

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Juan Carlos BENALCÁZAR GUERRÓN

A Armando Serrano Puig

SUMARIO: I. Introducción. II. La administración pública en el Estado de derecho. III. Legitimidad y legalidad. IV. Valores que definen la legitimidad de las actuaciones de la administración pública. V. Legitimidad y los principios de eficacia y eficiencia. VI. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

En la Constitución ecuatoriana de 1998 se encontraba una referencia a la legitimidad e ilegitimidad de las actuaciones de la autoridad administrativa en torno a la garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales. El artículo 95 establecía que se podía interponer una demanda para defenderlos –acción de amparo– cuando existía una acción u omisión ilegítimos de cualquier autoridad pública que viole o pueda violar un derecho reconocido en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que produzca un daño grave e inminente.¹ Esta noción de acto ilegítimo se eliminó de la actual Constitución, a pesar de que encierra un concepto de

¹ Constitución Política de la República del Ecuador 1998: “Art. 95.- Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un *acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública*, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave” (La cursiva es del autor).

Es importante aclarar que la acción de amparo ecuatoriana se limitaba exclusivamente a la tutela directa e inmediata de derechos constitucionales y no procedía contra leyes ni contra actos jurisdiccionales.

profundo contenido ético y un criterio valioso para evaluar la conducta de la autoridad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, legitimidad denota la cualidad de legítimo, que en las acepciones pertinentes significa “conforme a las leyes”, pero también “lícito”, significación que en el Diccionario está también remitida al término “justo”.² Por tanto, una interpretación etimológica del artículo 95 constitucional podría apreciar que el adjetivo “legítimo” (y su antónimo “ilegítimo”) califica la conducta a partir de una referencia a las leyes, pero que además, pone énfasis en una evaluación sobre la calidad jurídica de un acto o comportamiento de la autoridad, para así poder determinar su licitud y justicia.

El entonces Tribunal Constitucional, en atención a que la ilegitimidad de un acto u omisión de autoridad pública constituía un requisito de fondo para la procedencia del amparo constitucional, pretendió esclarecer el alcance de la noción de “acto ilegítimo” mediante una caracterización dada por la incompetencia, la trasgresión de las normas de procedimiento, la violación del ordenamiento jurídico, o la falta de fundamento o motivación.³ Un examen atento de los criterios que empleaba el Tribunal puede apreciar que el concepto de legitimidad –y su opuesto, el de ilegitimidad– se lo relacionaba con las condiciones de validez de la actuación administrativa. Esto invita a reflexionar, en primer término, que aquella referencia a la validez no se circunscribe a los predios específicos del amparo y a su configuración procesal, sino que trasciende hacia un esquema jurídico general que permite juzgar la rectitud del obrar de una autoridad pública. Es evidente que esta debe asegurar su competencia, el cumplimiento de los cauces de procedimiento y, ante todo, la regularidad de su actuación, no solamente para los efectos precisos y coyunturales de evitar una sentencia desfavorable en el proceso de amparo constitucional, sino para asegurar siempre, en todo momento y circunstancia, una conducta apegada al

² Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2001.

³ Del requisito de que exista un “acto u omisión ilegítimos” se deduce la previsión del constituyente de que existen restricciones lícitas de los derechos fundamentales, casos en los cuales no sería procedente el amparo constitucional. Como destaca la doctrina, no existen derechos ilimitados, ya que deben ser compatibilizados con los demás derechos y con las exigencias del bien común. Por tanto, los derechos fundamentales (y todos los demás derechos) pueden y deben ser regulados, siempre que no se atente contra su contenido esencial y se los desnaturalice hasta hacerlos desaparecer. Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, II, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 877-879. Véase también, Dabin, Jean, *Doctrina General del Estado*, elementos de filosofía política, traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 373-378.

derecho. En lo que se refiere a las omisiones ilegítimas, estas se configuran cuando por la mora o inactividad ilícitas de la autoridad pública se produce un perjuicio al administrado, pues el ejercicio de las competencias constituye un servicio a la colectividad y es obligatorio y de ningún modo facultativo.⁴

La legitimidad, como ya hemos advertido, no sólo supone la conformidad con las leyes, sino también la realización de los valores de licitud y justicia. Esto implica un contexto más amplio y acabado de evaluación de la conducta de la autoridad, dentro del cual, si bien es fundamental tener presente a la legalidad positiva, es preciso apreciar, aun más, la conformidad con fundamentos axiológicos y constitucionales. En nuestra opinión, la caracterización del comportamiento ilegítimo que propone la reiterada jurisprudencia del antiguo Tribunal Constitucional no logró reflejarse en una exacta apreciación de la legitimidad, a la cual en muchas ocasiones simplemente se la confunde con la legalidad positiva.

En la actual Constitución de la República, como ya se indicó, ya no existe esa referencia a la legitimidad de las actuaciones de la Administración pública, que abriría un ámbito amplio de apreciación y valoración de su conducta, no sólo a la luz de la norma positiva, sino también según principios éticos y constitucionales. Esta supresión, a nuestro juicio equivocada, merece que se tenga presente el sentido y alcance de la legitimidad para que sea considerada como un valor que asegura la rectitud del obrar de quienes ejercen el poder público.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO DE DERECHO

La noción de Estado de derecho implica una profunda significación que sistemáticamente conjuga, por una parte, un particular modo de organización del Estado y, por otra parte, principios de orden, convivencia y armonía social que giran en torno a la dignidad humana. Como señala Josef Thesing, "Toda reflexión sobre el Estado de derecho incluye siempre una pregunta acerca de la visión de hombre. El Estado de derecho es básicamente referido al ser humano. Por lo tanto son elementos esenciales del Estado de derecho la imagen y la visión subyacente del hombre, de su particularidad, de sus necesidades y posibilidades, de sus límites físicos y psíquicos".⁵

El Estado de derecho se entiende en un sentido formal y en uno sustancial o material que son complementarios. En su significación formal, propugna postulados sobre la universalidad de la ley, la seguridad jurídica, la sumisión de la administración pública y de los tribunales a la legalidad, la división de funciones y la garantía de acceso a la

⁴ Oyarte Martínez, Rafael *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, 2a. ed., Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006, pp. 103-104.

⁵ Thesing, Josef "Estado de derecho y democracia: una introducción", en *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999, p. 20.

tutela jurisdiccional o, en general, a mecanismos de protección jurídica.⁶ Estos principios contrastan nítidamente con esquemas totalitarios y con las características del denominado “antiguo régimen” o Estado absoluto.⁷

En su significación material, el Estado de derecho tiene por contenido esencial, en primer lugar, la garantía de la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, pues la realización plena del bien humano en sociedad, que debe lograrse de un modo integral y omnicomprendivo de todas las facetas y requerimientos de la persona, es lo que justifica la actuación de la autoridad pública en el Estado de derecho. A este primer contenido fundamental, dice Gerhard Robbers, se agregan los principios de proporcionalidad y de primacía del Derecho sobre la política. El autor citado explica que según el principio de proporcionalidad, toda medida del Estado debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado. De este modo, se reconoce a todo individuo su dignidad individual y no se exige de él someterse, sin más, a un agente colectivo.

Frente a los legítimos intereses del conjunto de la sociedad, también se asume como legítimo su interés individual. El principio de proporcionalidad es un principio de respeto por todos los intereses, que en caso de conflicto deberán ser ponderados y en lo posible preservados.⁸

El postulado de primacía del derecho sobre la política significa, dice Gerhard Robbers, que la “[...] concreción de lo políticamente deseable debe mantenerse siempre dentro de los carriles del derecho, aun cuando en ciertas ocasiones pueda parecer arduo. Esto no significa que el derecho debe tomar el lugar de la política”, sino que se reclama que la lucha política se desarrolle en un marco de respeto por el Estado de derecho.

⁶ Robbers, Gerhard “El Estado de derecho y sus bases éticas”, en *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999, pp. 29-30.

