

CASTRO SÁENZ, Alfonso: *Compendio histórico de Derecho romano. Historia, recepción y fuentes*. Tebar, Madrid, 2005.

Las normas deben contextualizarse históricamente para ser comprendidas. El Derecho es un fenómeno social y se enmarca en una trama determinada; es decir, constituye una manifestación de un más amplio devenir de circunstancias políticas, sociales e ideológicas. Son estas vicisitudes las que acaban de explicarlo, y algunos de sus aspectos más oscuros en términos dogmáticos se hacen bastante menos misteriosos a la luz de la Historia.

Frecuentemente, como profesor de Derecho Romano, me enfrento a la pregunta de algún alumno inquieto que precisa profundizar en algún tema jurídico cuya explicación suele ser histórica. En este sentido, reenviar al alumno a una buena Historia del Derecho, y más específicamente a una buena Historia del Derecho Romano, no resulta difícil.

Sin embargo, el estudio de la Historia del Derecho, como tal, sin una contextualización más general de orden político y económico, resulta seca, pues la evolución de las normas jurídicas responde a la evolución de la sociedad que las crea. Es aquí donde el libro del profesor Castro Sáenz resulta un especial aporte. En efecto, no es solamente una historia del Derecho Romano, sino que además incluye una Historia política y social que la complementa.

Comienza, en su primera parte, con un capítulo de orden introductorio donde la especial naturaleza de la obra se manifiesta claramente. En efecto, realiza una periodificación histórica y otra jurídica, para luego concordar ambas en una periodificación conjunta.

A continuación trata del sistema de fuentes de conocimiento del Derecho Romano, analizando separadamente cada una de ellas, tanto literarias como jurídicas, a fin de dar una visión cabal de los problemas que plantea el estudio del Derecho Romano.

Los siguientes capítulos versan alternativamente sobre historia política y social, y sobre historia jurídica. Así, frente a su capítulo segundo (Roma Arcaica pp. 87 y ss.) que trata desde el origen de Roma y la monarquía, hasta

el fin de las luchas patricio-plebeyas, ubica un capítulo tercero (pp. 111 y ss.), dedicado al Derecho Arcaico y la Ley de las XII Tablas. Lo mismo se puede decir de los períodos sucesivos, como la Alta y Baja República, el Principado, el Dominado, la caída de Roma y el primer mundo bizantino bajo Justiniano. Frente a todos ellos existe un acápite específico destinado a mostrar el desarrollo del Derecho en cada época.

Su parte tercera, dedicada a la recepción del Derecho Romano, es también interesante, toda vez que trata diferentes contextos culturales donde se ha recibido el Derecho Romano. La mayor parte de las historias del Derecho Romano accesibles a un alumno de primer año realizan un ejercicio similar, pero menos ambicioso, puesto que no incluyen acápite específicos para fenómenos tan fascinantes como la recepción del Derecho Romano en el mundo bizantino (pp. 425 y ss.), donde incluso rebasa la caída de Constantinopla para alcanzar la tradición romanística de Europa del Este actual. Otro tanto cabe decir de su capítulo décimo cuarto (pp. 517 y ss.) que abarca incluso la independencia Latinoamericana y la enseñanza del Derecho Romano en el subcontinente.

Por último, en su capítulo decimoquinto (pp. 569 y ss.) se bate con el problema de la función del Derecho Romano en el mundo moderno, enfocándolo como un elemento que permite la globalización del Derecho, pues constituye el acervo común dogmático de la tradición occidental.

Para concluir, el autor incluye un elenco de textos jurisprudenciales (pp. 600 y ss.) sobre diferentes materias relevantes a la hora de estudiar el Derecho, como son textos sobre el Derecho Natural, acerca del Derecho de Familia, Procesales, relativos a la Propiedad y la Posesión, sobre Derechos Patrimoniales y, finalmente, sobre Derecho Sucesorio. Los fragmentos están bien elegidos, y parecen una suerte de degustación de jurisprudencia, destinada a abrir el apetito de conocimiento.

