los procesos de descentralización se han orientado primero hacia los niveles intermedios, para luego avanzar hacia el nivel municipal; en cambio, en los unitarios, frecuentemente la descentralización se enfoca al municipio y el nivel intermedio juega un papel de articulación con el nacional¹⁷.

La descentralización en el modelo adoptado por la Constitución ecuatoriana de 2008 se traduce en la transferencia a los GADs de competencias (algunas en régimen exclusivo) para: la planificación e impulsión del desarrollo local o regional; la definición de las políticas de investigación e innovación del conocimiento, desarrollo y transferencia de tecnologías, necesarias para el desarrollo regional; el ordenamiento territorial y urbanístico; la provisión de servicios básicos de agua potable; el saneamiento ambiental; el control del uso del suelo; la gestión de las cuencas hidrográficas; etc. (arts. 262 al 268) y «para impulsar procesos y formas de desarrollo acordes a la historia, cultura y características propias de la circunscripción territorial» (art. 5 COOTAD). Para el financiamiento de las competencias atribuidas el Estado les transfiere recursos, los dota de autonomía para gestionar los propios incluyendo la capacidad tributaria para crear tasas y contribuciones especiales.

De las premisas apuntadas se puede extraer la siguiente conclusión: la descentralización territorial dentro de Estados unitario implica atribuciones políticas de gobierno, e incluso normativas o legislativas que van mucho más allá de la sola autoadministración¹⁸. Estas atribuciones recaen, esencialmente, sobre competencias materiales limitadas de interés local. Pero, es precisamente esta capacidad de legislar sobre las materias de incumbencia del territorio sin la interferencia de otras autoridades y, sobre todo, sin la dependencia de sus normas a las provenientes del Estado central, lo que caracteriza una verdadera descentralización del Estado unitario. De lo contrario, como hemos apuntado, sólo se trataría de una mera desconcentración.

Para Larenas y otros el hecho de que los gobiernos locales hayan sido «rebautizados» en la Constitución como «Gobiernos Autónomos Descentralizados», refleja el principio de descentralización del Estado. «Gobiernos» con «mayúsculas» —dicen— significa que los entes subnacionales facilitan, coordinan, dirigen los procesos de desarrollo de sus territorios, a través de la implementación de políticas públicas, de la definición de una visión de desarrollo construida por el territorio, que se refleja en la planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial, con un modelo de co-gobernanza que implica la participación ciudadana, con lo que se aporta a la

¹⁷ Finot, I. (2001) *Descentralización en América Latina: Teoría y Práctica*, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES, p. 82.

¹⁸ Nogueira Alcalá, H. (1985) El Estado unitario, los procesos de descentralización regional y el Estado federal. *EURE. Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos Regionales* (12), p. 140

consolidación de la democracia como una forma de cultura política en el territorio; y ello resulta imposible si no se cuenta con autonomía política. La «Descentralización» —también con mayúsculas— se refiere a la forma de gobierno del Estado ecuatoriano, que por aplicación del principio constitucional del art. 1, se entiende que no puede ser concentradora de poder. El reto que plantea la declaración de este principio constitucional es la distribución del poder político en el territorio¹⁹.

Es por estas razones que, coincidiendo con la tesis de Torres Maldonado, sostenemos la tesis de la naturaleza *legislativa* de las disposiciones normativas de los GADs en el ámbito de sus competencias exclusivas (al menos en el planteamiento del constituyente de 2008), en el entendido de que se trata de disposiciones que, como la ley formal estatal, emanan de un poder autónomo «prefigurado por la propia Constitución que es la que contiene el diseño conforme al cual se reparten los poderes de dirección política y sus limitaciones respectivas»²⁰, y, por tanto, es directamente de ésta y no de aquella de quien derivan su validez y a la que quedarían únicamente subordinadas. Y ello, insistimos, no sólo por el mero hecho del reconocimiento de la autonomía territorial política y normativa aludidas, sino que a esta circunstancia se añade la propia calificación formal de *legislativas* que le asigna la propia Constitución a la potestad de la cual emanan dichas disposiciones, no por una simple equivocación o error técnico, sino por expresa decisión de sus redactores.