⁷ Según Sarmiento García, el denominado “antiguo régimen” se caracterizó por los siguientes rasgos: a) inexistencia de limitaciones jurídicas al poder regio, por lo cual muy impropiamente podría hablarse de un “derecho administrativo”; b) dependencia de los tribunales del poder del monarca, con la posibilidad de excepcionar las sentencias, reservar su aplicación o incluso someterla lisa y llanamente a la voluntad del gobernante; y, c) la política como iniciativa exclusivamente regia, con un monarca que ostentaba el monopolio de la definición de lo “conveniente para la felicidad de los súbditos”, de modo que se aislaba a estos de cualquier acción política. Véase, Soriano García, José Eugenio *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 13-19.

⁸ Robbers, Gerhard, *op. cit.*, en nota 6, p. 31.

La política solamente puede introducir modificaciones al derecho por la vía del procedimiento democrático.⁹

En el Estado de derecho, la base de la actuación de la Administración pública es el ordenamiento jurídico, al cual está sometida. El principio de subordinación al derecho suele entenderse en el sentido de que toda actuación del poder esté justificada y autorizada por una ley previa y según las competencias que de la norma jurídica dimanen. Esto a diferencia de lo que sucedía en el Estado absoluto, en el cual la voluntad ilimitada del monarca justificaba cualquier actuación en función de una particular idea de soberanía que reposaba en la persona del gobernante. En el Estado de derecho –en terminología muy difundida, aunque nebulosa e imprecisa– a la ley se la entiende como una manifestación de la “voluntad popular”, lo cual en correcto sentido debería entenderse como el acto del legislador, integrado por representantes de la ciudadanía, en cuanto tiene respaldo en una legitimación popular que se obtiene mediante mecanismos democráticos, verbigracia, la elección a través del sufragio libre. En efecto, en el Estado de derecho:

[...] ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la Ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la Ley. Sólo en “nombre de la Ley” puede imponerse obediencia.¹⁰

Sin embargo, si se tiene presente que el Estado constituye una *sociedad política* y que el Estado de derecho está básicamente referido al ser humano, consideramos que el principio de subordinación al Derecho encuentra fundamentos más profundos que aquel que acude a la idea de la “voluntad popular”. La ley puede ser cuestionable, no sólo desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, sino incluso, respecto de su coherencia con principios que se derivan de la naturaleza del Estado, de su composición y de su fin. Como indica Julio Tobar Donoso, de los mencionados elementos del Estado pueden deducirse límites objetivos del actuar de la autoridad pública, pues si el Estado se conforma de seres humanos –que son la materia de la cual se hace al tiempo que el principio que lo origina, ya que la sociabilidad brota de la propia naturaleza del hombre– no puede atentar contra el mismo principio de su existencia. Así, el respeto de los derechos y la observancia de la moral, cuyos principios y reglas se deducen de la misma naturaleza humana y de su bien, son las primeras normas del obrar estatal. Los derechos subjetivos limitan el poder del

⁹ Ídem.

¹⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón *Curso de derecho administrativo*, 12a. ed., Madrid, Civitas, 2004, t. I, p. 441.

Estado, pues significan aquellos medios indispensables para que la persona pueda lograr, por su propia labor, su perfección integral; al tiempo que traducen la libertad y autonomía propias del ser humano. Pero, dichos derechos no son absolutos, como tampoco lo es la libertad humana; deben acoplarse a la razón y al bien común, por lo que el mismo poder del Estado, *prudente y racionalmente ejercido*, tiene la prerrogativa de regularlos y limitarlos. Por otra parte, el fin que busca la sociedad política, como ser temporal, es el bien común de la misma dimensión; de tal modo que no le competen asuntos relacionados con el bien común trascendente, de índole espiritual y eterna. Así mismo, siendo su fin de carácter público, el Estado no tiene competencia para inmiscuirse directamente en asuntos privados de los ciudadanos, tales como elección de vocación, relaciones familiares, vida religiosa, etcétera. La misión subsidiaria del Estado, por último, determina los márgenes de su acción, pues no se trata de ahogar la iniciativa particular en un totalitarismo violador de la libertad, sino de complementar dicha iniciativa cuando es insuficiente e impotente para satisfacer las necesidades apremiantes de la vida social.¹¹

El conjunto de todos estos límites objetivos del poder y de la soberanía del Estado provienen de su naturaleza y configuran el derecho al que el Estado está sujeto y del que no puede apartarse sin renunciar a su ley constitutiva y esencial. Derecho que, tanto en su fondo como en su forma, no es el que rige las relaciones interindividuales, sino el derecho propio del cuerpo y de la institución estatal, es decir, el Derecho público o político.

No se trata, en efecto, de someter al Estado a una norma exterior “apolítica”, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio. De este modo, no sólo se concilia muy bien la soberanía estatal con la sumisión del Estado a un derecho objetivo, de naturaleza propiamente política, sino que no se comprende ni concibe sino mediante esta sumisión: el concepto de una soberanía absoluta del Estado o de sus órganos, haciendo abstracción del fin propio del Estado, destruye la idea misma de la agrupación estatal. Por alto que sea un poder, aunque sea soberano, permanece, por su naturaleza de poder, encadenado a su función, dominado por su fin. O, si no, deja de ser un poder de derecho para degenerar en un puro fenómeno de fuerza.¹²

III. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

¹¹ Cfr. Tobar Donoso, Julio, *Elementos de ciencia política*, 4a. ed., Quito, EDUC, 1981, pp. 300-301.

¹² Dabin, Jean, *op. cit.*, en nota 3, pp. 135-136.

En la parte introductoria del presente trabajo, indicamos que el término legítimo significa “conforme a las leyes”, “lícito” y “justo”.¹³ Álvaro D’Ors distingue entre legitimidad, legalidad y lealtad según distinto tipo de leyes y la conformidad que los actos guardan con cada una de ellas. La lealtad se relaciona con una norma establecida convencionalmente –como sucede con el contrato, “ley para las partes”– y supone la aquiescencia con lo pactado y la confianza en su cumplimiento (fiducia). La legalidad, por su parte, se refiere al ordenamiento establecido por una sociedad, es decir, a la ley positiva, y denota la congruencia con este ordenamiento. Por último, según el citado autor, la legitimidad implica el reconocimiento de una ley más permanente y trascendental que la legalidad positiva, como es el caso de la Ley de Dios y las normas que se deducen de la naturaleza humana. El autor citado indica que entre aquellos distintos tipos de ley y sus relativas conformidades puede haber contradicción. En efecto, la lealtad a un convenio puede ser ilegal, como sucedería en los pactos realizados entre delincuentes; y, por su parte, la legalidad puede contravenir a la legitimidad, como sería el caso de una ley positiva que favorezca la violación de los derechos humanos o a la dignidad de la persona. La legitimidad, pues, constituye el fundamento de la legalidad y, por su carácter trascendental y permanente, incluso es capaz de cuestionarla.¹⁴

Estas reflexiones chocarían frontalmente con las corrientes positivistas, muy especialmente, con la kelseniana, para las cuales legalidad y legitimidad serían coincidentes. Sin embargo, es posible observar que la doctrina sobre los derechos humanos se acerca mucho a conclusiones acordes con una reflexión sobre la naturaleza de la persona y denotan el esfuerzo por resaltar y respetar la dignidad del ser humano, que opera como una fuente material de la legislación sobre dichos derechos. Precisamente, varios de los principios generales que constan en la Constitución ecuatoriana vigente y rigen el ejercicio de los derechos de la persona no podrían explicarse sin una referencia inmediata a los medios y bienes que la persona ostenta por ser tal y no por concesión del legislador. Estos medios y bienes que

¹³ Esta significación nos ubica en el campo de lo jurídico. No obstante, la noción de legitimidad se emplea también en una significación política, para denotar una *calidad* que permite aceptar como auténticos a la autoridad y a sus mandatos. En este sentido, una actuación de la Administración Pública resultará ilegítima si se separa de las disposiciones que versan sobre la estructura constitucional orgánica o se aleja de los fundamentos del orden democrático. De igual modo, en un sentido político, también puede hablarse de legitimidad para respaldar “proyecto ideológico” que censura un régimen político anterior y propugna uno nuevo que se reputa más aceptable y, por tanto, “legítimo” según las aspiraciones populares del momento o de la coyuntura. D’Ors, Álvaro, *La violencia y el orden*, Madrid, 1987, pp. 48-49, cita de Ayuso, Miguel *De la ley a la ley, cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 19-24.