En cuanto al estilo, es claro y apasionado, de fácil comprensión y adecuada hondura, apto para el amplio horizonte de personas de cultura que deseen interiorizarse en el mundo jurídico romano. Se lee con placer, lo que resulta excepcional en la literatura jurídica. Además, a través de numerosas notas a pie de página, reenvía al lector a otros textos donde

podrá profundizar sobre las distintas materias ahí tratadas a fin de comenzar una investigación específica sobre el tema.

En nuestra opinión, este es un libro que hacía falta, pues conjuga armoniosamente la Historia y el Derecho.

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006) *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I, segunda edición. (Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 292 pp. )

#### 1. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO: UN APOORTE AL CONSTITUCIONALISMO

Desde hace ya casi tres décadas el derecho constitucional chileno se encuentra en proceso de expansión. El fenómeno de *constitucionalización del derecho*<sup>1</sup> provocado por la Carta de 1980 ha consolidado la doctrina más preclara del constitucionalismo: sus normas se encuentran al servicio de la persona humana, comprometiendo al Estado al respeto de la legalidad y la igualdad jurídica.

Como consecuencia de aquello –y en buena hora– han proliferado en estos años textos y doctrinas más sofisticadas de derecho constitucional, toda vez que el “*mercado jurídico*” lo demanda cada día más.

En dicho contexto nos encontramos con este libro de Derecho Constitucional Económico, de naturaleza eminentemente técnica y de evidente utilidad práctica para quienes, desde la docencia o el ejercicio profesional, desarrollamos actividades vinculadas al derecho público. Su segunda edición se hacía para nosotros necesaria y su actualización indispensable<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ver a este respecto, entre otros, FERRADA (2003) y FAVOREAU (1999).

<sup>2</sup> A la primera edición de este libro, el tema era de escasa discusión: solo algunos artículos, unos de ellos de alta calidad técnica, existían respecto del Orden Constitucional Económico, y pocos autores proclives a las ideas de libertad habían publicado

Es meritorio que Fernandois haya desarrollado en forma persistente su investigación en materias que no habían sido de masivo estudio por parte de la doctrina nacional<sup>3</sup>. Tal esfuerzo no hace sino ampliar el alcance del constitucionalismo nacional a áreas que años atrás habrían sido impensadas, como la protección del individuo frente al Estado-Empresario o al Administrador arbitrario. Este estudio representa, como todas aquellas que profundizan en este camino, un paso más en,

---

en la materia. Hoy el escenario es otro, destacando Fernandois entre otras, las obras escritas por GUERRERO (1998), SOTO KLOSS (2001), FELIÚ (2001), ALCALDE (2001), NAVARRO (2000) y RIBERA (2000) que siguen el camino de la libertad económica garantizada por la Constitución

<sup>3</sup> En particular, respecto de conceptos que distan de ser pacíficos. Al respecto, algunos, como QUINZIO (2004), p. 177, señalan que “*Nuestra Constitución dirige en materia económica a una Economía de Mercado y no social, ya que esta tiene como principio rector la libertad económica*”. Otros, como BAUER (1998), p. 25, sostienen que “*Chile es un ejemplo pionero no solo de la perspectiva neoliberal en el diseño institucional, sino del enfoque de la “Escuela de Chicago” del derecho y las instituciones*”. FERRADA, (2000) p. 49, va más allá agregando que “*la propia conceptualización del “orden público económico” y su estudio reflejan un enfoque parcial e ideologizado de la materia*”. (En los tres casos los destacados son nuestros).

como la califica Ziulú, esa “verdadera historia de la libertad” que es el constitucionalismo<sup>4</sup>.

¿Qué podría encontrar de novedoso el lector en esta segunda edición? Lo primero, que conserva en forma inalterada de la primera la esencia libertaria de sus tres ideas centrales: la primera, una defensa del Orden Público Económico, haciéndose cargo de quienes niegan valor a tal principio<sup>5</sup>. La segunda, el desarrollo constitucional del principio de subsidiariedad, la necesidad de la actividad económica del fin de lucro y el límite al Estado para restringir o regular la libertad de empresa y de obtención de dicho incremento de rentas. El tercer contenido de este primer tomo, aparentemente el más investigado por el autor en los años que median entre ambas ediciones, dice relación con el concepto de igualdad y la discriminación, en sus vertientes “justa” y “arbitraria”.