En este sentido, se podría abundar acudiendo a los propios argumentos recogidos en el debate del proyecto constitucional. En el Acta No. 79 de la Asamblea Constituyente se recoge que: «se logró resolver el cambio de paradigma en la resolución de aparentes conflictos de competencia, estableciendo el criterio de competencia antes que el de jerarquía, en el afán de evitar intromisiones en el accionar de los diferentes gobiernos autónomos»²¹. De aquí se puede advertir, sin ninguna duda, la intención de los autores de la Constitución de Montecristi de reflejar un orden político-jurídico diversificado, al estilo de los modelos descentralizados europeos, donde las relaciones entre sus normas se rijan por el principio de competencia en detrimento de la jerarquía, principio propio de los ordenamientos monistas de los estados unitarios centralizados.

A estos datos pudiéramos aún añadir otros como el del procedimiento para la formación de la norma territorial, similar al de la ley formal y, sobre todo, el muy importante reconocimiento de capacidad normativa —aunque limitada— en materia tributaria (que tradicionalmente se ha excluido del ámbito reglamentario), los que contribuyen a perfilar la índole legislativa de las normas territoriales.

¹⁹ Larenas et al., (2013). *De la descentralización a la carta... a la concentración descentralizada. Un Estado del Arte de la Descentralización en el Ecuador*, Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales del Ecuador – CONGOPE, pp. 3-4

²⁰ De Otto, I. (1996) *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Madrid: Civitas, p. 22

²¹ Torres Maldonado, *op. cit.*, p. 230

3. LA DESCENTRALIZACIÓN Y LA ARTICULACIÓN DE LAS RELACIONES NORMATIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

De los elementos ya expuestos, los que, valorados en su conjunto, decantan la balanza hacia la consideración de la naturaleza legislativa de las normas de origen territorial en el diseño constitucional, cabe enfatizar en el relativo a la determinación que hace la CRE de un régimen de distribución de competencias *exclusivas* entre los distintos niveles estatales, por cuanto éste es la clave de bóveda de la descentralización y, por consiguiente, de la articulación de las relaciones entre las diversas normas que conforman el sistema jurídico en este contexto.

Una distribución de las competencias en régimen de exclusividad supone la reserva tanto al Estado como a las unidades territoriales en que se organiza, de un ámbito material de regulación independiente, lo que implica que las regulaciones emanadas de los diferentes niveles de gobierno no podrían proyectarse válidamente de la misma manera sobre un mismo ámbito material. Por tal razón, en principio, no podría producirse una concurrencia válida de dos normas provenientes de diferentes legisladores sobre una misma materia y con un mismo alcance²², contenido y forma de ejercicio. De esta manera, cuando la regulación proveniente de uno que excede su ámbito material e invade el del otro sería inconstitucional, y, por tanto, nula, por infringir el sistema de reparto de las competencias definido por la Constitución.

En otras palabras, el régimen de competencias exclusivas constituye un límite a la potestad normativa unilateral de cualquiera de las entidades de gobierno, y fundamentalmente de la del Estado central, en tanto no podría transgredir las competencias que la Constitución reserva, con carácter exclusivo, a los GADs (y viceversa). La consecuencia más relevante que produce sobre el sistema jurídico esta forma de articulación descentralizada de las competencias es que la validez de las normas territoriales ya no se justificaría por su correspondencia con el contenido material de la ley estatal —pues los ámbitos de una y otras están perfectamente diferenciados—; sino en función de su vinculación directa a la Constitución y a las leyes que, por propia determinación constitucional, tienen como función el desarrollo del régimen de competencias (de ello fue consciente en su momento el legislador cuando dispuso, como antes señalamos, en el art. 404 COOTAD, someter las ordenanzas locales únicamente al control de constitucionalidad, lo que luego contradice en la legislación procesal para finalmente terminar derogando dicho precepto en el Código Orgánico Administrativo).

El hecho entonces de que la validez de las normas de los entes territoriales derive directamente de la Constitución descartaría la relación de subordinación de estas a la normativa estatal dentro del ámbito de las competencias reservadas a aquellas; por lo que la relación entre ambas ya no sería vertical, explicable desde el principio

²² Arroyo Gil, A. (2007). «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», *Revista Española de Derecho Constitucional* (80), p. 411

de jerarquía, sino que estarían situadas en un plano de horizontalidad, que presupone de por sí el quiebre de la unidad del ordenamiento jurídico y su consecuente diversificación en diversos subsistemas normativos²³ que coexisten dentro de él y cuyo elemento de unidad es la Constitución. La relación entre estos subsistemas se articularía entonces en función del principio de *competencia* y dentro de cada uno de estos, rige el principio de jerarquía. Como fácilmente podrá comprenderse, se trata de principios excluyentes.