¹⁴ Ayuso, Miguel, *op. cit.*, en nota 13, pp. 16-17.

jurídicamente se expresan en los derechos fundamentales no dejan de tener presente un profundo contenido ético.¹⁵

La solemne declaración del número 9 del artículo 7 constitucional, de igual significado que el número 1 del artículo 3 –“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución–¹⁶

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

[...]

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador: “Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

implícitamente se traduce, por una parte, en la afirmación de que el Estado es un *medio* que está al servicio de la persona y de sus necesidades; y, por otra parte, que la persona es el fundamento primero de la existencia y de la acción del Estado. Esta disposición constitucional presenta una clara definición del fin del Estado, del bien común y del interés general, que ya no es una idea nebulosa –que no se sabía en qué consiste o en dónde está y que se usaba como excusa para cualquier arbitrariedad– sino que tiene una precisa referencia en el bienestar humano, pues el hombre constituye la causa material y eficiente de la sociedad política. Como conclusión coherente y obligada del “más alto deber del Estado”, se prohíbe restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Por último, se incorpora un criterio preciso para determinar cuáles son los derechos fundamentales: la dignidad de las personas y lo que es necesario para su pleno desenvolvimiento. No se trata solamente de establecer un *numerus apertus*, sino que aun más, se propone que en la dignidad de la persona y en su bien está el *origen* de los derechos. Por otra parte, es posible afirmar que la Constitución considera que los derechos humanos no son una creación del legislador, sino que son *reconocidos* por este, como preexistentes a las normas positivas. En nuestra opinión, un bosquejo o interpretación positivista de estas normas constitucionales no llegaría a contemplar su verdadera dimensión.¹⁷

Las normas constitucionales citadas implican el reconocimiento de títulos naturales de derechos y nos acercan también a la noción de lo justo natural, pero también involucran una determinada concepción del hombre: el de *persona*. Como explica Hervada, el hombre no es simplemente un individuo de la especie, “[...] al que la especie –la colectividad– atribuye unos derechos, sino otra base que el consenso social, expresado a través de las disposiciones de una ley”. Por el contrario, el hombre en cuanto persona es un ser:

[...] que de tal modo *es* –inteligente y libre–, que es dueño de su propio ser. El dominio sobre el propio ser es la nota fundamental de la persona. Por eso ser persona denota dos cosas que son como las dos caras del dominio sobre el propio ser. La persona es dueña de sus actos ontológicamente, esto es, por la razón es capaz de dominar el curso de sus actos. Pero a la vez es dueña de su propio ser, en el sentido de que se autopertenece a sí misma y es radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser. Un dominio ontológico y, al mismo tiempo, un

¹⁷ La vigente Constitución ecuatoriana puede interpretarse en el sentido indicado, pero consideramos muchísimo más precisa y humanista – con todo y el lirismo de la actual– a la de 1998, que utilizaba una terminología filosófica más profunda, como es que la enumeración de los derechos no excluye a aquellos necesarios para el “pleno desenvolvimiento material y moral que se deriva de la naturaleza de la persona”. Tal vez algún escrúpulo ideológico, un malentendido, la novelaría o el prurito de cambiar por cambiar explican estas modificaciones.

dominio moral, el cual necesariamente es dominio jurídico, porque el ser y los actos de la persona, por pertenecerle, son derecho suyo frente a los demás.¹⁸

Ahora bien, la calidad de persona –ser dueño de sí- conlleva en el hombre la existencia de derechos por *título natural*, esto es, en virtud de un origen y atribución que está en la misma naturaleza de la persona. La existencia de estos derechos impone frente a los demás y frente al Estado una obligación correlativa de amoldar la propia conducta a las exigencias de dichos derechos (justo natural), obligación que no nace de *un precepto o juicio de razón ni de las disposiciones de las normas jurídicas*, sino de las exigencias de la naturaleza y de la dignidad humana. Como dice Hervada, de la norma “no matarás a otro” no se origina del derecho a la vida, ni el precepto “no hurtarás” es consecuencial al derecho de propiedad, pues no se tiene el derecho a la vida o el derecho de propiedad o los demás derechos naturales porque existan los preceptos, *sino que los preceptos existen porque existen los derechos*. Estas afirmaciones permiten aclarar que el derecho natural constituye una *medida* de los derechos naturales (y también de los positivos), pero no su causa. El derecho natural es aquella parte de la ley natural que se refiere a las relaciones de justicia; “[...] esto es, la ley natural se llama derecho natural en cuanto es regla de derecho y sólo bajo este aspecto”. El derecho natural es regla natural de derecho que disciplina relaciones humanas según un criterio de justicia que brota de la ley natural, juicio de razón al que se atiende para establecer el contenido del derecho y la conducta correlativa que deben asumir los demás frente al derechohabiente, frente a sus títulos y a su dignidad.¹⁹

El Derecho natural señala solamente un orden fundamental, por lo que son indispensables las normas de Derecho positivo. Estas últimas tienen competencia para regular los derechos naturales y limitarlos por justificada causa. Con ello, la

¹⁸ Hervada, Javier *Introducción crítica al derecho natural*, 4a. ed., Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 85 y 116. Sobre el carácter de auto-pertenencia que caracteriza a la persona y su incapacidad para pertenecer a otro, vale tener presente, como señala el autor, que esto no constituye un defecto, sino una perfección: se trata de “[...] aquella tan elevada forma de ser, por la cual el ser se posee a sí mismo y es plenamente él, con un ser y una existencia irrepetibles e incommunicables”. Estos caracteres del ser personal permiten afirmar que, en un sentido literal y estricto, no es parte o miembro del Estado (sociedad política), pues si bien la persona tiene capacidad de tener cosas en común y de participar en ellas, sigue siendo otro, con una esfera de dominio sobre sí que de ningún modo se hace colectivo. Por otra parte, esto significa que el Estado no es un todo sustancial que absorba a sus componentes hasta hacerlos desaparecer, sino que se trata de un *ser de relación*, de tal forma que la persona será miembro únicamente en el sentido de que se involucra en la *unidad de orden* que implica el Estado, que participa en los bienes que de la colectividad recibe, y que se interesa en el fin del Estado. *Cfr. Ibídem*, p. 56.

¹⁹ *Ibídem*, p. 171.

autoridad pública asegura los elementos de orden, seguridad y justicia que exige el bien común y atiende a las diversas circunstancias y vicisitudes que pueden ocurrir en la sociedad. Reconocer la existencia de títulos naturales y del Derecho natural, no implica el absurdo de desconocer la validez del Derecho positivo, sino que significa reconocer normas jurídicas superiores que imponen principios derivados de la observación de los títulos naturales y de la conciencia de la dignidad humana. Por ello, el Derecho natural es fundamento de legitimidad del Derecho positivo, el cual no puede abrogar ni derogar los preceptos del primero. Una aplicación concreta de estos postulados la encontramos, a nivel constitucional, en la norma que dispone que «Las leyes no pueden restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales», lo cual implica una limitación firme de la actividad del legislador en virtud de los títulos naturales.

