

# La arbitrariedad pública más sofisticada

ALVARO R. MEJÍA SALAZAR

*Este artículo surge como fruto de las reflexiones del autor respecto de una de las maneras en que el poder público fue ejercido a partir del año 2007 en Ecuador. La potestad pública accionada con motivaciones distintas a las que legitimaron su concesión constituye el vicio jurídico denominado «desviación de poder», cuya naturaleza jurídica, características y alcances son explicados en este trabajo.*



© Santiago Cárdenas

**E**l Estado surge del acuerdo de voluntades de la población que desea organizarse políticamente, con el fin de contar con una estructura que posibilite una mejor organización del grupo, de cara a su desarrollo como comunidad y como individuos. De esta manera, la población conformada por sujetos libres y, por tanto, soberanos de sus destinos, crea la entelequia denominada Estado y le concede una serie de potestades de orden público

precisamente para que cumpla con su razón de ser: el servicio de la sociedad y la tutela de los derechos de sus miembros.

Al ser muy diversas las formas a través de las cuales se debe cumplir esta finalidad de servicio y tutela, al Estado se lo conforma con una serie de entidades y organismos, cada uno con una función caracterizadora. Las labores legislativas, judiciales y administrativas son encargadas a diferentes entidades que habrán de ejercerlas de conformidad con las reglas establecidas por la propia sociedad para tales efectos. Con un sistema de organización mandante —el pueblo—, mandato —la actividad pública reglada— y mandatario —el Estado—, es claro que quien posee la soberanía originaria —el pueblo—, constituye un encargo y lo entrega a otro sujeto cuyas potestades se legitiman en la existencia del propio encargo, en cómo este fue establecido y en cómo debe ser ejecutado.

La guía fundamental de toda actuación pública y que de hecho constituye el gran referente de la existencia misma del Estado es el interés público. Este concepto general identifica el carácter público del Estado, su razón de ser en función de la población y su legitimación en la voluntad de la sociedad. El Estado no se debe

a persona específica ni a divinidad alguna, se debe a la sociedad en su conjunto y, por ello, no busca con el ejercicio de sus potestades un interés particular, sino el interés de todo el colectivo. En miras a lograr tal objetivo común, se caracteriza la entrega de las potestades específicas con fines concretos todos alineados a la consecución del interés general de la sociedad.

Si bien el concepto *interés general* ha tenido históricamente la consideración de categoría indeterminada, considero que en la actualidad se lo puede identificar con el afán público de bienestar y desarrollo de la comunidad en su conjunto y de sus miembros en particular, así como con la necesidad de que los derechos de los individuos y los colectivos se encuentren debidamente tutelados. De esta manera, la razón de ser del Estado se identifica con la consecución de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten la implementación, en la mayor medida posible, de los grandes objetivos que conforman el interés general.

Ahora bien, como quedó anotado, no existe una sola potestad pública que se identifique con la consecución del interés público; existen en realidad muchas potestades públicas, cada una de ellas establecida para satisfacer un fin público puntual, siendo el conjunto de estos fines públicos los que están encaminados a conformar el interés público. Legítima, entonces, la creación y entrega de una potestad pública a un ente estatal el afán de cumplir con una finalidad pública específica.

Tanto la potestad pública como su finalidad legitimadora y caracterizadora han de poseer un contenido imperativo y mandatorio respecto a quien deviene en su titular y también respecto de todas las personas en relación con las cuales tal potestad será ejercida. Considerando que el Estado y todo lo relacionado con él se

originan en la decisión soberana del pueblo y dependen de ella, solo el pueblo estará en capacidad de establecer las potestades de las distintas entidades estatales, así como la forma en que tales potestades serán ejercitadas. Ya que no resulta posible que el pueblo regule dichas materias de forma directa, se aplica el modelo de autorregulación a través de representantes escogidos por la sociedad para tales efectos. Estos representantes están llamados a interpretar la voluntad general. De esta forma se regula, vinculándolos, lo público y lo privado.