En la defensa que hace Benalcázar²⁴ de la unidad del ordenamiento jurídico, argumenta que el régimen de competencias exclusivas determinado en la Constitución solamente significa, a los efectos de la solución de conflictos entre normas, que la regulación que realizan los GADs sobre aquellas materias que les atribuye directamente la Constitución dentro del territorio respectivo, «preferirán a otro tipo de normas jurídicas». Con un argumento similar, Elizalde Jalil entiende que en la extensa mayoría de los casos estas normas territoriales deberán respetar los preceptos enmarcados en las leyes estatales; salvo que, por aplicación excepcional del inciso final del art. 425 CRE, se encuentra una invasión competencial *grosera y evidente* por parte de la Ley del Estado que altere el sistema constitucional de distribución de competencias y esta sea declarada inconstitucional por este vicio²⁵.

Esta preferencia —aún excepcional o puntual— de las normas territoriales sobre la ley estatal a la que se refieren los autores mencionados, no hace sino contradecir precisamente esa unidad del sistema a la que aluden y la negación del principio de jerarquía sobre el que aquella descansa; pues, en una relación jerárquica, no se concibe que la colisión normativa se resuelva prefiriendo la norma inferior sobre la superior ni permite tampoco que la prevalencia de una norma sobre otra se pueda «modular» o «alternar» según las circunstancias. El orden jerárquico, si existe, existe siempre, no a veces.

Es de sobra conocido en la teoría del derecho que la prelación de los criterios de solución de antinomias en un mismo sistema normativo ubica, en primer lugar, al jerárquico, según el cual la norma superior desplaza (o invalida) a la inferior que la contradice. Sólo cuando no es posible acudir a él por tratarse de normas jerárquicamente iguales entran en juego otros como la temporalidad o la especialidad. Sin embargo, cuando se plantea la posibilidad de que una norma «aparentemente» inferior pueda desplazar a otra «aparentemente» superior porque el contenido material le pertenece a la primera, es porque en realidad se está negando la existencia de una relación de jerarquía entre ambas en favor de la competencia; con lo cual no quedarían dudas de que estamos en presencia de normas ubicadas en planos diferentes, sin relación de subordinación; es decir, situadas en sistemas normativos separados.

²³ Hemos utilizado la terminología propuesta por Santamaría Pastor de sistema normativo para referirse al conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico como un todo y subsistemas para designar a las agrupaciones que se producen dentro del mismo. Ver: Santamaría Pastor, J. A. (2019), *Principios de Derecho Administrativo General I* (5ta ed.), Madrid: Iustel, p. 110

²⁴ Benalcázar Guerrón, *op. cit.*, p. 37

²⁵ Elizalde Jalil, *op. cit.*, p. 56

Habiendo dejado claro entonces que, al menos desde la perspectiva del constituyente, las disposiciones normativas expedidas por los niveles territoriales de gobierno son de naturaleza legislativa, similares a la ley parlamentaria y no subordinadas a ella, no cabría sino reafirmar la idea de que el art. 425 CRE es un despropósito. No sólo porque con la desafortunada fórmula de que «la jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia» intenta hacer compatibles dos principios que, por su propia naturaleza, son mutuamente excluyentes, sino porque aún dentro del propio orden supuestamente jerárquico que establece relaciona una serie de formas normativas diversas que no pueden identificarse con un único ente emisor, sino que provienen de órganos y autoridades también diversas que no guardan necesariamente entre ellas ninguna relación jerárquica

Algunos de estos tipos de disposiciones mencionadas (p.ej., acuerdos y resoluciones) constituyen la forma general de ejercicio del poder normativo de diversas autoridades administrativas, situadas en distintos niveles de la jerarquía administrativa, con lo cual, no es posible ubicarlas en un lugar fijo dentro de la estructura jurídica. Además, los «reglamentos» no constituyen un tipo específico y nominal de ninguna disposición, es decir, no existe el «reglamento» en un sentido formal, como la ley, sino que constituye el *genus* de las disposiciones normativas de la Administración que, en ocasiones, se incluye en el título de las mismas, pero que son puestos en vigor por las disposiciones formales de la autoridad investida de la potestad reglamentaria (p.ej, un Decreto Ejecutivo, una Resolución o un Acuerdo)

4. LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS

La existencia de un sistema normativo tan extenso y complejo, que no se encuentra estructurado de forma vertical, al menos en teoría (por mucho que esa sea la idea que intenta transmitir el art. 425 CRE) impone la necesidad de definir los criterios de relación entre las normas que lo integran, estableciendo las reglas que permitan dilucidar la norma aplicable, con exclusión de las demás, en caso de colisión entre ellas. Cuatro son los criterios o principios que usualmente entran en juego en la aplicación de normas provenientes de diferentes centros de producción: a) competencia, b) jerarquía, c) prevalencia y d) subsidiariedad.

— *Principio de competencia*

El modelo de descentralización política inaugurado por el constituyente de Montecristi acentúa el declive de la ley parlamentaria como única fuente de producción del derecho y, con ella, de uno de los criterios claves sobre los que se articula el sistema de fuentes: el de la graduación jerárquica de estas en función de la fuerza normativa de la ley formal. De esta manera, las fuentes de creación del derecho se diversifican, las materias objeto de regulación se reparten y se gradúan en distintos

niveles territoriales, con independencia de la forma típica que adopten en cada uno. La ley formal, subordinada irrestrictamente a la Constitución, no puede disponer con libertad de todas las materias, sino que su contenido se encuentra condicionado, limitado por la Constitución.

Así, el criterio de la preferencia de la ley formal por el dato de su fuerza obligatoria y, por ende, de su privilegiada posición jerárquica, no resultaría suficiente para dirimir todos los posibles conflictos de normas en el sistema. El principio de competencia, elaborado inicialmente en referencia a los ordenamientos federales, vendría a ser utilizado en los sistemas descentralizados como la fórmula de articulación entre diversas fuentes normativas, asignando a cada una un ámbito material propio, excluyente de las demás, y como criterio de solución de los conflictos entre estas.

En este tipo de supuestos de reparto competencial entre diversas fuentes normativas, como indica Crisafulli²⁶, no es posible dudar que el criterio jerárquico se disuelve íntegramente en el de la competencia, al tratarse de actos reconocidos como fuentes exclusivamente en relación a una materia dada, con la correlativa imposición de un límite negativo a la normal competencia de la ley. Sólo en un sentido aproximado, el fenómeno sería describible diciendo que, sobre tal materia, una fuente prevalece sobre la otra, mientras que sería más propio decir que la excluye, poniéndose con ella en relación de separación constitucionalmente garantizada.

Por esta razón, como ya hemos avanzado, aunque el art. 425 CRE dispone la utilización preferente del principio de jerarquía, éste sólo puede ser predicable respecto de los conflictos que involucren las normas superiores del ordenamiento jurídico (Constitución, tratados internacionales, leyes); pero, en ningún caso, puede ser el criterio a emplear cuando se trata de normas situadas en un plano horizontal; esto es, que pertenecen a subsistemas jurídicos con ámbitos competenciales diferentes. Ello, por la sencilla razón de que no puede existir jerarquía donde existen competencias diferentes.

El principio de competencia es el principio cardinal que rige la distribución del poder público entre sus distintas autoridades y constituye, además, la base de la organización territorial del Estado de tipo descentralizado (con independencia del mayor o menor grado de descentralización); esto es, que se basa en un sistema de reparto de competencias exclusivas —sin perjuicio del ejercicio concurrente de la gestión—²⁷ entre el Estado Central y los entes territoriales (arts. 261 al 267 CRE); lo que genera,

²⁶ Crisafulli, V. (2004) «Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de fuentes», *Revista de derecho constitucional europeo* (1), p. 349

²⁷ Según el art. 260 CRE. «El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno. El COOTAD (art. 114) expresa que la gestión de las competencias exclusivas puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno. Nótese aquí el contrasentido y la ambigüedad de estas regulaciones que no hacen sino generar confusión sobre el concepto de competencias exclusivas, toda vez que si la gestión ha de ser concurrente entonces ya no habría exclusividad.

como hemos apuntado, una diversificación del ordenamiento en subsistemas normativos diferentes, situados en relaciones de horizontalidad y, por tanto, con autonomía respecto de los demás, dependientes directamente de la Constitución.