En lo que se refiere a la Administración pública, la legitimidad le impone amoldar su conducta a los títulos naturales de la persona. Un acto ilegítimo, por definición, brota de la violación de los derechos que tienen origen en dichos títulos y, aun cuando el acto esté aparentemente respaldado en una ley positiva, ocasionan un daño grave que se manifiesta en la trasgresión a lo que impone lo justo natural. La legitimidad sustentada en el criterio de lo justo natural, esto es, en el respeto a los derechos naturales, constituye así un nuevo postulado superior a la ley positiva, al cual debe ceñirse la Administración pública. Estas reflexiones se reflejan, a nivel constitucional, en las disposiciones del artículo 424. En caso de que la Administración pública vulnere un derecho natural reconocido por la Constitución o los tratados internacionales, sus actos serán nulos absolutamente.²⁰

Sin dejar de considerar lo expuesto sobre los principios superiores que son fundamento del orden jurídico, la ilegitimidad también brota de la disconformidad con las disposiciones de la Constitución. Dicha disconformidad no puede apreciarse simplemente con un análisis del tenor literal o gramatical de una disposición constitucional, sino atendiendo a los postulados que se derivan de la *estructura jurídico-política* y a la falta de coherencia con el *efecto social de bien común* que el Constituyente quiso implementar en la sociedad. En otros términos, la Constitución tiene la virtualidad de dotar de legitimidad a un acto de autoridad, ante todo, por su

²⁰ Constitución de la República del Ecuador: “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

función de ordenar la sociedad en torno al fin que esta persigue: el bien común.²¹ Por ello, no basta que la Administración pública se someta al texto de una ley positiva cualquiera, sino que debe observar su constitucionalidad, precisada, tanto en el mencionado efecto social de bien común que se busca lograr, como en la estructura constitucional del Estado.

La legitimidad también se origina en los principios generales del derecho, que conectan a la actuación de la autoridad con criterios superiores de justicia, equidad, rectitud ética, racionalidad y honestidad. Como señala Juan Carlos Cassagne,

Los principios generales del Derecho son el origen o el fundamento de las normas, y participan de la idea básica de principalidad (en sentido ontológico) que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del Derecho. Se fundan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, y por ello encierran –como apunta Rivero- la concepción del derecho natural.²²

El autor citado destaca que estos principios son causa y base del ordenamiento jurídico porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan sentido. “Por ese motivo, no puede concebirse que una norma legal los contravenga pues ellos existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial, no obstante ser la jurisprudencia una de las fuentes más importantes de su manifestación externa”.²³

Los principios generales del derecho, según clasifica Cassagne, pueden tener un origen natural o institucional. Los primeros derivarían de la consideración de los títulos y de lo justo natural. Los segundos, derivarían de la Constitución o de la naturaleza de las instituciones. Los principios que se establecen como clave de una institución, a partir de su idea organizativa, son verdaderos principios generales de cada disciplina, pues en aquellos fundamentos se encuentran presentes valores que

²¹ Cfr. Ayuso, Miguel, *op. cit.*, en nota 13, p. 24. El autor, citando a Álvaro D’Ors, destaca que la legitimidad está fundada sobre la adecuación o el ajuste del poder sobre la ley natural, pero también en “[...] el imperativo de la tradición constitucional de cada pueblo, en la medida en que no contradice el primer criterio. Tradición constitucional que no se confunde con la legalidad de la constitución escrita, sino la auténtica manera de ser de cada pueblo, esto es, la ley y costumbre de los antepasados conservadas por las sucesivas generaciones [...]”; ley y costumbre que no dependen de la voluntad actual del legislador, que se imponen a la legalidad y pueden eventualmente hallarse en contradicción con la ley positiva.

²² Cassagne, Juan Carlos *Derecho administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002, t. 1, p. 196.

²³ Cassagne, Juan Carlos *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, p. 44.

guían el funcionamiento justo de cada institución y que constituyen exigencias aplicables a su recto desempeño.²⁴

Esta clase de principios institucionales constituyen una importantísima fuente en el campo del derecho administrativo, donde las relaciones jurídicas no se hallan tan tipificadas como en el derecho privado, abriendo nuevas perspectivas a la creación jurídica para responder a las situaciones concretas siempre cambiantes mediante formulaciones dotadas de estabilidad sobre la articulación de la conjunción de los valores superiores con la experiencia.²⁵

Los principios generales del derecho cumplen un decisivo papel orientador de la actividad administrativa, pues permiten una interpretación correctiva o extensiva de las normas y, en caso de falta de estas, una función integradora.²⁶ Por otra parte, los principios generales del derecho constituyen garantías jurídicas para los ciudadanos y límites para las competencias administrativas, especialmente para la reglamentaria, que al consistir en el dictado de normas jurídicas positivas se tornaría en ilegítima si no se ajusta a los principios superiores que informan el ordenamiento jurídico.²⁷

Por último, además de lo expuesto, es preciso agregar que la noción de acto u omisión ilegítimos también puede diseñarse considerando algunos vicios graves de que señala la doctrina –conjuntamente con las causas de invalidez señaladas en la construcción

²⁴ Esto puede observarse, por ejemplo, en el caso del principio de continuidad de los servicios públicos que, en atención a la trascendencia social que estos cumplen, constituye una exigencia propia de la institución, conectada con el valor superior de satisfacción del interés general y procura del bienestar del ciudadano. Otro ejemplo sería el principio de solidaridad que caracteriza al Derecho de la seguridad social y que guía su funcionamiento; o el principio de no confiscatoriedad en el Derecho tributario.

²⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 38.

²⁶ En este sentido, son precisas las reglas 6ª y 7ª del artículo 18 del Código Civil: “6. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y,

7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”.

Si bien el artículo 18 se refiere a los jueces, el deber de resolver también se extiende a la Administración Pública, tanto por la obligación constitucional de ejercer sus competencias conforme a Derecho, como por la obligación que impone derecho de petición. En el desempeño de sus funciones y en la atención a los requerimientos del bien común, la Administración Pública no sólo que debe interpretar la ley, sino que también le es preciso integrarla. De ningún modo se justificará que los intereses colectivos queden indefinidamente pendientes de resolución administrativa por oscuridad o falta de ley, a menos que la Administración Pública reniegue de su función o incumpla los altos cometidos sociales que le imponen la Constitución.

²⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, en nota 23, pp. 43-52.

jurisprudencial del antiguo Tribunal Constitucional– los mismos que darían lugar a un severo cuestionamiento de la actuación o conducta de la Administración Pública. Aquellos vicios graves –como la vía de hecho o la desviación de poder– se examinan al tenor de las disposiciones de las leyes positivas, pero los resultados de nulidad absoluta que provocan y los efectos perniciosos que producen permiten calificarlos como ilegítimos, mucho más aún, cuando de ellos se sigue una violación a un derecho fundamental con un resultado contrario a lo justo natural.

IV. VALORES QUE DEFINEN LA LEGITIMIDAD DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. *La interpretación de la noción de legitimidad en la jurisprudencia ecuatoriana*

En innumerables sentencias del antiguo Tribunal Constitucional ecuatoriano, se considera que un acto de autoridad es ilegítimo cuando incurre en uno o más de los siguientes vicios:

- a) Incompetencia;
- b) Violación de procedimiento;
- c) Falta de fundamento o motivación; y,
- d) Violación al ordenamiento jurídico.

Como ya advertimos, estos criterios se refieren con mucho énfasis a los requisitos de validez de los actos de autoridad.

A. *Falta de competencia.* La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede lícitamente ejercer, concepto que expresa la medida de las actividades que de acuerdo con el ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo. Es su aptitud legal de obrar.²⁸ La incompetencia es causa de nulidad absoluta de los actos administrativos, salvo que se trate de incompetencia en razón del grado que puede ser convalidado por el órgano competente.

El principio de legalidad que guía la actuación de la Administración pública es uno de los más firmes postulados del Estado de derecho que, en lo relacionado con la competencia y por disposición del artículo 226 de la Constitución ecuatoriana, exige que aquella aptitud legal de obrar nazca, de modo expreso o razonablemente implícito, de una norma jurídica.²⁹ La exigencia de contar con los debidos recaudos

²⁸ Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo, parte general*, 1a. ed. colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, pp. XII-7 – XII-8.