Es el mismo pueblo quien, en ejercicio de su soberanía y de manera indirecta a través de sus representantes, establece limitaciones a sus libertades individuales y grupales, aceptando el sometimiento a normas de comportamiento, obligaciones ciudadanas y acatamiento de las disposiciones y los controles que las entidades públicas pueden ejercer, precisamente por el hecho de haber sido dotadas de potestades por parte del mismo pueblo.

Todo lo anterior comporta que solo mediante cuerpos normativos, emitidos por los representantes de la sociedad a quienes se les ha entregado facultades legislativas —Constitución y ley—, es posible establecer potestades públicas, sus fines y formas de ser ejercidas, en tanto en cuanto solo el pueblo en su conjunto tiene el poder de autorregularse o

© Santiago Cárdenas





autolimitarse. Las facultades de corte normativo que la propia sociedad ha entregado a otros mandatarios, como, por ejemplo, al Ejecutivo, poseen una naturaleza muy accesoria y están dirigidas a la regulación de temas secundarios precisamente de naturaleza accesoria. Bajo el modelo estatal contemporáneo, resulta inadmisibles que una sola persona tenga la capacidad de regular con carácter general temas de fondo, como lo son la creación de potestades públicas o la regulación de cómo ejercer de manera general tales potestades.

Según anticipé, un elemento fundamental en la previsión normativa que establezca o regule una potestad pública es la finalidad

“

**La finalidad de la potestad pública constituye un elemento que está llamado a ser rigurosamente observado por el ente estatal al momento de ejercer las competencias que le han sido confiadas.**

”

de la misma. Legitima su existencia y deviene en una máxima informativa de cómo ejercer tal potestad en caso de duda o vacío. Si bien puede considerarse que el interés general posee una naturaleza genérica, la finalidad de cada potestad pública será claramente determinada. De hecho, no puede darse una fórmula genérica al fin de una actividad administrativa concreta, pues cada actividad pública es disímil de otra, de allí que la deter-

minación específica de la finalidad de la actividad puntual deba preverse de forma expresa y clara en la norma.

De esta manera, lo adecuado es la previsión normativa expresa de la finalidad de la potestad pública. Sin embargo, en el evento de que el legislador hubiera omitido dicha regulación —labor que sería ciertamente negligente—, será necesario determinarla sobre la base de contextualizar la norma, la materia regulada, la exposición de motivos del cuerpo normativo, las funciones generales del órgano y los principios jurídicos en relación, entre otros. En cualquier caso, la finalidad de la potestad pública constituye un elemento que está llamado a ser rigurosamente observado por el ente estatal al momento de ejercer las competencias que le han sido confiadas.

Así como el funcionario público puede inobservar mandatos competenciales o procedimentales y provocar así una actuación inválida, así mismo la finalidad de la potestad pública puede ser conscientemente inobservada por el funcionario al momento de accionarla, particular que también es causa de invalidez de la actuación pública. El que un funcionario estatal ejerza la potestad pública a él confiada para cumplir fines distintos a los señalados por la norma infringe el ordenamiento jurídico. De esta forma se entiende el vicio de la actuación pública denominado «desviación de poder», el cual, como quedó advertido, no constituye un vicio de moralidad administrativa, sino de legalidad administrativa; no importan las motivaciones específicas que

llevaron al funcionario a ejercer su potestad con un fin diferente al público ni importa el contenido concreto de tal fin; interesa la disfunción objetiva entre la finalidad dispuesta en la norma y la finalidad realmente perseguida por el funcionario.

