
ARTÍCULOS

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

Juan Carlos BENALCÁZAR GUERRÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Administración pública en el estado de derecho*. III. *Legitimidad y legalidad*. IV. *La interpretación de la legitimidad en la jurisprudencia ecuatoriana*. V. *Otros valores de legitimidad aplicables al derecho administrativo y algunos vicios jurídicos que ocasionan resultados ilegítimos*. VI. *Legitimidad y los principios de eficacia y eficiencia*. VII. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encontraba una referencia al concepto de legitimidad en el artículo 95 de la Constitución de 1998, norma que regulaba el amparo constitucional y que establecía como requisito de procedencia de esta garantía procesal que exista un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública.¹ La jurisprudencia del entonces

¹ En su parte pertinente, el citado artículo constitucional decía: "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 vi-

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

Tribunal Constitucional, sumada a los criterios propuestos por la antigua Corte Suprema de Justicia, ofrecieron una interpretación de la legitimidad muy cercana a la noción de legalidad, y más concretamente, a la de validez.² En la actualidad, la Constitución de 2008, al referirse a la acción de protección, no menciona a la legitimidad, posiblemente con la intención de evitar una hermenéutica restringida sobre los requisitos de las garantías procesales y permitir la tutela eficaz y directa de los derechos fundamentales.³

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”, sentido que en el

gente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave” (Lo resaltado es del autor).

² Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la cual nos referiremos más adelante, se consideraba que un acto de autoridad es ilegítimo cuando incurría en incompetencia, violación de procedimiento, falta de fundamento o motivación o violación del ordenamiento jurídico. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en una resolución que interpretaba a la Ley del Control Constitucional (Registro Oficial No. 378 de 27 de julio de 2001), básicamente, sólo se refería a la incompetencia, al exceso en el ejercicio de las facultades y al incumplimiento de solemnidades sustanciales.

³ El artículo 88 de la Constitución ecuatoriana de 2008 dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

Diccionario está también remitido al término “justo”.⁴ Por tanto, puede entenderse que el adjetivo “legítimo” y su antónimo “ilegítimo” califican a la conducta a partir de una referencia a las leyes, pero además implican una evaluación de la calidad jurídica de un acto o comportamiento de la autoridad administrativa en función de su licitud y justicia.

Como puede verse, el concepto de legitimidad constituye un parámetro de apreciación de la juridicidad más amplio y completo que el de validez, y más permanente y trascendente que el de legalidad. En efecto, constituye un criterio de valoración de la actuación de la autoridad pública según el cual, si bien es fundamental tener presente a la legalidad positiva, es preciso apreciar, aun más, la conformidad del comportamiento con principios axiológicos y constitucionales.

Por estas razones, aun cuando el Constituyente ecuatoriano haya suprimido la noción de legitimidad del texto constitucional, hay que tener presente que dicho concepto remite a un conjunto de valores y fundamentos que permiten apreciar de un modo integral el obrar de la Administración pública. En el presente trabajo, además de formular una crítica a la interpretación restringida del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, se aludirá a otros aspectos de análisis que permiten entender mejor el verdadero sentido de la legitimidad. El propósito principal es rescatar dicha noción como un conjunto de elementos que permiten un cabal examen de la juridicidad a la que debe someterse la Administración pública.

⁴ Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2001.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

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.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 tutela jurisdiccional y, 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

⁵ 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”. Thesing, Josef, “Estado de Derecho y Democracia: una Introducción”, en *Estado de Derecho y Democracia*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, Ciedla, 1999, p. 20.

⁶ Véase 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 impropriamente podía 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 so-

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

En su significación material –explica Gerhard Robbers– el Estado de derecho tiene por contenido esencial, la garantía de la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de primacía del derecho sobre la política.⁸

La realización plena del bien humano en sociedad, que debe lograrse de un modo integral y omnicomprensivo de todas las facetas y requerimientos de la persona, es lo que en primer término justifica la actuación de la autoridad pública en el Estado de derecho.

Además de este contenido fundamental, como dice el autor arriba citado, se agrega un postulado de proporcionalidad, según el cual 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.⁹

meterla 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, *ob. cit.*, nota 6, p. 31.