Siendo así, en aquellas materias que pertenecen al ámbito competencial de un ente público, con exclusión del resto, en caso de colisión de las normas el órgano dirimente deberá constatar la extralimitación de uno de ellos y declarar la nulidad de la norma emitida con infracción del reparto constitucional de las competencias. Así, p. ej; la colisión entre un Decreto Ejecutivo del Presidente de la República y una ordenanza municipal, debe resolverse apelando a la competencia para regular la materia en conflicto; pues aquí no se da la relación de jerarquía.

Cómo opera técnicamente el principio de competencia, Santamaría Pastor²⁸ lo expresa en las dos siguientes proposiciones:

- (i) positivamente, este principio entraña una protección singular de las normas frente a las de los restantes subsistemas, las cuales no pueden modificar ni derogar válidamente aquéllas; es decir, la norma de un subsistema sólo puede ser modificada o derogada por otra norma del mismo subsistema;
- (ii) negativamente, el principio determina la creación de un ámbito competencial inmune cuya vulneración por la norma de otro subsistema o por una norma dictada por un ente u órgano distinto al específicamente competente, determina la nulidad de éstas precisamente por falta de competencia para ello.

— Principio de jerarquía

El principio de jerarquía, por su parte, alude a la posición de superioridad de unas normas sobre otras que estén estructuradas en una misma escala vertical; esto es, pertenecientes a un mismo subsistema normativo. Para que entre en juego este principio son necesarias dos condiciones: (i) que las normas se refieran a un ámbito material coincidente y (ii) que se hallen situadas en una estructura escalonada, de forma tal que pueda establecerse primacía de unas sobre otras. Esta última característica se pone de manifiesto en la capacidad derogatoria de las normas. Es decir, una norma es superior a otra si puede válidamente derogarla (innovación activa) y al mismo tiempo, no puede ser derogada por esta (resistencia a la innovación).

La jerarquía de las normas puede identificarse en razón de la posición o nivel del órgano del cual emana la norma (así, p.ej. un Decreto del Presidente es jerárquicamente superior a cualquier acuerdo ministerial, o una resolución de un director departamental).

²⁸ Santamaría Pastor, *op. cit.*, p. 116-117

— *Principio de prevalencia*

En el ámbito de las competencias concurrentes entre todos los distintos niveles de gobierno determinadas por la Constitución y por la ley, no cabría aplicar el principio de jerarquía entre las normas reglamentarias en conflicto porque, si bien se cumple uno de los presupuestos de la jerarquía normativa (ámbito material coincidente), no existe la posibilidad de derogación de unas a otras por pertenecer a subsistemas distintos, por lo que en este caso, lo adecuado técnicamente sería hablar de «prevalencia», para escoger la norma de aplicación preferente.

Se trata de un principio que, como el de competencia, no ha sido acogido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia ecuatoriana, precisamente por el escaso desarrollo teórico y la poca profundización práctica del modelo de descentralización inaugurado por la Constitución de 2008 y las consecuencias que éste comporta sobre la concepción del sistema jurídico y las relaciones entre las normas que forman parte de él. Si, como hemos visto, en el contexto de las competencias exclusivas, la dinámica de las relaciones internormativas sigue explicándose en torno a la concepción unitaria y gradualista del ordenamiento y el principio de jerarquía, con mayor razón lo será en el campo de las competencias concurrentes.

No obstante, por su depurada elaboración técnica y por resultar mucho más coherente con el modelo constitucional de descentralización que el criterio de la jerarquía, conviene abordar los contornos teóricos de este principio con la esperanza de que, en el futuro pueda ser acogido, junto con el principio de competencia, como la regla idónea a la hora de resolver los conflictos que se produzcan como consecuencia de la existencia de disposiciones discordantes derivadas del ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales de gobierno.

El principio de prevalencia, como criterio de solución de colisiones normativas, no tiene como propósito invalidar normas por extralimitar el ámbito material de sus competencias, sino determinar la aplicación preferente de una norma (en este caso estatal) sobre otra (regional o local), que se le opone, sin afectar la validez de esta última. En otras palabras, el principio actúa sobre normas válidas, producidas por niveles territoriales diferentes en el marco de sus propias competencias.