Sin embargo, el mayor logro en esta es el desarrollo de las líneas trazadas en estos tres capítulos: esta edición incluye un interesante trabajo de actualización de sentencias jurisprudenciales –nacionales y extranjeras–, doctrina chilena y comparada y reflexiones conformes con dos vertientes que se fusionan en nuestra Carta Fundamental: por una parte la tradición latino-occidental del derecho civil y su libertad contractual y, por otro, el rol subsidiario del Estado y de las instituciones intermedias.

## 2. EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y EL ORDEN ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

No hay duda de que la intención del Constituyente Originario de 1980 fue crear un modelo constitucional que no fuere neutro. A diferencia de sus predecesoras, esta Carta Fundamental posee contenido axiológico: en terminología de Loewenstein, es una carta programáti-

ca<sup>6</sup>, que optó por un sistema democrático, defensor de los derechos esenciales de la persona y respetuoso de la igualdad, libertad y pluralismo<sup>7</sup>.

No es de extrañar, pues, que la vigente Constitución haya asegurado la determinación de ciertos valores centrales en el sistema económico y social, asegurando un indubitado predominio del individuo por sobre el Estado en materias económicas. Por ende, como señala Yrarrázabal “*El Orden Público Económico es la base conceptual del Derecho Económico. (...) todos los análisis y estudios que se hagan al respecto debieran ayudar en su clarificación*”<sup>8</sup>. La esencia de tal orden, no cabe duda, radica en el principio de subsidiariedad.

Resulta paradójico –casi políticamente incorrecto– referirse al rol subsidiario del Estado en estos días<sup>9</sup>. Las estadísticas señalan que nuestra sociedad valora aún en forma escasa la autonomía de emprendimiento<sup>10</sup> y, al contrario, aprecia el rol estatal dirigista en la economía<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> LOEWENSTEIN (1976) p. 212

<sup>7</sup> Es ilustrativa a este respecto la discusión sostenida en el curso de las reformas a la Constitución de 1980 sostenidas en la Comisión de Constitución del Senado en relación a la introducción del concepto “*estado democrático y social de derecho*” en las bases de la institucionalidad. Tal iniciativa fue rechazada por cuanto los principios que se pretendían introducir ya son parte integrante de la Carta Fundamental para el criterio de la mayoría de dicha Comisión. Ver PFEFFER (2005) pp. 554 a 556

<sup>8</sup> YRARRÁZABAL (1999) p. 14

<sup>9</sup> Recientemente ha finalizado una gran manifestación motivada por la libertad de enseñanza en el que se discutió primordialmente el rol del Estado respecto de la educación y la enseñanza: para algunos el fracaso del actual modelo conlleva la necesidad de volver a la estatización de la misma.

<sup>10</sup> Señala la encuesta del CERC de mayo de 2006 que “*la gran mayoría de los chilenos, 71%, considera que la igualdad social tiene más importancia que la libertad individual, mencionada por un 25%. Este resultado confirma los datos del 2005 y es un aumento de las primeras mediciones en 1990 y 1995, cuando una mitad de los chilenos favorecía la igualdad*”

<sup>11</sup> Fermandois coincidirá con la queja de LIPPMANN (1937) respecto de un modelo “sobregobernado”, con más intervención del Estado. Tal, dice Lippmann, no haría otra cosa sino sepultar toda esperanza de igualdad de oportunidades.

<sup>4</sup> ZIULU (1997) p. 41

<sup>5</sup> Uno de los más valiosos avances en la materia, como señala el propio autor, es que la doctrina comparada ha evolucionado hacia posiciones más proclives a la libertad. Por ejemplo destaca FERMANDOIS. (2006) p. 51, cómo el catedrático francés George RIPERT modificó su tesis, abandonando el dirigismo estatal en sus últimas ediciones, las cuales, desafortunadamente, no han tenido repercusión en la doctrina nacional más estatista.