No importa cuál era el fin que perseguía el funcionario público con su actuación. De hecho, el fin perseguido pudo haber sido alguno que pretendía un beneficio público y no uno particular; en tanto en cuanto tal fin no se ajuste al normativamente previsto y que legitima la existencia misma de la potestad pública, tal actuación será nula por desviación de poder. La intencionalidad constituye, pues, la medida en que se determinará la existencia del vicio, elemento que no debe identificarse con un afán moralizante del instituto, sino con uno que determina la vulneración consciente por parte del funcionario del mandato público a él confiado, con miras a la declaración de nulidad de su actuación y a la determinación de responsabilidades por el ejercicio disfuncional de sus competencias.

Si bien históricamente este instituto se consideró como una vía residual para la impugnación de los actos administrativos, que operaba únicamente en aquellos casos en que no existían otros óbices formales o materiales a través de los cuales objetar la actuación pública —visión clásica de la desviación de poder—, concluyo que tal postura se encuentra superada en la actualidad, pues limitar la denuncia y el análisis de un vicio de tal gravedad como la desviación de poder vulnera la garantía de las personas a recibir una tutela judicial efectiva y completa de sus derechos. El dejar por fuera el análisis de la desviación de poder como sostiene la postura clásica, bajo el pretexto de que el acto administrativo puede ser anulado por otras vías acaso más directas, implicaría que, si bien la actuación pública concreta podría ser anulada, la responsabilidad personal del funcionario público nunca sería analizada y, por tanto, su actuación por fuera de Derecho quedaría en la impunidad, lo cual resulta inadmisibles.

Es así que la desviación de poder no debe tener un carácter residual, mas sí uno subsidiario de otros vicios que atenten contra la legalidad del acto administrativo, con lo cual es posible denunciarlos conjuntamente. En el evento de que tales vicios de legalidad procedan y en virtud de ellos se declare la nulidad del acto, ello no debe impedir que el juzgador evalúe la desviación de poder, pues si bien no será menester contar con ella para la declaratoria de nulidad del acto administrativo, sí lo será para verificar la actuación del funcionario público a fin de determinar sus responsabilidades en el caso de que la infracción a la finalidad pública haya obedecido efectivamente a su intencionalidad personal.

Ya que la investigación del vicio de desviación de poder debe circunscribirse en la contradicción existente entre lo que el acto administrativo satisface y la finalidad primaria del acto

“

La medida con la que se evalúa la existencia de la desviación de poder no es el beneficio público, sino la actuación por fuera de la legalidad respecto del fin concreto normativamente establecido.

”



impuesta por la normativa, se tiene que varias pueden ser las tipologías de desviación de poder que pueden verificarse, siendo todas ellas causal de nulidad del actuar administrativo. Así, existe desviación de poder en el caso de que el funcionario actúe con una finalidad personal; cuando actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o un grupo de terceros; o cuando actúa con la finalidad de beneficiar a la administración o al bien común. Los dos primeros casos se explican por sí solos; no obstante, el tercero puede generar confusión.

Tan nulo es el actuar público que pretende obtener un beneficio particular como aquel que persigue un beneficio público distinto al específico que fue dispuesto por la norma como legitimador de la creación y concesión de la potestad pública. La medida con la que se evalúa la existencia de la desviación de poder no es el beneficio público, sino la actuación por fuera de la legalidad respecto del fin concreto normativamente establecido. De esta manera, no legitima el uso arbitrario de una potestad pública el hecho de que a través de él se haya beneficiado al sector público, pues el funcionario público no tiene la competencia jurídica para determinar cómo beneficiar o no al interés público; tal prerrogativa corresponde a la sociedad en su conjunto, a través de sus representantes con un acto normativo de rango constitucional o legal. Los beneficios que pueda recibir el Estado deben guardar parámetros de legitimidad, por lo que cualquier beneficio que reciba el sector público por fuera de tal medida posee idéntico carácter de ilegítimo como lo tendría el beneficio particular injustificado o incausado.