Ello supone que el principio de prevalencia no sirve, como ocurre con el principio de competencia, para establecer cuál es el nivel territorial habilitado para adoptar una determinada regulación, sino que sirve para establecer cuál es la norma aplicable cuando los diversos niveles territoriales han ejercido válidamente sus propias competencias. Cuando se aplica la cláusula de prevalencia no se está, por tanto, aplicando cláusula alguna de delimitación competencial²⁹.

²⁹ De la Quadra Salcedo-Janini, T. (2009). «Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado autonómico», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, II (20), p. 221

La aplicación del principio de prevalencia no afecta la titularidad de las competencias de los entes territoriales en conflicto, consideradas en abstracto, tampoco a la validez formal de las regulaciones expedidas en su ejercicio, sino únicamente afecta la eficacia de las normas locales en tanto devienen inaplicables en aquellos aspectos competenciales concretos que colisionan con otras normas que, por su mayor alcance territorial, gozan de preferencia.

Como instrumento de resolución de los conflictos normativos los principios de primacía o prevalencia y de competencia se excluyen entre sí. En el caso concreto, a la prevalencia no le queda ningún margen de maniobra, porque el conflicto en cuestión queda ya resuelto en un estadio anterior, el de la competencia³⁰. Esto quiere decir que sólo se acudiría a él una vez que se ha utilizado el principio de competencia para determinar la validez de las normas encontradas; de lo contrario se dejaría en manos del poder central la posibilidad de vulnerar la delimitación de competencias realizada por la Constitución. Por tanto, aunque es cierto que el principio de prevalencia es una regla de colisión y no una regla de delimitación de competencias, este sólo opera cuando se produce una verdadera colisión de normas válidas, validez que se debe determinar previamente a través del principio de competencia³¹.

Similar criterio podría aplicarse en los supuestos de convergencia o cruce de competencias, esto es, en los casos que dos entes tengan atribuciones diferentes, pero que convergen en un mismo asunto u objeto de regulación (p.ej, el municipio es competente en la regulación del uso de las playas y el Estado central es en materia de protección de la biodiversidad, por lo que una regulación sobre la protección de la biodiversidad marina puede incidir en el uso de las playas). Ello no es infrecuente y sucede por el hecho de que no siempre las divisiones materiales de la función pública se realizan con criterios precisos y exactos ni constituyen bloques cerrados.

En tales casos, más allá de la operación de delimitación de lo que corresponde a cada ente y de la adopción de medidas de cooperación y coordinación entre las administraciones, si el conflicto normativo persiste, se resolvería conforme al criterio de prevalencia.

— *Principio de subsidiariedad*

La subsidiariedad —en la definición del COOTAD (art. 3 d.)— supone privilegiar la gestión de los servicios, competencias y políticas públicas por parte de los niveles de gobierno más cercanos a la población, con el fin de mejorar su calidad y eficacia y alcanzar una mayor democratización y control social de los mismos. En virtud de este principio, el gobierno central no deberá intervenir en los ámbitos materiales que pueden ser desarrollados eficientemente por los niveles de gobierno más cercanos a la población y solo se ocupará de aquellos que le corresponda, o que

³⁰ Arroyo Gil, A. *op. cit.*, p. 416

³¹ De la Quadra Salcedo-Janini, T. *op. cit.*, p. 221.

por su naturaleza sean de interés o implicación nacional o del conjunto de un territorio. También se admitirá el ejercicio supletorio y temporal de competencias por otro nivel de gobierno en caso de deficiencias, de omisión, de desastres naturales o de paralizaciones comprobadas en la gestión.

El principio de subsidiariedad tiene una doble funcionalidad. Como principio organizativo opera como guía para la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno; como principio de aplicación a solución de colisiones normativas sirve para determinar a qué órgano corresponde el ejercicio de una competencia en los casos en que ésta se haya atribuido de manera compartida entre diferentes niveles territoriales, o aún en el (raro) supuesto de que la materia sobre la que recae dicha competencia no haya sido expresamente atribuida a ningún órgano o instancia de gobierno en específico.

En estos casos, como consecuencia de su vigencia, las normas emitidas por instancias de gobierno de menor ámbito prevalecerán sobre las de otras instancias más extensas (territorial o central), en materia de gestión de servicios u otras que, por su naturaleza, incumban fundamentalmente a estos y tengan la capacidad para encargarse de ellas.

