

LA DESVIACIÓN DE PODER

JOSÉ A. LÓPEZ MENDOZA

“Nunca podrá repetirse bastante que no hay nada más fecundo en maravillas que el arte de ser libre, pero tampoco nada más duro que el aprendizaje de la libertad”.

ALEXIS HENRI CHARLES DE CLÉREL, VIZCONDE DE TOCQUEVILLE
La democracia en América

I. INTRODUCCIÓN

A los efectos del ingreso al estudio de este instituto del Derecho Público, entiendo que corresponde partir de la base de reconocer que la actividad administrativa debe tender siempre, directa o indirectamente a satisfacer necesidades de interés público.

En ese sentido, una primera aproximación al concepto de interés público, puede plantear al intérprete una aparente dificultad a los efectos de su determinación. A tal fin, considero que necesariamente tendrá que vincularse dicha significación, con una concepción integral de lo humano¹ en tanto que es el hombre –quien por naturaleza se constituye en un ser social y político²–, el destinatario de dicho interés.

Por el hombre, se justifica la existencia misma del Estado –quien actúa como moderador de las relaciones humanas y como expresión máxima de organización–, encargado de satisfacer sus necesidades y de plasmar el rumbo de su propia evolución, desde la virtud y respetando su propia libertad, aún

¹ EDUARDO SOTO KLOSS, “La Democracia, para qué? Una visión finalista”, en *Crisis de la Democracia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1975, p. 17.

² EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, 1945, ps. 10 y 11 y SANTO TOMÁS, *De Regimine Principum*.

en la actualidad, en el marco de un orden jurídico internacional, al que nos referiremos más adelante.

Ello, en la medida que si se reconoce que la sociedad importa un conjunto de sujetos que si bien pueden calificarse de autónomos, debe aceptarse también que se encuentran unidos con relación a un término o idea que tiene razón de fin común para ellos y que, a la vez, requiere del ajuste de conductas de las partes del todo social a efectos de asegurar esa dirección única³ que, en el caso del fin del Estado ha de llamarse bien común⁴.

Sobre esta base, se puede derivar en que lo que justifica el *poder* del Estado es la realización de ese fin que, como tal, constituye el conjunto de múltiples condiciones, políticas, culturales, económicas, sociales, etc., que permiten al hombre su realización⁵.

La propia evolución humana y los constantes matices de sus relaciones, que reconocen como base en la doctrina constitucional y administrativa una tensión entre poder y libertad, justifica como rasgo propio del concepto de interés público, su carácter *indeterminable*.

A los efectos de su delimitación, puede el intérprete remitirse a la ya clásica doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. En tal sentido, se ha señalado que “se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados que luego tendrán que concretarse en el momento de su aplicación”⁶. Asimismo, se ha reconocido su carácter de técnica de limitación del ejercicio de facultades discrecionales

³ RODOLFO CARLOS BARRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 34.

⁴ EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ, op. cit., ps. 97-98 quien con profunda claridad indica que “Todo en el universo responde a un orden. Este orden es el trasunto de la razón y de la voluntad de un Dios personal, superior y trascendente al mundo, pero no extraño a él. En virtud de ese orden, todas las cosas tiene prescripto un fin, un puesto, un destino. La adecuación entre el ser de una cosa y el fin a que por naturaleza tiende, se llama bien. La idea de bien supone pues en el ser, cumplimiento del fin a que por naturaleza se dirige. Y así el bien puede ser definido como lo que todos los seres apetecen, entendiendo, claro es, por apetecer, no el deseo consciente, sino la tendencia natural inmanente, propia de cada ser. El bien se concibe como la perfección del ente, como la plenitud cabal de su esencia, como la meta óptica a que le impulsa su propia naturaleza y que por ella viene exigida”.

⁵ SS JUAN XXIII, *Enciclica Mater et Magistra y Pacem in Terris*, Concilio Vaticano II *Constitución Pastoral GAUDIUM ET SPES* n° 74.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 89, enero-marzo de 1996, p. 83; CARLOS M. GRECCO, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa” en LL 1980-D, ps. 1306/1320.

de la Administración⁷ cuyas determinaciones tendrán como directriz, una sola alternativa justa⁸.