²⁹ El artículo 226 de la Constitución ecuatoriana establece que “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas

normativos sobre la competencia tiene una vinculación directa con la proscripción de la arbitrariedad que pretende lograr el Estado de derecho.

B. *Violación de procedimiento.* Indica Jesús González Pérez que el sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal, esto es, el procedimiento administrativo, se ha justificado desde dos perspectivas distintas: como garantía del interés general y de los derechos de los particulares. “Es cierto que en un principio el objetivo de la garantía de los administrados aparecía expresamente como el único y fundamental [...] pero a esta finalidad se añade la de garantizar el interés público concretado en la legalidad y en el acierto de las resoluciones administrativas”.³⁰ Esta función de garantía que cumple el procedimiento administrativo permite resaltar su vinculación con la legitimidad de la actuación administrativa, pues explica su función respecto un resultado de bien común que persigue, a saber, asegurar la vigencia de los derechos de los ciudadanos y la salvaguarda del interés público. Especial consideración merece el procedimiento administrativo cuando se lo vincula con los derechos constitucionales del debido proceso, ya que de producirse indefensión en el ciudadano existirá un atentado directo contra aquellos bienes y valores de justicia que el ordenamiento jurídico pretende resguardar.

C. *Falta de fundamento y motivación.* La letra l) del número 7 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana dispone que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

La falta de fundamento y motivación, sin duda, hace ilegítima la actuación administrativa, por reflejar una arbitrariedad que consiste en la irracionalidad y carencia de lógica.

que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”. Si bien la norma habla de “Constitución” y “ley”, no resulta razonable –tal como lo pone de manifiesto Gordillo (*op. cit.*, pp. XII-9 – XII-10)– un criterio rígido que exija siempre una fuente constitucional y legal de la competencia, de modo que es admisible también que esta nazca del reglamento, siempre que sus normas no resulten contradictorias respecto de las leyes o de la Constitución.

³⁰ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2ª. edición, Madrid, Civitas, 2002, pp. 76-77.

D. *Violación del ordenamiento jurídico*. Este criterio es coherente con la noción de legitimidad si se considera que el ordenamiento jurídico se halla constituido no sólo por las normas positivas sino también por los principios generales del derecho, los cuales constituyen postulados más permanentes y universales que la legalidad.

2. *Otros valores de legitimidad aplicables al Derecho administrativo y algunos vicios jurídicos que ocasionan resultados ilegítimos*

En este apartado nos referiremos a algunos principios generales del derecho de cuya observancia se deriva la legitimidad en la actuación administrativa. También consideraremos algunas manifestaciones de arbitrariedad estudiadas por la doctrina, que devienen en nulidades absolutas que vician de ilegitimidad a un acto de autoridad pública.

A. *El principio general de la buena fe*. La buena fe representa una de las vías más fecundas de irrupción de contenidos morales en el orden jurídico, pues traduce, en las concretas relaciones jurídicas, la regla de una conducta respetuosa de los valores de lealtad, honradez y rectitud. Dichos valores son indispensables para generar un ambiente de confianza y seguridad en las relaciones regidas por el derecho y se imponen para garantizar la existencia y el funcionamiento del tráfico jurídico. Como señala Jesús González Pérez:

La buena fe, a cuyas exigencias han de ajustar su actuación todos los miembros de la comunidad, sólo puede predicarse en sus recíprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro. Significa –dice LACRUZ- que este otro, según la estimación habitual de la gente puede esperar determinada conducta del uno, o de determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras distintas o perjudiciales». GONZÁLEZ PÉREZ agrega que el principio «Sirve de cauce para la integración del Ordenamiento conforme a unas reglas ético-materiales, la idea de fidelidad y de crédito, o de creencia y confianza (*Treu und Glauben*). La buena fe comporta una regla de conducta o comportamiento *civiliter*, una conducta normal, recta y honesta. Se mide en la relación concreta en la que opera [...]. No hace referencia al comportamiento general de la persona, sino a su posición en una concreta relación jurídica, bien en su nacimiento, en el ejercicio de los derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones en que se concreta.³¹

Se trata de la conducta recta que cabría esperar, en una concreta relación jurídica, de una persona corriente y normal, sin que sea permisible que la defraudación de la

³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989, pp. 50-51 y 52-53.

confianza, certeza y seguridad jurídica ocasionen perjuicios, aun cuando no haya existido malicia. Como principio general del derecho, la buena fe existe con independencia de su consagración en una norma positiva, pues los valores que configuran a la buena fe, como ya se dijo, aseguran el tráfico jurídico, que no podría desenvolverse (o incluso existir) sin el mínimo de confianza que, precisamente, caracteriza a los fundamentos axiológicos de la buena fe. Se trata, por tanto, de un criterio y regla de legitimidad que, respecto de la Administración pública, precisamente por ser poseedora de potestades y prerrogativas, le obligan más que a nadie a seguir una conducta de ejemplaridad, rectitud y honestidad, además del sometimiento a la legalidad más estricta.³²

La aplicación del principio de la buena fe es por demás general, de tal forma que resulta difícil establecer un esquema completo del sinnúmero de situaciones en las que cabría invocar el principio. Sin embargo, es posible enunciar algunas situaciones destacadas por la doctrina que resultan útiles para detectar comportamientos arbitrarios de la Administración pública:

i) La teoría de los actos propios. Según Alejandro Borda, esta teoría “[...] constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe [...] que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”.³³ La reiteración continuada de una conducta o de una interpretación; o el dictamen de un acto o la dispensa de algún requerimiento; o en fin, la adopción de un comportamiento específico frente a alguna situación o circunstancia, tienen toda la virtualidad de despertar en el ciudadano la confianza y seguridad jurídica de que la Administración pública será coherente con unos determinados esquemas y será respetuosa de sus implicaciones, de tal modo que es jurídicamente inadmisibles aceptar una retractación o conducta incompatible o incongruente con la asumida anteriormente o con las consecuencias que razonablemente se deben esperar de un acto. La Administración pública iría contra sus propios actos –y por ende contra la

³² Cfr. *Ibidem*, pp. 22, 34 y 55. En el presente apartado invocamos a la buena fe como un principio general del Derecho que conecta al ordenamiento con valores morales, y en este sentido, como criterio de legitimidad. Sin embargo, en la legislación también se utiliza el término buena fe para designar un estado psicológico que puede consistir: a) en la ignorancia del daño que se ocasiona en el derecho de otro, lo cual tiene importancia para exonerar o graduar la correspondiente sanción; o, b) en la confianza en la apariencia de un título. Cfr. Santaflorentina, Enrique María, “buena fe”, *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 2001, versión en CD-ROM.

³³ Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 53. Véase también, González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 136-160.

regla de conducta que impone la buena fe— cuando, por ejemplo, concede un permiso de construcción a un ciudadano y, posteriormente, dispone la suspensión de los trabajos ya iniciados, alegando una serie de problemas urbanos que se producen en la zona en la que se construirá, pese a que el acto administrativo correspondiente era capaz de infundir la debida confianza en que la Administración pública había procedido conforme a derecho y, por la naturaleza del acto emitido, no impondría obstáculos a la edificación.³⁴

ii) Nacimiento de un derecho a favor de un administrado cuando la Administración otorgó una razonable esperanza de obtenerle. Sería contrario al principio de la buena fe, por ejemplo, autorizar la constitución de una compañía de transportes, indicando expresamente que los interesados cumplen con los requisitos legales, para luego, con fundamento en resoluciones de carácter general emitidas posteriormente, negar el permiso de operación correspondiente, con la consecuencia de impedir la realización de actividades lícitas. Es evidente que si se autoriza la constitución de una persona jurídica con un determinado objeto social y la ley prevé dicha autorización como previa al otorgamiento del permiso de funcionamiento, los interesados pueden