Partiendo de esto, debe tenerse en cuenta que el vicio de desviación de poder torpedea de tal forma la esencia misma del acto administrativo, que no puede sino considerarse como productor de nulidad absoluta. De allí que su declaratoria podría ser realizada tanto a petición de parte como de oficio, su acción imprescriptible y sus efectos *ipso iure*. Ahora bien, legislaciones como la española han considerado tradicionalmente la desviación de poder como casusa de nulidad relativa, particular

que desvaloriza la gravedad de un proceder administrativo que, aprovechándose de potestades públicas conferidas, actúa por fuera de la finalidad legítima para lograr particulares objetivos inconsecuentes con la previsión normativa. En legislaciones como la española, no resulta entendible cómo el vicio de incompetencia sí es tenido como causante de nulidad absoluta y un vicio de mayor trascendencia, como la desviación de poder, apenas se lo tenga como causante de nulidad relativa.

En Ecuador, a partir de la expedición del Código Orgánico Administrativo (COA), la desviación de poder es considerada como productora de nulidad absoluta, particular que es correcto. Existe, eso sí, un grave inconveniente con la previsión normativa del instituto, ya que no se utilizó el nombre del mismo, sino que se lo definió al momento de regularlo como causal de nulidad. La definición legislativa utiliza el verbo *violar*, el cual, si bien resulta idiomáticamente correcto, posee una intensidad superlativa que, eventualmente, podría acarrear inconvenientes. La doctrina ha utilizado el verbo *apartar* al momento de definir a la desviación de poder. Este último verbo facilita el entendimiento jurisdiccional de la verificación del vicio en relación con la dificultad que, en la generalidad de los casos, existe para demostrarlo. Es decir, psicológicamente resulta más sencillo para el juzgador lograr un convencimiento sobre el acaecimiento de la infracción al elemento teleológico del acto administrativo, al comprenderla a partir del verbo *apartar*. Por el contrario, existe mayor propensión a aplicar rigurosos parámetros de evaluación cuando el vicio que debe ser examinado se lo identifica



con una «violación», por la grave carga específica que tal concepto conlleva.

La inconsciente afectación en la disposición jurisdiccional que el verbo *violar* produce puede conllevar un mayor grado de rigurosidad, del que de suyo existe, para que el afectado, a través de sus pruebas no siempre contundentes, logre el convencimiento en el juez sobre la verificación del vicio. Por ello, concluyo que es necesario una reforma de esta previsión legal, de cara a utilizar la denominación común del vicio como causa de nulidad —desviación de poder—, o modificar el verbo empleado —*violar por apartar*—, para de esta manera ampliar el entendimiento del instituto, de cara a que su denuncia, prueba y apreciación judicial resulten más sencillas.

Ha sido anticipada ya la dificultad que existe para demostrar la desviación de poder, en la medida en que, para ello, es necesario demostrar la existencia de una intencionalidad particular del funcionario público, ajena a aquella finalidad que la normativa estableció como legitimadora de tal actuación. Inicialmente la desviación de poder solo fue admitida como vicio del acto administrativo si resultaba del texto mismo del acto; más tarde se la aceptó también cuando resultaba del examen de las piezas integrantes del expediente en el cual se dicta el acto; y, finalmente, se la aceptó si surgía del contexto en el cual se tomó la decisión administrativa y aún si pudiese probarse por la conducta posterior y consecuente de la administración a través de prueba indiciaria.

En otras palabras, en la actualidad se habrá de tomar en cuenta, para tener por configurado el vicio de desviación de poder, los términos en que ha sido redactado el acto administrativo, los antecedentes que puedan surgir de las actuaciones administrativas que lo han precedido, la motivación expuesta por la pro-

pia Administración Pública y el pertinente arqueo con el resultado final obtenido por el acto administrativo emitido. En algunos casos, la arrogancia del funcionario público podrá dejar indicios externos respecto de sus intenciones; no obstante, en otros casos tal intencionalidad se encontrará sumergida en el fuero interno del funcionario, donde la prueba será incluso de imposible obtención. En casos como estos, los indicios de la acción administrativa a los que me he referido serán el referente para evidenciar la verificación de la infracción.