Frente a este fenómeno social Fermandois desarrolla la teoría de la libertad basada en la superioridad ontológica y teleológica del hombre frente a la sociedad. En una adaptación de la tradicional teoría tomista a la economía moderna, el autor nos invita a que redescubramos que lo accidental –la sociedad– necesita de la presencia del ser subsistente –el hombre– para existir, lo que explica por qué el Estado está al servicio de la persona humana y determina el rol subsidiario del aquel en el orden social<sup>12</sup>.

Como buen discípulo de Guzmán, Fermandois acoge en su libro su concepción sobre la subsidiariedad que, plasmada en la Carta Fundamental, considera que “*la iniciativa particular o privada es preferente, y (...) solo en virtud del principio de subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no pueden efectuar por sí solos*”<sup>13</sup>.

Del rol subsidiario del Estado emanan los demás principios que el autor supone para el Orden Público Económico: la interdicción de la arbitrariedad, la valoración de la propiedad privada, la revisión judicial, la reserva legal en materias económicas, la independencia de la política monetaria respecto del gobierno de turno y las restricciones al Estado en materias empresariales. Mención aparte merece la investigación de Fermandois de una característica aún poco estudiada entre nosotros respecto de las cualidades del “Estado empresario”, consistente en el principio de especialidad<sup>14, 15</sup>.

<sup>12</sup> El autor se suma a “*la crítica de inspiración socialcristiana a Estado de Bienestar (que) se apoya en la idea de dignidad humana y de la prioridad de la persona frente al Estado*” de la que GARCÍA-HUIDOBRO (1997) p. 228

<sup>13</sup> GUZMÁN (1978) p. 2918

<sup>14</sup> Aquella consiste, en palabras de DELAVEAU, (2004), en que “*Si el Estado pretende desarrollar actividades empresariales, debe contar con una ley de quórum calificado que lo autorice. (...) Si la actividad empresarial estatal es subsidiaria y excepcional, sus alcances deben ser acotados con la mayor precisión posible. (...), la ley que permita la actividad empresarial del Estado debe definir específica y detalladamente el giro de la empresa pública*”

<sup>15</sup> Ver al respecto EVANS (2002) p. 674.

### 3. LA IGUALDAD, LA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA Y LA DIFERENCIACIÓN JUSTA

Esta obra se propone, asimismo, a especificar el contenido de la igualdad o “*conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad*”<sup>16</sup>. Por definición ella no supone uniformidad, pues es de la naturaleza humana que no todos somos similarmente iguales. El autor se aboca, desde esa perspectiva, a la compleja labor de superar la terminología tradicional en la materia<sup>17</sup> por medio de un modelo que permita al intérprete determinar con mayor grado de certeza cuándo se produce un quiebre en dicha igualdad justa, configurándose la discriminación arbitraria<sup>18</sup>.

Para Fermandois los requisitos o beneficios deben ser los mismos para personas que se encuentren realizando *operaciones similares*: la misma norma o razón debe regular a quienes están ubicados en la misma disposición o situación objetiva. De este modo, será arbitrariamente discriminatoria la norma o acción que imponga requisitos distintos a personas objetivamente iguales. La determinación de dicha objetividad está referida a la *proporcionalidad de medio*<sup>19</sup>, cuyo criterio de determinación consiste en el análisis del elemento esencial de la relación de igualdad.

Así, será justa la diferenciación cuando se refiera a personas que se encuentren en la misma categoría de sujetos, siempre que se refiera a la relación de dichos individuos en cuanto tales y al grado de intensidad de la regulación, en lo que el autor denomina “*la so-*

<sup>16</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo segunda edición.

<sup>17</sup> Al efecto señala FERMANDOIS (2006) p. 252 que la definición de BANDEIRA DE MELLO (1978) seguida por la doctrina nacional consistente en “*tratar en forma igual a los iguales y desigualmente a los desiguales*”. Sería tautológica, pues según el autor con quien coincidimos, tal cosa no sería sino una mera redundancia de términos o petición de principios.