Ahora bien, desde un plano de investigación sistémico, en orden al origen de este concepto jurídico, en derecho comparado puede partirse desde la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la medida que reconoce, por influencia russoniana, desde la doctrina continental europea, una superación del concepto aristotélico tomista de bien común para apoyarse sobre el imperium de la voluntad política o popular, a diferencia del enfoque institucional desarrollado por el derecho anglosajón⁹.

En el orden nacional, resulta pertinente reconocer que la Constitución nacional no utiliza la expresión *interés público*, no obstante indicar que aparece como un uso recurrente dicho concepto, en las normas de Derecho Público. En ese sentido, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que el interés público resulta de fuente legal formal¹⁰ y así puede señalarse como causa de sus diversas manifestaciones, toda actividad que pueda resultar útil a la sociedad, provista por el Estado.

Desde dicha óptica, con agudeza de análisis se ha verificado, que no necesariamente el interés público se opone al interés privado, sino que lo trasciende¹¹.

Para el cumplimiento de dicho objetivo ha de justificarse entonces, la organización administrativa y la distribución de competencias entre sus órganos a los efectos de determinar qué porción de ese interés ha de satisfacer cada órgano de la Administración¹².

En ese contexto, debe señalarse que calificada doctrina ha indicado que la Administración Pública, en ejercicio de sus funciones, expresa su voluntad en situaciones distintas unas de otras y en cada una de esas situaciones la

⁷ JULIO R. COMADIRA, “Responsabilidad del Estado por omisión (Actos inter orgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso administrativa”, LL 1996-A, ps. 600/607; ALBERTO DIEGO SARCIAT, “Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, LL 1996-C, p. 14; VICENTE ERNESTO PÉREZ FERNÁNDEZ, “Los límites a la discrecionalidad Administrativa (Los conceptos jurídicos indeterminados y los hechos determinantes)”, LL 1994- D, p. 1066.

⁸ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Cívitas, Madrid, p. 445.

⁹ ESTELA B. SACRISTÁN, “*El concepto de Interés Público en la ley 26.884*”, Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación Ley 26.853 del 23/5/2013, 145 y sus citas.

¹⁰ Vide Fallos 228:359; 157:359 entre otros.

¹¹ ANTONIO CABO DE LA VEGA, *Lo público como supuesto constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p. 250.

¹² TOMÁS HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549 Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, T. I, Astrea, ps. 161 y ss.

voluntad administrativa se exterioriza a través de los diferentes actos administrativos¹³.

Si bien la clasificación de los mismos, excede el marco de este trabajo, importante resulta indicar que todo acto administrativo –substancialmente jurídico, en la medida que proyecta sus efectos hacia lo externo de la Administración–, tiene una finalidad particular que, si bien deviene correlativa con el objeto y contenido del acto, siempre debe estar de acuerdo con el “interés público”¹⁴ que justifica, la asignación de competencia al órgano que lo dicta.

II. ORIGEN DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Por su vinculación con la finalidad de los actos de la Administración, debemos señalar que a diferencia de la mayoría de los institutos jurídicos actuales, de los que puede encontrarse su origen en el derecho romano, la desviación de poder nace sobre fines del siglo XIX y encuentra su raíz en la elaboración y doctrina de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, al conocer sobre los recursos promovidos en vía de *excès de pouvoir*¹⁵.

En ese contexto histórico, puede reconocerse que, a diferencia de lo que sucedía en la etapa de la monarquía donde el Príncipe poseía potestad ilimitada frente al súbdito, porque las normas no eran obligatorias para el gobernante¹⁶, la noción de la desviación de poder es contemporánea al constitucionalismo, a la aparición del principio de “separación de poderes” y –en definitiva–, a la sumisión de la Administración Pública, al derecho.

