

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 moderadamente, 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 gestión.

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