<sup>18</sup> En esta edición hay significativos estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la línea de la motivación del acto administrativo y su falsedad o ausencia que refuerzan la idea del autor.

<sup>19</sup> FERMANDOIS (2006) p. 262

*fisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma*<sup>20</sup>.

MARCELO BRUNET

#### BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2001): "Persona humana, autonomía privada y orden público económico". *Revista Actualidad Jurídica*. N° 4: pp. 77-106.
- BANDEIRA DE MELLO Celso Antonio (1978): "El Contenido Jurídico del Principio de Igualdad." *Anuario de Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad de Chile, 1978: pp. 7-29.
- BAUER Carl. J (1998): "Derecho y economía en la Constitución de 1980". *Perspectivas en Política, Economía*, N° 1, Vol. 2: pp. 23-47.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2004): "Enap y la Especialidad del Giro Empresarial del Estado". *Diario Financiero*, martes 31 de agosto de 2004: p. 2.
- NAVARRO BELTRÁN Enrique (2000): "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980", *Revista de Derecho Público*, N° 62: pp. 32-47.
- EVANS ESPÍNEIRO, Eugenio. (2002): "Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la administración y fiscalización del Estado". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 3: pp. 673-684.
- FAVOREAU, Louis (1999): "La constitucionalización del derecho penal y del procedimiento penal: hacia un derecho constitucional penal". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26: pp. 279-322.
- FELIÚ Olga,(2001): "El ejercicio de la libertad económica y de las facultades de los organismos antimonopolios". *Revista Actualidad Jurídica* N° 1: pp. 71-88.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Tomo I. Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile) 234 pp.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Tomo I, segunda edición. Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile) 292 pp.
- FERRADA BÓRQUEZ Juan Carlos (2000): "La Constitución Económica de 1980: Algunas reflexiones críticas". *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 11: pp. 47-54.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos *et al.* (2003): *La constitucionalización del derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile* (Santiago, Chile) 298 pp.
- GARCÍA-HUIDOBRO Joaquín (1997): "Más allá de las modernizaciones, La reconstitución del Estado". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 2: pp. 225-252.
- GUERRERO DEL RÍO, Roberto (1998): "Consideraciones en torno al Orden Público Económico y los Tributos Manifiestamente Desproporcionados e Injustos". *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° II: pp. 107-116.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime (1978): En Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (CENC). Edit. Impr. Talleres de Gendarmería.
- LIPPMANN, Walter (1937): *The Good Society*. En Friedman, Milton (1980): *Libertad de Elegir*. Edit. Grijalbo, Barcelona, 436 pp.
- LOEWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución* (Ediciones Ariel, España) 619 pp.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005*, Antecedentes (Debates, Informes. Edit. Jurídica de Chile) 661 pp.
- QUINZIO FIGUEIREDO Jorge Mario (2004): *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo II, Edit. LexisNexis) 606 pp.
- SOTO KLOSS Eduardo, (2001): "La Actividad Económica en la Constitución Política de la Republica". *Ius Publicum*, N° 2.
- RIBERA NEUMANN Teodoro (2000): "La Potestad tributaria del Estado". *Revista de Derecho Público*. N° 62: pp. 32-47.
- YRARRÁZABAL COBARRUBIAS, Arturo (1999): "Orden Público Económico: ficción o realidad". *Revista del Abogado*, Colegio de Abogados de Chile A. G., N° 15: pp. 13-18.
- ZIULU, Adolfo Gabino (1997): *Derecho Constitucional* (Editorial Depalma, Buenos Aires) 411 pp.