No obstante, debemos indicar que la asamblea constituyente francesa de 1789, con el objeto de que la Administración conservara su libertad, prohibía que la autoridad judicial conociera acerca de actos administrativos, cuyo juzgamiento debía quedar, entonces, a cargo de la propia Administración¹⁷.

De ello, puede derivarse que, al conocer el Consejo de Estado Francés de los recursos en vía de exceso de poder, sometió a revisión jurisdiccional *contencioso administrativa*, los actos discrecionales de la Administración, circunstancia que lleva a conceder carácter *pretoriano* a su jurisprudencia.

¹³ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, 3ª ed., AbeledoPerrot, ps. 201 y ss.

¹⁴ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., T. II, p. 344.

¹⁵ JOSÉ CRETILLA JR, *Anulacao Do Acto Administrativo por Desvio de Poder*, 1ª ed. Companhia Editora Forense, Río de Janeiro, 1978, ps. 125 y ss.

¹⁶ Puede ampliarse con RANELLETTI, *Diritto Administrativo*, T. I, p. 398.

¹⁷ LAFERRIERE, *Cours de Droit Public e Administratif*, Vol. II – 1860, ps. 511/512.

Seguramente, dicha actividad encuentre su causa en la circunstancia de que la filosofía de la Revolución Francesa no se ocupó del problema de las garantías civiles del ciudadano, sino que centró su interés en la soberanía política.

Por ello, no fue la referida Revolución, la que estableció el contencioso administrativo, aunque debe reconocerse que lo pre constituyó, al reconocer el carácter social de la persona individual. Ha sido el Estado Constitucional sobreviniente, donde puede encontrarse el inicio real de la estructuración de la justicia administrativa. Ello, en principio, por el todavía predominante sentido político sobre el administrado, no con la intención de la defensa de los derechos del ciudadano, sino con el ánimo de servir a la Administración; circunstancia que se ha visto morigerada a partir de la era napoleónica y bajo el poder de *imperium* creado a partir de las ideas del Estado de Derecho.

Por la indicada evolución, el hombre pasó del estadio de súbdito a ciudadano, y como tal, centro de derechos que deben respetarse incluso, frente al acto de autoridad y, por supuesto, a los excesos de poder.

La doctrina continental europea atribuye la introducción del concepto *detournement de pouvoir* o desviación de poder a la obra de LEÓN AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif, Paris, Dunod 197*, en la que se refería a la desviación del Poder de Policía conferido a la Administración¹⁸.

El esbozo de la doctrina de la desviación de poder por parte del Máximo Tribunal administrativo francés, puede encontrarse en el *arrêt Vernes* de mayo de 1858, cuando anuló una decisión del Alcalde de Trouville que en uso de facultades de naturaleza policial, prohibió a los bañistas vestirse y desnudarse en lugares distintos a los establecimientos municipales, pero no con una finalidad de resguardo de seguridad o moral pública, sino, con el fin de favorecer los intereses económicos del municipio¹⁹.

No obstante, es el caso “Lesbats” el considerado *leading-case* en el Derecho Administrativo francés en materia de elaboración de la teoría de desviación de poder. En dicho precedente el Consejo de Estado Francés anuló, en dos oportunidades, la decisión del Prefecto de la ciudad francesa de Fontainebleau, que prohibía el estacionamiento a cierto motorista en el patio interno de la estación de tren, por argumentar un contrato previo con otro transportista, cuando había un texto de ley anterior, promulgado el 15 de noviembre de 1846 que, si bien confería a las autoridades poderes para

¹⁸ JAIME SÁNCHEZ ISAC, *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, Madrid, 1973, p. 71.

¹⁹ Citado por GUIDO SANTIAGO TAWIL, en “La desviación de Poder. ¿Noción en crisis?”, *La Ley* 1989-E, 931.

regular el estacionamiento o circulación de vehículos, dicha autoridad no podía exceder sus poderes de policía para fines extraños al mantenimiento del orden y organización del tránsito (Consejo de Estado Francés, Sesión del 15 de febrero de 1864, Sirey, refont T. 9, III p. 46) en tanto se probó que la decisión anulada, en realidad, tendía a asegurar el monopolio de dos empresas de transporte particular²⁰.