³⁴ Véase caso N.º 0440-2003-RA. El caso resuelto por el Tribunal Constitucional tenía por agravante el hecho de que el municipio demandado no contaba con el plan de ordenamiento y regulación urbana. Lastimosamente, el Tribunal desechó la demanda de amparo argumentando, en suma, que el municipio demandado había actuado “en bien de la comunidad” y que se concedió el permiso mientras se estudiaban algunos aspectos sobre regulación urbana. El principio de buena fe, no obstante, fue defendido con acierto en el voto salvado de los vocales magistrados doctores Mauro Terán Cevallos, Milton Burbano Bohórquez y Simón Zavala Guzmán, quienes subrayaron la responsabilidad de la municipalidad demandada de cumplir con las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre ordenación urbana, de tal modo que resultaba inconcebible que la municipalidad “[...] que ni siquiera tiene un Plan de Ordenamiento y Regulación Urbana o un Plan de Ordenamiento Territorial, conceder un permiso de construcción para luego, en abierta contradicción con sus propios actos y sin un marco regulador preciso, desdecirse de tal permiso y suspenderlo una vez concedido. Este comportamiento, en evidente atentado contra la seguridad jurídica, determina un evidente daño a los particulares que, en sus actividades propias y sin tener una regulación (que obviamente tiene que provenir de la Municipalidad y no de ellos), no pueden tener certeza sobre los actos del Municipio y se ven avocados a posteriores complicaciones, como efectivamente sucedió en el presente caso. La desidia municipal, por omisión de ejercer sus propias competencias, y por ende en infracción de los artículos 119 y 120 de la Constitución de la República, le hace responsable de sus propios actos frente a los particulares, quienes de buena fe actúan en la confianza de que habrá un mínimo de coherencia”. Además de estas razones, los argumentos del voto de mayoría resultan criticables, incluso, por contradecir el principio de proporcionalidad del Estado de derecho, que garantiza el respeto por todos los intereses que, en caso de conflicto, deben ser ponderados y en lo posible preservados. Ver, Gerhard ROBERS, *op. cit.*, en nota 6. p. 31.

invocar en su favor una confianza legítima, con fundamento en la buena fe, en que la autoridad, *congruentemente con sus actos y las disposiciones legales aplicables*, otorgará el permiso de funcionamiento, a la sazón, vinculado estrechamente con la constitución de la persona jurídica y, sobre todo, natural al cumplimiento de su objeto social. En suma, por exigencias de la buena fe, el acto anterior exige dictar el acto posterior, con el cual tiene íntima relación y es consecuencia.

iii) Abuso de la nulidad por vicios de forma. Como dice Jesús González Pérez, la forma es el cauce de la actuación que garantiza los intereses de las partes, por lo cual las infracciones de forma únicamente deben afectar a la validez del acto en tanto en cuanto impidan alcanzar su fin o den lugar a indefensión.

En cuanto el requisito de forma infringido no tenga esta entidad, el acto será válido y producirá todos sus efectos normales. En caso contrario, la infracción del requisito formal comportará la invalidez.

Pues bien, en estos supuestos en que el defecto formal es de los determinantes de invalidez, ésta podría no operar por darse uno de los supuestos típicos de aplicación del principio de la buena fe: el abuso de la nulidad por motivos formales. Se formula así: "Cuando un negocio jurídico ineficaz a consecuencia de un defecto de forma es voluntariamente cumplido, puede ser contrario a la buena fe ejecutar después la acción de nulidad. Quien, a pesar de conocer el defecto de forma, cumple el negocio jurídico nulo por esta causa o acepta el cumplimiento realizado por la otra parte, no puede ya poner en duda ni impugnar la validez del negocio".³⁵

Un ejemplo de trasgresión a la buena fe por abuso de la nulidad por vicios formales sería aquel en que la Administración pública, con el fin de atenuar o eximirse del peso de las obligaciones que le depara un contrato administrativo, pretende aprovecharse del incumplimiento de requisitos –como, por ejemplo, una autorización superior– pese a que el administrado cumplió a cabalidad con las prestaciones a las que se obligó. En términos generales, la Administración pública no podría aprovecharse de su torpeza o de la falta de diligencia de sus funcionarios para después de satisfecha una prestación por parte del administrado o adquirido un derecho, pretender alegar la nulidad del instrumento contractual y, en general, de cualquier tipo de acto jurídico. Si el administrado por lo menos cuenta con un indicio cierto de la validez –como sería el contratar con el representante legal de la entidad pública– no sería honesto ni leal, conforme a la buena fe en suma, que la Administración pública alegue invalidez por puros vicios de forma. En estos casos, la buena fe exige la atenuación de las

³⁵ González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 31, p. 100.

formalidades incumplidas y exige a la Administración que cumpla con sus obligaciones.

iv) El principio favor acti. “La confianza derivada de la existencia de un acto comporta para todos los que intervinieron en su nacimiento un deber de conservación, de tal modo que sólo en último extremo se acuda a su anulación, procurando salvarles de su ineficacia mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión”.³⁶ Es conocido que los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad como presupuesto de *eficacia*, pero es lamentable que muchos profesionales creen que dicha presunción opera únicamente a favor de la Administración pública. Lo cierto es que la presunción de legitimidad también favorece al administrado por el principio de la buena fe. En tal virtud, la lealtad y honestidad que debe existir en las relaciones jurídico-administrativas exige, en cada caso concreto, la valoración de la trascendencia del vicio de nulidad a favor de la conservación del acto, muy especialmente si de la nulidad pueden derivarse perjuicios para el administrado o para terceros.

B. La equidad. Explica Hervada que la equidad es la justicia matizada por otras virtudes, y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes.³⁷ La equidad es un valor que en el sistema administrativo hace efectiva la *igualdad*.

La *equidad* se adjetiva de *administrativa* cuando lo que era en la norma *igualdad legal*, se hace *realidad concreta y material* a través de la actuación de la Administración. En ese orden, la *equidad administrativa* es la igualdad en la *norma* y en la *conducta*, en los hechos; es el *valor de las equivalencias comparativas en el caso concreto*. Para que haya justicia debe haber igualdad, y para ello es preciso que cada caso en particular sea tratado de acuerdo con sus circunstancias. A tal fin debe procurarse que el carácter general de las normas no lleve a desconocer las modalidades que posibilitan brindar una solución más equitativa, lo que hace aparecer la equidad como lo justo en el caso particular.³⁸

³⁶ *Ibídem*, p. 97.

³⁷ Hervada, Javier, *op. cit.*, en nota 18, p. 70. “La equidad es justicia matizada; radica, pues en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho. «La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común y la humanidad en las relaciones humanas”.

³⁸ Dromi, Roberto *Sistema y valores administrativos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, p. 204.

El valor de la equidad comporta un criterio de legitimidad que impide que la actuación de la Administración pública ocasione resultados prácticos carentes de justicia, racionalidad y proporcionalidad. De ningún modo la equidad es contraria a la correcta aplicación de las normas positivas, sino que pretende atemperar lo abstracto y general de una disposición a través de una apreciación de circunstancias precisas. La Administración pública, en cuanto desempeña una actividad *concreta y práctica* para la realización del bien común, se enfrenta a un sinnúmero de vivencias y problemáticas sociales *concretas y singulares* que le impiden estar sujeta a ultranza a un legalismo *abstracto y rígido*.³⁹ Estas apreciaciones podrían desconcertar a ciertos abogados del sector público, que confunden el principio de legalidad con la aplicación matemática de las normas jurídicas, pero en su verdadero significado la subordinación al derecho exige algo que va más allá de la aplicación del tenor literal de una norma positiva y que está dado por los *resultados* de justicia y bien común que debe procurar la Administración. Dicha subordinación al derecho exige, por tanto, que en la fundamentación jurídica del obrar administrativo se contemple todo el contexto de las realidades y de las soluciones que el ordenamiento jurídico prevé y, sobre todo, la justicia que debe existir en las relaciones jurídicas. Precisamente, los cometidos que debe cumplir la Administración pública en el modelo de Estado social de derecho proponen una programación legal que no determina matemáticamente un curso de actuación, sino que se orienta a los resultados de bien común que se deben obtener. Un ámbito propicio para la aplicación de la equidad está en los conceptos jurídicos indeterminados y en las facultades discrecionales.