<sup>20</sup> FERMANDOIS. (2006) p. 263.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1999): *La desviación de poder* (2ª edición actualizada y ampliada, Madrid, Editorial Civitas)

I. La catedrática española de Derecho Administrativo Carmen Chinchilla Marín nos presenta su segunda edición aumentada y actualizada de la obra de 1989, *La desviación de poder*. Frente a un título tan ambicioso el lector podría imaginar que el libro es extenso y de difícil lectura. La realidad es muy distinta: Las 230 páginas de esta obra de magnífica redacción nos demuestran que un tema tan amplio puede abarcarse, en pocas páginas y detalladamente, con abundantes citas judiciales y doctrina comparada.

Una obra sobre la desviación de poder (en adelante desviación de poder) es de invaluable utilidad para cualquiera que viva en un país donde rige de algún modo el principio de separación de los poderes del Estado y, más modernamente, donde reina la juridicidad como garantía del Estado de Derecho. En efecto, el exceso y la desviación de poder tienen un carácter *supraestatal* pues no importa si el ordenamiento constitucional de un país los define o no (España define desviación de poder en el artículo 70.2 de la LJCA de 1998), cada sistema con potestades públicas demarcadas puede transformarse en un laboratorio para su gestación.

II. La desviación de poder, en opinión certera de la autora, no significa actuar sin potestad —como parece sancionar nuestro artículo 7º de la Constitución—, sino que supone una potestad formal asignada, pero ejercida desviada de sus fines o, más correctamente, del espíritu de la ley o del ordenamiento jurídico que la otorga.

El libro que comentamos comienza con una aproximación histórica que analiza el origen de la desviación de poder en Francia, tras haberse desarrollado el principio de la separación de poderes. Era así como bastaba que uno de los poderes, y muy especialmente el Poder Judicial, se inmiscuyera en las potestades de otro, para que se produjese un acto en exceso de poder (*excès de pouvoir*).

El órgano encargado de conocer de estos excesos era —y sigue siendo— el Consejo de

Estado francés, en cuyo seno se habría ampliado paulatina y casuísticamente el concepto hacia un control no tan formalista, sino que más bien sustancial, teniendo ahora en cuenta los motivos del acto administrativo impugnado y el fin original de la ley que concede la potestad. Tal revisión finalística y no meramente formal, marca el origen del concepto de desviación de poder y del control de los actos administrativos.

III. Sin estancarse en Francia, la autora salta rápidamente a Italia, nación que muy en consonancia con su historia jurídica antigua, desarrollaría jurisprudencialmente el concepto de desviación de poder hasta su positivación en el siglo XX.

Finalmente la autora torna su interés —definitivamente— a España, y revisa la copiosa historia legislativa en relación con la desviación de poder en ese país. Para hacerlo debe previamente abordar necesariamente conceptos como el exceso, abuso, exceso de competencias, entre otros, que no siempre son equivalentes. La revisión histórico legislativa de la autora es acabada y se ve reforzada de manera notable por lo que explica en el capítulo segundo.

IV. Como hemos adelantado, España consagró la desviación de poder en su ordenamiento positivo. La actual definición de 1998 tiene su equivalente en una ley de 1956 y no parece del todo clara la razón que llevara al legislador español a positivizar una noción de origen y desarrollo jurisprudencial. En ese orden de cosas la autora esboza una interesante tesis sobre la positivación de la desviación de poder en España. Ocurre —señala—, algo curioso pues la positivación en España se debería, en su opinión, a la necesidad de trascender al positivismo puro y estricto, que es precisamente el que permite la desviación impune. En efecto, si la desviación de poder supone un control finalístico de la administración, el análisis no puede ser exegético puro, sino que pre-

cisamente teniendo en cuenta el espíritu y fines de la ley que otorga la potestad formal<sup>1</sup>.

Si se nos permite la comparación, el derecho chileno prescribe en el artículo 7 de la CPE que los órganos del Estado deben actuar '*dentro de su competencia*' y no distingue si esa consideración debe ser hecha en relación a la competencia meramente formal o si la palabra '*dentro*' debe significar, además, una racionalidad en el ejercicio de esa potestad. Casos como el de la "restricción vehicular" y el de la "píldora del día después" pueden ser paradigmáticos para demostrar que el análisis exegético de la disposición del artículo 7 puede llevar a un resultado absurdo. La doctrina de la desviación de poder supera esa dificultad al permitir el control por los fines y por los medios, y no solamente un control formal de investidura y competencia.