⁹ *Idem.*

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

Por su parte, el principio de primacía del derecho sobre la política significa, según 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 [...] La primacía del derecho como postulado básico del Estado de derecho exige que la lucha política se desarrolle en un marco de respeto por el Estado de derecho, y no con actos de violación del mismo. La política puede introducir modificaciones al derecho por la vía del procedimiento democrático; pero éste es a la vez el único procedimiento al que puede remitirse.¹⁰

En el Estado de derecho, la base de la actuación de la Administración pública es el orden jurídico, al cual está ineludiblemente 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 ley dimanen. Esto a diferencia de lo que sucedía en el Estado absoluto, en el cual la voluntad ilimitada del monarca justificaba cualquier actuación, con fundamento en una particular idea de soberanía que reposaba en la persona del gobernante. En contraste, en el Estado de derecho:

[...] ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay

¹⁰ *Ídem.*

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

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.¹¹

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 no se limita a la sola conformidad con la norma jurídica positiva.

La norma jurídica positiva puede ser cuestionable, no sólo desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, sino también en función de su coherencia con principios que se deducen de la naturaleza del Estado, de su composición y de su fin. Como señala Julio Tobar Donoso, de los elementos del Estado pueden establecerse 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 Estado, pues significan aquellos medios indispensables para que la persona pueda lograr, por su propia labor, su perfec-

¹¹ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 12a. ed., Madrid, Civitas, 2004, t. I, p. 441.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

ción 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.¹²

Por otra parte, añade Tobar Donoso, que 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 completar dicha iniciativa cuando es insuficiente e impotente para satisfacer las necesidades apremiantes de la vida social.¹³

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. Explica Jean Dabin que este derecho, 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

¹² Cfr. Tobar Donoso, Julio, *Elementos de Ciencia Política*, 4a. ed., Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1981, p. 300.

¹³ *Ibidem*, p. 301.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

institución estatal, es decir, el derecho público o político.¹⁴

III. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

En la parte introductoria del presente trabajo indicamos que el término legítimo significa “conforme a las leyes”, “lícito” y “justo”.¹⁵ Álvaro D’Ors –citado

¹⁴ Dabin, Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, pp. 135-136.

El autor citado dice: “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”.

¹⁵ Esta significación nos ubica en el ámbito de lo jurídico. No obstante, la noción de legitimidad se emplea también en una significación política, para denotar una *cualidad* que permite aceptar como auténticos a la autoridad y a sus mandatos. Indica Rafael Oyarte Martínez que la legitimidad política alude “[...] al grado de consenso existente en un grupo relevante de la población que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo el casos marginales, el uso de la fuerza, por lo que esta clase de legitimidad transforma a la obediencia en adhesión, lo que justifica el origen y el ejercicio del poder”. Oyarte Martínez, Rafael, *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, p. 86.

En este último sentido, una actuación de la Administración Pública resultará ilegítima si se separa de las disposiciones que

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

por Ayuso— distingue entre legitimidad, legalidad y lealtad según un 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, que es “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 atente contra el matrimonio y la familia, o que favorezca la violación de los derechos humanos. La legitimidad, pues, constituye el fundamento de la legalidad, y por su carácter

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 a 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.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

trascendental y permanente, incluso es capaz de cuestionarla.¹⁶

Estas reflexiones chocarían frontalmente con algunas corrientes del pensamiento jurídico, que de conformidad con su particular conceptualización y método que aplican al derecho, legalidad positiva y legitimidad serían coincidentes. Sin embargo, es posible observar que la doctrina sobre los derechos humanos se acerca mucho a conclusiones que se obtienen de una reflexión sobre la naturaleza de la persona y que denotan el esfuerzo por resaltar y respetar la dignidad del ser humano, la misma que opera como una fuente material de la legislación sobre dichos derechos. Precisamente, los principios sobre los derechos de la persona que se establecen en la Constitución 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 jurídicamente se expresan en los derechos fundamentales, tienen un profundo significado ético.

La solemne declaración del numeral 1 del artículo 3 de la Constitución ecuatoriana, que determina que uno de los deberes primordiales del Estado es “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”,¹⁷ 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

¹⁶ *Ibidem*, pp. 16-17.

¹⁷ En la Constitución de 1998 existía una fórmula equivalente en el artículo 16: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

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 sabe 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.