Para la demostración de la desviación de poder, si bien es pertinente el uso de prueba directa, objetiva o plena, que es la usual en ma-

teria administrativa, también lo es la prueba indiciaria. Así, con un minucioso examen del expediente administrativo, se puede en ocasiones suministrar valiosos elementos a la infracción, pero también a través de prueba documental o testimonial de naturaleza indiciaria

se podrá demostrar la finalidad persecutoria, de favoritismo, interés o finalidades públicas no previstas ni autorizadas por la ley. Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, incluso hallándose en el ejercicio o en ocasión de funciones públicas, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder. De todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la prueba de la desviación de poder resulta de una convicción y no de una constatación, ya que no se trata de probar un elemento concreto, sino un elemento intelectual, psicológico, una intención o incluso un sentimiento.

La desviación de poder es el vicio de la actuación pública más sofisticado y, consecuentemente, más protervo de los existentes. El hecho de que una intencionalidad oculta en

“  
**Es necesario demostrar la existencia de una intencionalidad particular del funcionario público, ajena a aquella finalidad que la normativa estableció como legitimadora de tal actuación.**  
”



“  
La prueba de la desviación de poder resulta de una convicción y no de una constatación, ya que no se trata de probar un elemento concreto, sino un elemento intelectual, psicológico, una intención o incluso un sentimiento.”

el fuero interno del agente público constituya el elemento infractor de la validez de la actuación pública, en tanto en cuanto tal intencionalidad no se encuentre conforme a la finalidad pública debida, torna a esta infracción en una de las más complicadas, si no la más complicada de demostrar ante un Tribunal. Complejidad que se agrava aún más si la actuación pública esconde la finalidad desviada tras un proceder formal y materialmente inobjetable. Este conjunto de circunstancias conduce a que la impugnación por desviación de poder posea un nivel de dificultad extraordinario, lo que a su vez conlleva un porcentaje de éxito reducido. Por tanto, el grado de impunidad del actuar inválido de funcionarios públicos que se valen de las potestades públicas a ellos confiadas para cumplir finalidades particulares distintas a las generales normativamente establecidas es considerablemente elevado.

Esta circunstancia es inadmisibles e implica la necesidad de que los distintos actores jurídicos profundicen en el estudio de la desviación de poder, con el fin de prevenirla y, de ser el caso, impugnarla en debida forma. Especial relevancia tiene el pleno conocimiento de los extremos y características de este vicio jurídico en los juzgadores, en cuya responsabilidad está realizar, en cada caso concreto, el debido control de la legalidad del actuar público. Entendiendo la complejidad de este instituto en cuanto a su comprobación directa, los juzgadores han de tener la suficiente amplitud de receptar cuanta prueba indiciaria fuera aportada, con el fin de valorarla, así mismo de la manera más amplia, a fin de confirmar si el agente estatal observó la finalidad pública que estaba en la obligación de acatar o si, por el contrario, se valió de la potestad pública de su titularidad para cumplir objetivos extranormativos particulares.

Teniendo en cuenta que la arbitrariedad que conlleva la desviación de poder atenta contra una de las estructuras más fundamentales del Estado de Derecho —entrega de una potestad pública a una persona para que la ejerza conforme a las normas, en pos del interés público—, la sociedad no ha de tener tolerancia alguna respecto de ella. Se requiere de un marco normativo eficaz contra este tipo de prácticas indebidas, así como una clara postura social contra ellas. Como quedó anotado, los juzgadores adoptan un rol protagónico en la tutela del interés público en los casos de desviación de poder, así como en la fiscalización del proceder de los funcionarios públicos, cuya responsabilidad personal, más allá de la anulación de su actuación, debe ser evaluada en pos de determinar los efectos jurídicos que procedan en su contra.