C. *Seguridad jurídica*. La seguridad jurídica es aquella:

³⁹ En el Estado social de derecho –que propugna el papel activo del Estado en la configuración de la sociedad y en el logro de condiciones favorables a la buena vida humana– las leyes no son solamente instrumentos mediante los cuales se limita y controla la actuación de la Administración pública, como sucedía en el modelo teórico del Estado liberal, caracterizado por sus postulados abstencionistas. En el Estado social, la acción de la Administración pública no puede encuadrarse en la categoría de simple ejecución objetivo-jurídica de la ley. “La ley no podía prever de forma minuciosa todos los supuestos a tener en cuenta por la Administración a la hora de adoptar sus decisiones y hacer efectivas las nuevas demandas de acción estatal. La programación legal de la actividad administrativa necesariamente debía ser más flexible y abierta.

En consecuencia, las normas jurídico-administrativas van perdiendo en determinación. En ciertos casos se limitan incluso a enunciar grandes principios intenciones políticas. Ya no siempre imponen reglas de conducta a la Administración, sino objetivos o resultados a alcanzar. La acción de la Administración tradicionalmente programada mediante normas condicionales pasa a ser programada también mediante normas finales o directrices”. De Palma Del Teso, Ángeles, *Los acuerdos procedimentales en el derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 30-31.

Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho. Supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento.⁴⁰

Por ello, las primeras exigencias del principio de seguridad jurídica son que las normas sean dadas a conocer mediante publicación y que no sean retroactivas. En el Derecho administrativo, el principio de seguridad jurídica se aplica a las normas reglamentarias, ya que impone el respeto a los derechos adquiridos y a las relaciones y situaciones jurídicas establecidas o consolidadas. De igual forma, la seguridad jurídica reclama la inderogabilidad singular de los reglamentos, pues estos obligan tanto al ciudadano como a la misma Administración, y mal se podría sostener que la facultad reglamentaria incluye la posibilidad de dictar normas y luego incumplirlas.⁴¹ Refiriéndose a la inderogabilidad singular de los reglamentos, García de Enterría y Fernández señalan que:

[...] la autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa.

La regla alcanza, de igual modo, a toda otra autoridad, incluso, al superior jerárquico.⁴²

D. *La garantía de proporcionalidad.* La garantía de proporcionalidad se cumple cuando los actos de autoridad pública observan racionalidad en las medidas que disponen y los fines que se buscan. Esta garantía, en cuanto postula que los actos de autoridad posean un contenido justo y razonable, completa e integra la legitimidad por los valores que implica, dejando la ley formal de ser así el único fundamento de validez de dichos actos.⁴³

Sería contrario a la garantía de proporcionalidad, por ejemplo, el prohibir el ingreso de un profesional a su lugar de trabajo, en el cual también labora su cónyuge, con

⁴⁰ García-Escudero, Piedad, "Seguridad Jurídica", *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 2001, versión en CD-ROM.

⁴¹ Cfr. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, en nota 28, pp. VII – 37.

⁴² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, en nota 10, pp. 208-209.

⁴³ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, t. II, pp. 28-29.

fundamento en la ejecución de medidas de seguridad para evitar la violencia intrafamiliar. A no dudarlo, la prohibición es desproporcionada, no guarda relación entre medios y fines, y termina atentando contra el derecho al trabajo, por lo cual el acto administrativo correspondiente deviene en ilegítimo.

E. *Cumplimiento de los fines previstos por la ley*. La actuación de la Administración pública siempre tiene su guía en los objetivos que el ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, define al conferirle sus facultades. Tales objetivos se resumen en el servicio al interés general, de tal forma que se tienen el común denominador de ser fines públicos. Sin embargo, también pueden precisarse según la índole de las facultades o la materia a las cuales se aplica, como en el caso de la facultad determinadora que tiene por objetivo establecer la existencia del hecho generador, la base imponible y la cuantía del tributo. El acto administrativo en cuanto traduce el ejercicio de una facultad administrativa, debe servir al fin típico para el cual esta ha sido conferida e incurrirá en el vicio de *desviación de poder* si se aparta de dicho sustento teleológico.⁴⁴

En la desviación de poder se hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumar la arbitrariedad, con las siguientes modalidades: 1. *Fin personal*, cuando el acto ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente (venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.). 2. *Fin extraño*, el querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro; por ejemplo, si un funcionario puede en el caso contratar directamente sin licitación pública, contrata con una empresa determinada porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato. 3. *Fin administrativo distinto al de la ley*, cuando se protege un interés de carácter general pero diverso de aquel querido por la ley de la función. Este es un caso bastante común de desviación de poder. El funcionario imbuido de un erróneo espíritu fiscalista y estatista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado. Por ejemplo, al aplicar el mayor número de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas sino para obtener fondos para la comuna, o usa de las facultades que le confiere el estado de sitio para fines comunes de control de la moralidad u otros fines.⁴⁵

Por otra parte, y como lo denota Héctor Mairal, está vinculada con esta infracción *la desviación de procedimiento* que existe cuando dos normas distintas permiten a la

⁴⁴ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit., en nota 10, pp. 475-476.

⁴⁵ Dromi, Roberto, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, p. 474.

Administración llegar al mismo resultado, pero mediante procedimientos diferentes y ajustados, en cada caso, a las finalidades específicas de cada norma.

Ocurre entonces que “en lugar de perseguir el fin que ella se propone y observar el procedimiento de la legislación respectiva, la Administración, para eludir ciertas formalidades que le molestan, afecta tener otro fin y elige deliberadamente el procedimiento más simplificado que a dicho fin corresponde [...]”.⁴⁶

El autor citado pone como ejemplo el caso del prefecto de Argelia quien, actuando con instrucciones ministeriales, ordenó el secuestro de la totalidad de ediciones de diversos periódicos fundándose en la norma del Código de Procedimientos Penales que permite a los prefectos llevar a cabo personalmente todos los actos necesarios para comprobar los delitos contra la seguridad interna del Estado. Sin embargo, no se imputó finalmente delito alguno de ese tipo, sino que se trató en realidad de una medida administrativa destinada a prevenir disturbios; por ende, al descartar el procedimiento previsto por otras normas relativas al restablecimiento del orden en Argelia y recurrir al procedimiento referido se incurrió en exceso de poder. En el caso del Ecuador, puede detectarse desviación de procedimiento cuando en materia disciplinaria policial se deja de sancionar una falta y se incurre en prescripción, pero luego, con el fin de sancionar al infractor, se aplica un procedimiento de investigación de la conducta profesional, que tiene por finalidad la *evaluación* y no la *sanción*, aunque ambos puedan concluir en la baja.

La desviación de poder constituye un vicio de estricta legalidad, en el sentido de que para detectarla no se analiza la intencionalidad del funcionario administrativo ni la moralidad de su actuación, sino la conformidad o disconformidad de su obrar en relación con los fines previstos por la ley.⁴⁷ No obstante, un acto viciado por la desviación de poder puede considerarse ilegítimo por adolecer de una anomalía severa que trasunta arbitrariedad.

F. Proscripción de las vías de hecho. La vía de hecho es manifestación de un obrar manifiestamente prohibido y groseramente lesivo al orden jurídico. Cuando se habla de “vías de hecho” en general se está refiriendo a una acción material (que alcanza incluso el uso de la fuerza) que prescinde de las vías legales para imponer un estado de cosas una situación determinada en relación a personas o cosas.

⁴⁶ Mairal, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. II, p. 611.

⁴⁷ Véase, Chinchilla Marín, Carmen, *La desviación de poder*, 2a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 179-186.