La declaración del numeral 1 del artículo 3 guarda coherencia con varios principios que rigen el ejercicio de los derechos, según lo que dispone el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana. Se destaca el propósito de asegurar la eficacia plena de los derechos humanos, de tal modo que son plenamente exigibles ante cualquier autoridad, sin ningún tipo de discriminación y sin que ninguna ley pueda restringir su ejercicio. Además, se postula la interpretación *pro homine* y se establece que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Es importante destacar que el numeral 7 del artículo 11 incorpora un criterio preciso para determinar cuáles son los derechos fundamentales:

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*.¹⁸

¹⁸ Es importante destacar que los mismos postulados, en su significación esencial, se encontraban en los artículos 18 y 19 de la Constitución de 1998. La Constitución vigente, en ciertos

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

No se trata solamente de establecer un *numerus apertus* de derechos fundamentales, sino que aun más, se propone que en la dignidad de la persona y en su bien está el *origen* de dichos 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 pre-existentes a las normas positivas. En nuestra opinión, un bosquejo o interpretación puramente positivista de estas normas constitucionales no llegaría a contemplar su verdadera dimensión.

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, sin 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

casos, es más clara y explícita, pero también muchas veces incurrir en el lirismo.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

a otro ser. Un dominio ontológico y, al mismo tiempo, un 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.¹⁹

Ahora bien, la calidad de persona 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

¹⁹ Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 4a. ed., Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 85 y 116. Como señala el autor citado, el carácter de auto-pertenencia que caracteriza a la persona y su incapacidad para pertenecer a otro no constituyen 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. Ibidem*, p. 56.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

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.²⁰

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

²⁰ *Ibidem*, p. 171.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

primero. Una aplicación concreta de estos postulados la encontramos, a nivel constitucional, en la norma del numeral 4 del artículo 11, en cuanto dispone que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las 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, ocasiona 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 bienes y valores que constituyen 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 sobre supremacía de los derechos fundamentales que constan en los artículos 424 y 426, que se suman a los ya citados preceptos que contemplan los artículos 3 y 11.²¹ En caso de que la

²¹ Los citados artículos de la Constitución ecuatoriana de 2008 dicen, en su parte pertinente, lo siguiente:

“Art. 424.- [...]”

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.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

Administración pública vulnera un derecho natural reconocido por la Constitución o los tratados internacionales, sus actos serán nulos absolutamente, de conformidad con el artículo 424. Por su parte, en virtud del mismo artículo, las normas de derecho natural –regla y medida de los derechos de la persona– constituyen principios que obligan a la Administración pública a hacer prevalecer normas superiores sobre aquellas que no se amolden a la estructura dogmática de la Constitución.

Además de los principios superiores que son fundamento del orden jurídico, la legitimidad también brota de la conformidad de la conducta de la autoridad con las disposiciones de la Constitución. Dicha conformidad 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 del *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 *función* de ordenar la sociedad en torno al fin que esta persigue: el bien común.²² Por ello, no basta

internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

²² Cfr. Ayuso, Miguel, *ob. cit.*, nota 15, p. 24. El autor, citando a D’Ors, Álvaro, 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

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

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.²³

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.

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.

²³ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2002, t. I, p. 196.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

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.²⁴

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 naturales. 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 guían el funcionamiento de cada institución y que constituyen exigencias aplicables a su recto y justo desempeño.²⁵

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

²⁴ Cassagne, Juan Carlos, *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, p. 44.

²⁵ 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 confiscación del derecho tributario.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

a las situaciones concretas siempre cambiantes mediante formulaciones dotadas de estabilidad sobre la articulación de la conjunción de los valores superiores con la experiencia.²⁶

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. 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 que señala la doctrina, 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 aun, cuando de ellos se sigue una violación a un derecho fundamental, esto es, con un resultado contrario a lo justo natural.

²⁶ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, en nota 24, pp. 39.

²⁷ *Ibidem*, pp. 43-52.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGITIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

En innumerables sentencias del entonces Tribunal Constitucional, se consideraba que un acto de autoridad es ilegítimo cuando incurría en vicios de incompetencia, violación de procedimiento, falta de fundamento o motivación o transgresión del ordenamiento jurídico. Estos criterios se refieren con mucho énfasis a los requisitos de validez de los actos de autoridad, lo cual puede tener cierta relación con la legitimidad, pero que no agota toda su significación.