V. A continuación la autora se hace cargo de la concepción desviación de poder y señala que es "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico". En su análisis sostiene que, en primer lugar, la desviación de poder supone el ejercicio efectivo de potestades administrativas. La autora advierte que el ejercicio de una potestad administrativa es requisito que fluye de la exégesis del texto positivo pero que no puede quedar cercada en el puro ejercicio de potestad, pues aquello involucra dejar fuera del control las omisiones y los actos de la administración que no son potestades administrativas.

En efecto, la misma Constitución —dice—, y la jurisprudencia la sostiene, obliga a la Administración a servir los intereses generales mediante potestades que se le otorgan para servir un interés público concreto, y es recomendable que la desviación de poder abarque tanto acciones como omisiones en el ámbito de las potestades administrativas. Sin embargo la autora niega que pueda haber desviación de poder en

el caso de las actuaciones legislativas y judiciales. Evidentemente en el caso de las facultades jurisdiccionales mal puede existir desviación de poder, sino, como advierte un fallo del Tribunal Supremo español, algún otro vicio propio de la jurisdicción (cohecho, prevaricación, error judicial, etc.).

Si bien en relación con el Poder Judicial no cabe hoy duda que lo afirmado por la autora es correcto<sup>2</sup>, compartimos este planteamiento en relación con el Poder Legislativo. Por las mismas razones que ella expone en relación con el control de constitucionalidad de las leyes, creemos que perfectamente puede hablarse de desviación de poder en los actos legislativos (leyes), y que la misión de declarar la desviación (llamada inconstitucionalidad) recaerá sobre otro órgano controlador como puede ser un Tribunal Constitucional o Supremo<sup>3</sup>. La autora en este caso, sin embargo, cuenta a favor de su argumentación con la venia de la unanimidad de la jurisprudencia constitucional española. Aún así, creemos que la cuestión es más terminológica que sustancial, por lo que disentimos de su visión en este punto.

VI. Tras fijar su posición en cuanto a que por desviación de poder debe entenderse la desviación en los fines, la obra analiza lo que debe entenderse por "fin" del acto administrativo, y de cómo la Administración desvía su poder hacia otros fines diversos a los supuestamente permitidos. Asimismo analiza pormenorizadamente cada uno de esos posibles fines desviados, con un elenco jurisprudencial interesante y abultado.

<sup>1</sup> La DDP ha sido entendida por el Tribunal Supremo español como un instituto contemplado a nivel constitucional en el artículo 103.1 que obliga a la Administración a servir con objetividad a los intereses generales. (Sentencia de 20 de marzo de 1995).

<sup>2</sup> Decimos que "hoy" no cabe duda porque en la pura teoría es perfectamente posible que, por ejemplo, en un Gobierno de Jueces pueda darse DDP ya por la vía de cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya por constituirse en un Gobierno de Jueces ilegítimo, como si por iniciativa propia, e impunemente, dejaran fuera del ordenamiento los recursos que la ley flanquea o por otro medio imaginable.

<sup>3</sup> Los Tribunales Constitucionales no hacen más que constatar una DDP de un Poder del Estado que ha actuado fuera de su competencia, esto es, invadiendo el ámbito del Poder Constituyente.

Un tema interesante es la identificación del “fin” de la actividad administrativa con otros conceptos tomados del Derecho Privado, como la causa ilícita, el abuso del derecho, y el fraude a la ley. Estas identificaciones han sido practicadas por el Tribunal Supremo español en diversos fallos que no parecen convencer del todo a la autora, quien ve semejanzas pero, a su vez, notables diferencias.

Al analizar la *causa* como el concepto más identificable con los tres que analiza (causa, abuso de poder y fraude a la ley), acierta Chinchilla en citar a S. Martín Retortillo, quien la define como “el interés público a satisfacer el caso concreto”. También acierta, a nuestro entender, en decir que resulta difícil distinguirla del fin. En efecto, un concepto extrajurídico tan complejo como la *causa*, dice relación con la adecuación a un fin pues no puede haber causa de la nada sino de algo que se persigue. Es por ello que las razones que mueven a la Administración a desviar su poder y servir un *fin* distinto constituyen desde luego una ilicitud en la *causa*.