CONCLUSIONES: LA DIVERGENCIA ENTRE EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Todo lo dicho en este trabajo constituye, en todo caso, una explicación de la arquitectura constitucional del ordenamiento jurídico y la relación entre sus normas desde la perspectiva puramente teórica. La práctica, sin embargo, como ya hemos visto, es muy diferente. En ella se profundizan las contradicciones del texto constitucional, generadas, quizás, porque el constituyente se precipitó al momento de diseñar un modelo de organización territorial del Estado «postizo»³² a semejanza de otros de los que no comprendía con exactitud la dinámica de su funcionamiento.

La descentralización territorial ha tenido en la práctica un escaso desarrollo y sigue generando reticencias desde el poder central³³. La aspiración constituyente de transformar el modelo de descentralización mediante la profundización de la autonomía a las entidades territoriales se ha visto frustrada, por un parte, por un contexto político de concentración de poderes en que la descentralización impulsada es básicamente la administrativa, sin contribuciones importantes en el ámbito de la descentralización política, es decir, en el fortalecimiento de las capacidades políticas de las

³² Benalcázar Guerrón, *op. cit.*, p. 28

³³ Vivanco, L. & Cordero, F. (2019) «Descentralización de la planificación del ordenamiento territorial en Ecuador, 2008-2018», *Ecuador Debate* (108), p. 98

autoridades locales³⁴; por otra —y como consecuencia de lo anterior— la existencia de un marco jurídico que privilegia la administración centralizada de los recursos frente a la autogestión local y una jurisprudencia que apenas desarrolla el principio de autonomía política.

En definitiva, el régimen de las competencias exclusivas de los GADs y su consecuencia lógica, la existencia de subsistemas normativos independientes en cada uno de los niveles de gobierno ha tenido un reflejo práctico y normativo deficiente y contradictorio. En lo práctico, más de una década después de promulgada la Constitución no se concluye el proceso de transferencia de las competencias exclusivas hacia los niveles territoriales; el Estado central no se ha deslindado de competencias, sino que existe una tendencia a la recentralización buscando fortalecerse en los últimos años debido a una concepción ideológica de desarrollo basado en una inversión desde lo público y a una demanda estructurada desde el Estado³⁵. En lo normativo las contradicciones y las falencias comienzan por la propia Constitución, que ofrece un concepto oscuro y confuso de competencias exclusivas y que no cuenta con garantías concretas que aseguren la eficacia de la descentralización territorial, seguida por una legislación secundaria que se dice y se desdice y un desarrollo jurisprudencial escaso que mantiene de forma invariable la doctrina preconstitucional de la unidad del ordenamiento y el principio de jerarquía como base fundamental de relación entre las normas.

En efecto, el modelo de «descentralización» política y administrativa no cuenta con las suficientes garantías, desde la propia Constitución, que aseguren las reservas normativas territoriales de sus competencias exclusivas e impidan la intervención del legislador o el Ejecutivo central en dichas competencias y con ello la subordinación de la actuación territorial a la normativa estatal (incluyendo la ley formal). La realización y garantías de la descentralización ha quedado en manos del propio legislador estatal que se rehúsa a ceder el monopolio de la producción del derecho y, consecuentemente, a la primacía de la ley sobre todo el resto del ordenamiento jurídico.

Pero también ha quedado grande a los propios jueces, quienes no han sabido —o no han querido— extraer del concepto mismo de descentralización política, financiera y administrativa, todas las consecuencias teóricas y prácticas posibles, alumbradas desde la doctrina y el derecho comparado, que permita superar el paradigma de la unidad de la ley y la jerarquía como principios estructuradores del ordenamiento jurídico.

³⁴ Larenas, et al., *op. cit.*, p. 28. El propio Larenas, en otra obra, señala que parecería que en la intención de los constitucionalistas estuvo acercar nuestro Estado unitario a un «Estado de autonomías», donde las regiones tendrían un «nivel especial de autonomía, pues estarían regidos por un estatuto propio». En la práctica, se dio un Estado concentrador de poder, incluyendo las ideas de que no debe promoverse un balance de poderes, sino una coordinación de funciones. Ver: Larenas, R. (2019) «Construcción de políticas territoriales, la arena de lucha de la autonomía», en F. E. Bermeo (ed.), *Territorialización de la política pública y gobernanza*, Quito: Ediciones Abya-Yala., p. 91.