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.²⁸ La exigencia de contar con los debidos recaudos normativos sobre la competencia tiene una vinculación directa con la proscripción de la arbitrariedad que pretende lograr el Estado de derecho, y en este sentido, hay una relación con la legitimidad.

En lo que se refiere a la violación de procedimiento, indica Jesús González Pérez que el sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal, esto es,

²⁸ El artículo 226 de la Constitución establece que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas 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”.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

el procedimiento administrativo, se ha justificado desde dos perspectivas distintas: como recaudo del interés general y como garantía de los derechos de los particulares.²⁹ Estas funciones que cumple el procedimiento administrativo permiten resaltar su vinculación con la legitimidad de la actuación administrativa, pues explican su cometido 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.

En cuanto a la falta de fundamento y motivación, cabe tener presente que el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución exige que las resoluciones de cualquier autoridad pública estén motivadas, lo cual se cumple con la realización de un juicio lógico que enlace los hechos y el derecho para fundamentar racionalmente una decisión.³⁰ 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.

Por último, el criterio de violación del ordenamiento jurídico tendría relación con la ilegitimidad 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

²⁹ González Pérez, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 76-77.

³⁰ El mencionado precepto constitucional dice textualmente lo siguiente: "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 LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

cuales constituyen postulados más permanentes y universales que la legalidad.

V. 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 de la actuación administrativa. También consideraremos algunas manifestaciones de arbitrariedad estudiadas por la doctrina que vician de ilegitimidad a un acto de autoridad pública y que devienen en nulidades absolutas.

1. *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 sociales 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, se-

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

gún 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 [...]

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza [...]. 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

Como principio general del derecho, la buena fe existe con independencia de su consagración en una norma positiva, pues los valores que la configuran, como ya se dijo, aseguran el tráfico jurídico, que no podría desenvolverse (e incluso existir) sin el mínimo de confianza que, precisamente, proviene de los fundamentos axiológicos de la buena fe. Se trata, por tanto, de un criterio y regla de legitimidad que, respecto de la Administración pública, justamente por ser poseedora de potestades y prerrogativas que se explican por el servicio a la colectividad, le obligan más que a nadie a seguir una conducta de

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.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

ejemplaridad, rectitud y honestidad, además del sometimiento a la legalidad más estricta.³²

El ámbito de 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 algunos elementos que resultan útiles para detectar comportamientos arbitrarios de la Administración pública:

a. *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, respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.³³ La reiteración continuada de una conducta o de una interpretación, el dictamen sobre una situación o la dispensa de algún requerimiento, o en fin, la adopción de un comportamiento específico frente a alguna realidad 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 por ende, que será respetuosa de sus implicaciones. De este modo, es jurídicamente inadmisibles, por exigencia del principio general de la buena fe, 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 regla de conducta que impone la buena

³² Cfr. *Ibidem*, pp. 22, 34 y 55.

³³ Borda, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 53. Véase también, González Pérez, Jesús, *op. cit.*, en nota 31, p. 136-160.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

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 que por la naturaleza del acto emitido, no impondría obstáculos a la edificación.³⁴

³⁴ El ejemplo propuesto corresponde a la Resolución No. 0440-2003-RA del entonces Tribunal Constitucional. En el caso propuesto, existía la agravante de que el municipio demandado no contaba con el plan de ordenamiento y regulación urbana que exigía la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal. 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 con-

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

b. Nacimiento de un derecho a favor de un administrado cuando la Administración otorgó una razonable esperanza de obtenerlo. 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.³⁵ 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 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.

c. Abuso de la nulidad por vicios de forma. Si la forma “[...] es cauce de la actuación a fin de garantizar los intereses de las partes –interés público y particu-

fianza de que habrá un mínimo de coherencia” (sic). Además de estas razones, los argumentos del voto de mayoría resulta 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. Véase, Robers, Gerhard, *op. cit.*, en nota 6, p. 31.

³⁵ El ejemplo corresponde al caso conocido por el Tribunal Constitucional en la resolución No. 0401-2002-RA.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

lar-, parece obvio que 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."³⁶

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 Administra-

³⁶ González Pérez, Jesús, *ob. cit.*, nota 31, p. 100.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

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

d. El principio favor acti. Como dice González Pérez, 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 correctiva y la figura de la conversión.³⁷ Es conocido que los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad como presupuesto de *eficacia*, pero es lamentable que los abogados del sector público 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 especialmen-

³⁷ *Ibidem*, p. 97.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

te si de la nulidad pueden derivarse perjuicios para el administrado o para terceros.