Lo que no parece convincente es la razón para excluir de la analogía al fraude a la ley y al abuso de poder. En estos casos estamos también frente a situaciones análogas, desviadas del fin y de la causa. Si bien algunos de los conceptos analizados están presentes en el derecho privado, no se puede dudar a pretexto de la supuesta autonomía del Derecho Administrativo, que todos son institutos de *orden público*, extrajurídicos, y que demuestran que el límite entre el Derecho Privado y el Público es en ocasiones tan tenue que no merece la pena tratar de demarcarlo.

En relación con el requisito del apartamiento del fin aparece una interesante disquisición respecto de si es necesario probar la mera desviación de los fines legítimos de la norma o, si bien, hay que demostrar que perseguía un fin diverso (y cuál era ese otro fin). En el artículo 7° de nuestra Constitución no se presenta tal problema ya que usa la frase autoritativa: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo...”, sin que se exija una búsqueda de fines diversos en el mismo texto constitucional, como parece sugerir la ley española. La autora concluye, haciendo uso de un sentido práctico que puede

contravenir el texto expreso del artículo 70.2, pero que aun así parece razonable, que no es necesario acreditar cuál era el otro fin buscado sino solo el desviado.

Finalmente la autora separa en dos los fines hacia los que puede desviarse la administración. En primer lugar, dice, la administración puede desviarse hacia fines ajenos al interés general, o lo que es lo mismo, a los fines que buscan servir algún interés particular que el ordenamiento jurídico no tutela. Pero la Administración también puede desviarse hacia fines de interés público, y según narra la autora, es precisamente en este ámbito donde se gestó por vez primera en Francia la desviación de poder. Acompaña a esta clasificación un extensísimo elenco de fallos y decisiones de las más variadas disciplinas y manifestaciones administrativas.

VII. Para finalizar su análisis preclusivo la autora examina la desviación de poder en el proceso Contencioso-Administrativo español (Cap. IV). En este capítulo se aborda la el carácter subsidiario que los jueces han dado a la desviación de poder, en cuanto solo podría prosperar un reclamo en cuanto no se detecten otras infracciones legales. Tal doctrina no agrada ni a la autora ni a los García de Enterría y Fernández Rodríguez, habiendo sido esta nueva doctrina aplicada últimamente por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

Luego entra la autora al tema no siempre sencillo de la prueba de la desviación de poder. En efecto, muestra cómo los tribunales han no han dado lugar a causas de desviación de poder por “no haberse probado esta”, y de lo dificultoso que resulta rendir probanza negativa pues se trata de probar que la Administración *no actuó* como debía. El capítulo IV culmina con un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, si bien es interesante, no parece conveniente en este momento extenderse sobre el mismo.

VIII. El libro que comentamos cierra sus cinco capítulos con uno conclusivo especialmente enfocado al tema –a nuestro juicio– más importante: La desviación de poder y la

discrecionalidad administrativa. En efecto, conjugar ambos campos del Derecho Administrativo parece, por lo menos, complicado, y en palabras de algunos autores, peligroso para la administración y para las propias facultades discrecionales. Pero el otro lado de la medalla son los derechos de los ciudadanos, y de ello se han hecho cargo los jueces mientras han existido leyes claras. Así lo deja ver la autora. Asimismo nos muestra que de ello se ha hecho

cargo también el Consejo de Europa al aconsejar a los miembros que los actos emanados de facultades discrecionales deben ser controlados jurisdiccionalmente, y especialmente, el deber de motivar los actos administrativos, medida que en gran magnitud aminora toda desviación de poder. Sin duda una recomendación de esa naturaleza, pone de manifiesto que lo importante es conjugar de manera correcta los elementos poder, derecho y libertad.

MARCELO NASSER