³⁵ Tello Coral, K. & Lucio Vázquez, Á. (2019) «Descentralización en Ecuador. ¿Un proceso Inconcluso?». *CAP Jurídica Central* (4), p. 336.

El Estado ecuatoriano no estaba preparado (o quizá no necesitaba) un cambio estructural tan brusco, con el alcance pretendido por el constituyente, o quizás no midió las consecuencias. La realización práctica del paradigma constitucional del Estado (unitario) descentralizado, deberá pasar por una profunda reflexión sobre los fundamentos teóricos de la descentralización administrativa fundada en el régimen de competencias exclusivas, que permita comprender la dinámica de las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno y las consecuencias, en el plano normativo, del ejercicio de dichas competencias; esto es, la diversificación del ordenamiento jurídico y la articulación de sus relaciones sobre el principio de competencia. Ello coadyuvaría a superar la actual situación de contradicciones e incoherencias constitucionales, legales y jurisprudenciales (sobre todo en el régimen de control de las normas territoriales) que impactan negativamente en la seguridad jurídica.

Title:

The decentralization and the legal system in Ecuador. From theoretical design to practical reality.

Summary:

INTRODUCTION. 1. THE DISPUTE ABOUT THE LEGAL NATURE OF TERRITORIAL REGULATIONS. 2. THE THESIS DEFENDED: THE LEGISLATIVE NATURE OF TERRITORIAL REGULATIONS IN THE (THEORETICAL) CONSTITUTIONAL DESIGN AND THE DIVERSIFICATION OF THE LEGAL SYSTEM. 3. DECENTRALIZATION AND NORMATIVE RELATIONS IN THE LEGAL SYSTEM. 4. THE APPLICATION CRITERIA OF THE RULES IN THE LEGAL SYSTEM. CONCLUSIONS: THE DIVERGENCE BETWEEN THE CONSTITUTIONAL DESIGN OF THE LEGAL SYSTEM AND ITS PRACTICAL APPLICATION.

Resumen:

La Constitución de 2008, que define al Ecuador como un Estado unitario, establece una nueva organización territorial descentralizada bajo el régimen de reparto de competencias exclusivas entre el Estado central y los entes territoriales, a los que reconoce autonomía política, administrativa y financiera y potestad legislativa para el ejercicio de sus competencias, al tiempo que mantiene una estructuración vertical del ordenamiento jurídico sostenida en la jerarquía como principio vertebrador de las relaciones entre las normas que lo integran. Esto ha generado contradicciones teóri-

cas y prácticas en la determinación de la naturaleza jurídica de las disposiciones emanadas de los entes territoriales de gobierno y sus relaciones con las demás normas del sistema (fundamentalmente con las leyes estatales). El presente trabajo pretende insertarse en la discusión sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones de los gobiernos territoriales en el ejercicio de sus competencias exclusivas y sus relaciones con el ordenamiento estatal; señalando, en todo caso, la divergencia del modelo teórico diseñado en la Constitución con su realización práctica, que sigue explicándose invariablemente en función la unidad de la ley y las relaciones de jerarquía normativa.

Abstract:

The 2008 Constitution, which defines Ecuador as a unitary State, establishes a new decentralized territorial organization under the regime of distribution of exclusive powers between the central State and the territorial governments, which it recognizes political, administrative and financial autonomy and legislative powers; while maintaining a vertical structure of the legal system, sustained in the the principle of hierarchy as the backbone of the relationships between the rules that comprise it. This has caused theoretical and practical contradictions in determining the legal nature of the rules emanating from the territorial governments and their relations with the other of the legal system (fundamentally with state laws). This paper intends to insert itself in the discussion about the legal nature of the territorial governments regulations giving in the exercise of their exclusive competences and their relations with the state legal system; pointing out, in any case, the divergence of the theoretical model designed in the Constitution with its practical realization, which continues to be explained invariably based on the unity of the law and the relations of normative hierarchy.

Palabras clave:

Descentralización; ordenamiento jurídico; potestad legislativa; jerarquía; competencia.

Keywords:

Decentralization; legal system; legislative power; hierarchy; competence.