2. *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. La equidad, dice el autor citado, radica 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.³⁸ 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

³⁸ Hervada, Javier, *ob. cit.*, nota 19, p. 70.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

aparecer la equidad como lo justo en el caso particular.³⁹

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*.⁴⁰ Estas apreciacio-

³⁹ Dromi, Roberto, *Sistema y Valores administrativos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, p. 204.

⁴⁰ 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 directri-

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

nes 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.

3. Seguridad jurídica

Por seguridad jurídica, siguiendo a Piedad Escudero, entendemos a aquella cualidad del ordenamiento jurídico que produce certeza y confianza sobre lo que es de derecho en un momento dado y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro.⁴¹ Por ello,

ces". De Palma Del Teso, Ángeles, *Los Acuerdos Procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 30-31.

⁴¹ García-Escudero, Piedad, "Seguridad Jurídica", *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 2001, versión en CD-ROM.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

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 en consecuencia, mal se podría sostener que la facultad reglamentaria incluye la posibilidad de dictar normas y luego incumplirlas.⁴² Refiriéndose a la inderogabilidad singular de los reglamentos, García de Enterría y Fernández señalan:

[...] 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.⁴³

4. *La garantía de proporcionalidad*

La garantía de proporcionalidad se cumple cuando los actos de autoridad pública observan racionalidad

⁴² Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*. 1ª. ed. colombiana, Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, pp. VII – 37.

⁴³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, nota 11, pp. 208-209.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

en las medidas que disponen y en los fines que 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.⁴⁴

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 fundamento en la ejecución de medidas de seguridad para evitar la violencia intrafamiliar.⁴⁵ Sin duda, 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.

VI. 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 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, re-

⁴⁴ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, t. II, pp. 28-29.

⁴⁵ Resolución del Tribunal Constitucional signada con el No. 727-98-RA-II.S.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

sultados 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*.⁴⁶

En 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.⁴⁷

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 dig-

⁴⁶ Véase, Aguado i Cudolà, Vincenç, *Silencio Administrativo e Inactividad*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 35 y ss

⁴⁷ Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado Social de Derecho”, en Rujana Quintero, Miguel (Comp.), *Filosofía del Derecho: Ética, Cultura y Constitución*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 517-528.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

nidad humana”.⁴⁸ 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.

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) con la omisión de diseñar planes directos y esencialmente relacionados con la gestión municipal (caso de la planificación urbana) o al prescindir 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

⁴⁸ Madriñán, Ramón Eduardo, *El Estado Social*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, p. 80.

LA LEGITIMIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LA...

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 los casos en que la privatización o concesión sea jurídicamente posible.

Es evidente que una Administración pública que se aleja de su principio de acción social, el cual impone 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.

VII. REFLEXIONES FINALES

La legitimidad constituye un criterio de valoración de la conducta más amplio e integral que el de legalidad. Implica no sólo la conformidad con las normas positivas, sino que se extiende hacia la apreciación de principios, valores y virtudes.

En el ámbito del derecho administrativo, la legitimidad propone una concepción más profunda y acabada del principio fundamental de subordinación de la Administración pública al derecho. Implica que, a la observancia del derecho positivo, se añada la apreciación de la conducta de la autoridad según parámetros más trascendentes y permanentes, como son el respeto a la dignidad humana, la promoción de los derechos fundamentales, la observancia de los postulados constitucionales que definen a una sociedad, el servicio cabal a los fines y cometidos del

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

Estado, todo ello sin dejar de mencionar el apego estricto a sólidos fundamentos éticos nacidos de la honestidad, la buena fe y la seguridad jurídica.

La legitimidad, como se ha expuesto en este trabajo y puede apreciarse en estas reflexiones finales, no se limita a ser un arbitrio técnico del amparo constitucional ecuatoriano. Constituye un criterio de rectitud y juridicidad al que necesariamente debe someterse la Administración pública del Estado social de derecho.

Esperamos que estas reflexiones sean útiles para que la Administración pública encuentre en principios humanistas un sólido respaldo para su actuación y para que los jueces encuentren sólidos elementos para cumplir con suficiencia su labor de hacer justicia en las complejas relaciones que se entablan entre la autoridad y el ciudadano.