En el cumplimiento de las actividades propias de la función administrativa, también se presentan este tipo de acontecimientos, pero en este caso a la prescindencia del procedimiento legal en dicha actuación se le suma una lesión a los derechos constitucionalmente garantizados. Ese desapego al orden jurídico administrativo se puede originar en la inobservancia del procedimiento para ejecutar el acto que le daría sustento o por la carencia de tal acto; de modo que falta el elemento que asegure que la actividad administrativa ha tenido oportunidad de ajustarse a derecho.⁴⁸

La teoría de la “vía de hecho” (*voie de fait*) es obra de la jurisprudencia francesa. Basándose en ella, Héctor MAIRAL expone que «Según la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado [...] han sido declaradas vías de hecho:

- Por atentar contra la libertad de opinión y expresión, el secuestro de una periódico por el prefecto de policía;
- Por atentar contra la libertad individual propiamente dicha, los arrestos y detenciones arbitrarias;
- Por atentar contra una libertad esencial, la orden que un funcionario dio a u correo de detener la correspondencia de una persona; y,
- En general, los actos que afectan la propiedad privada mueble o inmueble, como las requisiciones».⁴⁹

De nuestra parte pondríamos como ejemplo la ejecución de un título de crédito en materia tributaria, con embargo y remate de bienes, cuando se ha impugnado en la vía judicial y está pendiente la sentencia. También el caso del desalojo de un inmueble a título de expropiación, sin declaración previa de utilidad pública.

Como puede verse de los ejemplos citados, la vía de hecho es expresión de gruesa arbitrariedad que ocasiona ilegitimidad en la actuación de la Administración Pública, de modo que hace procedente el amparo constitucional por llevar consigo el atentado contra los derechos fundamentales.

V. LEGITIMIDAD Y LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA

La doctrina contemporánea destaca que una recta y buena Administración pública debe cumplir las exigencias de tres principios de igual jerarquía: juridicidad, eficacia

⁴⁸ Dromi, José Roberto, *Derecho Administrativo*, 9a. ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 243. Véase, Jordano Fraga, Jesús, *Nulidad del actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 57, Nt. 51.

⁴⁹ Mairal, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. I, p. 254.

y eficiencia. Sobre la juridicidad mucho se ha escrito. En suma, es un elemento esencial del Estado de derecho, traducido en la “juridización” del ejercicio del poder público, con la consiguiente proscripción de la arbitrariedad. La eficacia y la eficiencia se refieren a la *calidad de la gestión administrativa y a sus resultados*. La eficacia puede definirse como la obtención de *resultados idóneos* para la solución de un problema o la satisfacción de una necesidad; resultados idóneos que, ante todo, deben ser expresión cabal, no sólo del respeto, sino más aun, de la *promoción* de los derechos fundamentales para el logro de su efectiva vigencia. La eficiencia, por su parte, puede describirse como la obtención de dichos resultados idóneos, *al menor costo posible*.

En las tareas de la Administración pública la eficacia y la eficiencia deben presentarse, tanto en la actividad administrativa, como en la organización que la desempeña. Dichos principios se traducen en la realización efectiva, con objetividad, de los aspectos que constituyen el bien común, fin del Estado. Reclaman, por una parte, la ponderación adecuada de las exigencias sociales y, con esos datos, la determinación de soluciones idóneas de satisfacción social y de mejoramiento de la calidad de vida de la población. En el plano de la organización, se requiere la calidad de sus estructuras, su racionalización, celeridad y procedimientos administrativos simplificados, para obtener una acción organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica de sus cometidos.⁵⁰

En nuestro criterio, los principios de eficacia y eficiencia constituyen un criterio de legitimidad en atención a los postulados que definen al Estado social de derecho. Este constituye una superación del Estado liberal: “[...] que pretende establecer un orden económico-social basado en la igualdad de oportunidades y en la procura de un mínimo existencial, para garantizar materialmente el principio de la dignidad humana”.⁵¹ Frente al modelo teórico del Estado liberal, caracterizado por sus postulados abstencionistas respecto de la organización y el funcionamiento de la sociedad; el Estado social trata de superar la separación entre la sociedad y el Estado para establecer entre ellos una íntima relación. En tal virtud, se propugna la responsabilidad de la autoridad pública en el logro del bienestar de la comunidad, lo cual exige una intervención decisiva del Estado en la configuración de condiciones favorables a la buena vida humana, en la solución de los problemas sociales y en la activa promoción del bien común.

⁵⁰ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, “El estado social de derecho”, en *Filosofía del derecho: ética, cultura y constitución*, Miguel Rujana Quintero (Comp.), Bogotá, Universidad Libre de Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 517-528.

⁵¹ Madriñán, Ramón Eduardo, *El estado social*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, p. 80.

La legitimidad de una Administración Pública coherente con los fundamentos del Estado social de derecho resulta del cumplimiento de un inmenso número de obligaciones, como son la correcta inversión de los recursos públicos en forma adecuada para la satisfacción de necesidades *reales* (no caprichosamente deducidas), la *actividad diligente* en la atención a dichas necesidades, la *correcta y prudente elección* de los medios de gestión, por citar algunos ejemplos. En concreto, y como se ha visto en Ecuador, la Administración pública se ha separado de las exigencias de legitimidad que le imponen el principio del Estado social, por lo menos, en los siguientes casos: a) cuando ha incurrido en inactividad frente a demandas ciudadanas respaldadas por la ley; b) ha omitido diseñar planes directos y esencialmente relacionados con la gestión municipal (caso de la planificación urbana) o ha prescindido de exigencias constitucionales relacionadas con el bienestar de una comunidad, como es el caso de consultarla cuando un proyecto o contrato puede afectarla en lo cultural o ambiental; c) cuando la Contraloría General del Estado ha detectado el alarmante dispendio de recursos públicos en proyectos innecesarios, o por lo menos, no prioritarios; d) cuando ha acudido a las técnicas de privatización en materias no permitidas por la Constitución, o bien, sin la prudente selección de los concesionarios en caso de que la privatización o concesión sea admitida.

Es evidente que una Administración Pública que se aleja de su principio de acción social, impuesto por el esquema político-constitucional, obra ilegítimamente y produce, por tanto, actos jurídicamente viciados, sin dejar de considerar la vulneración de derechos fundamentales, precisamente, de los económicos, sociales, culturales y de tercera generación.

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de esta exposición podrá haberse observado un continuo diálogo de aspectos profundamente humanos con los fundamentos primeros del orden jurídico. La legitimidad, como advertimos en su momento, constituye un criterio de rectitud más amplio que el examen de la legalidad, el cual incorpora no sólo la conformidad con las normas positivas –siempre que estas no contravengan principios de derecho natural o generales del derecho– sino que se extiende hacia la apreciación de principios, valores y virtudes. Hablar de legitimidad, de igual modo, amplía el significado del fundamental principio de subordinación al Derecho, hacia un Derecho integral, más definido y acabado en sus soluciones.

La legitimidad incorpora una apreciación humanista del Derecho y constituyó un acierto del Constituyente ecuatoriano de 1998 el haberla incorporado como criterio para evaluar la conducta de la autoridad pública. Si bien, la referencia a la legitimidad se encuentra en las disposiciones constitucionales que regulaban al amparo

constitucional, no constituye un arbitrio técnico que sea propio y exclusivo de dicha garantía y de su diseño procesal. Comporta, en general, un criterio de rectitud y juridicidad al que debe someterse la Administración pública para cumplir a cabalidad los cometidos de interés general que le impone la Constitución, la misma que ha definido que dicho interés, el bien común, consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que reconoce.

La Constitución ecuatoriana vigente, como ya indicamos, suprimió este concepto de sus disposiciones, pero muchas de las normas anteriores, especialmente, sobre derechos humanos siguen vigentes.

La legitimidad, como criterio de juridicidad de la actividad de la Administración pública, no depende solamente de su consagración en una norma positiva. Bien se deduce de la racionalidad y moralidad que se exige de la actuación de la autoridad y de la proscripción de la arbitrariedad que postula el Estado de derecho y la vida democrática.