En nuestro país la recepción del instituto en examen, cierta doctrina constitucional la vincula con el art. 28 de la Constitución nacional y desde ese lugar destaca que la recepción de la técnica de control de la desviación de poder, ha sido anterior a la del Consejo de Estado Francés. En el orden formal, primariamente puede encontrarse con la aceptación por parte de los códigos provinciales de la acción de plena jurisdicción²¹, en tanto que a nivel federal se encuentra en el art. 7 de la ley 19.549.

III. CONCEPTUALIZACIÓN DEL INSTITUTO

En la propia esencia de la actividad administrativa, dijimos, se encuentra el interés público que está llamada a cumplir, como imposición misma del Estado de Derecho, y a los efectos de la sumisión de la Administración al *orden jurídico*.

Concretar y plasmar dicho interés público, importa la satisfacción del interés considerado al atribuir competencia a cada funcionario²² y su violación resulta una implícita expresión del concepto de ilegitimidad, de una violación a la ley por quebrantamiento del fin a que debe responder la emisión del acto, que la doctrina denomina “desviación de poder”²³.

En ese sentido, autorizada doctrina nacional ha señalado que “la desviación de poder” o violación de la finalidad legal, se particulariza, fundamentalmente, por trasuntar un contenido o elemento subjetivo psicológico, caracterizado por la voluntad –generalmente encubierta o disimulada– de lograr

²⁰ Ver JOSÉ CRETILLA JR., op. cit., p. 139.

²¹ Ampliar en JORGE REINALDO VANOSI, *La revisión de los abusos de derecho en el Derecho Público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder*, Academia Nacional de Derecho 2002, 247, publicado por la La Ley y en segundo término ver art. 18 inc. c) y 73 del Código sancionado en la Provincia de La Rioja el 18/12/1946.

²² FRAGA, *Derecho Administrativo*, N° 134, p. 299.

²³ MARTÍNEZ USEROS, *La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo*, ps. 97/98 y 112/113. JUAN FRANCISCO LINARES, *Poder discrecional administrativo*, ps. 109/111.

determinado fin, pero no es necesario que el emisor del acto administrativo haya procedido o actuado con intención maligna o inmoral²⁴.

Por ello, se llama desviación de poder al vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y, con particular observación, se reconoce que la interpretación acerca del referido interés público que persigue el acto, debe juzgarse con sentido dinámico y adecuarse a los fines sociales y económicos que presiden constantemente los grandes cambios en el Estado contemporáneo²⁵, sin perjuicio que deba considerarse que la intervención del Estado, sólo será justa, si responde al principio de subsidiariedad²⁶.

Para HAURIUO la desviación de poder es “el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescriptas y no incurriendo en violación formal de ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio”²⁷.

Dicho hecho, así acontecido, desde ahora adelante, implica un abuso de mandato o de derecho que como tal, generalmente se lo vincula con la arbitrariedad, aunque corresponde indicar que, aun en el marco de la discrecionalidad, la Administración actúa siguiendo la finalidad prevista por la norma y por dicha circunstancia, alguna doctrina vincula dicho supuesto, más con el objeto del acto²⁸.

El art. 7, inc. *f* de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 establece en relación al acto administrativo que “habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, público o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad...”.

La primera remisión a la que obliga la norma precedentemente transcrita es reconocer que si el acto administrativo persigue otro fin público, desvirtúa la competencia asignada al órgano y si persigue un fin privado, habría además una ilicitud natural –dolo– por parte del agente que representa al órgano²⁹.

²⁴ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., T. I, I p. 537 y sus citas.

²⁵ JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, T. II, 5ª ed., AbeledoPerrot, p. 205.

²⁶ FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, ps. 72 y ss.

²⁷ HAURIUO, *Precis de Droit Administratif*, 10ª ed, París, 1921, p. 455.

²⁸ AGUSTÍN A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3, Cap. VIII, p. 15.

²⁹ TOMÁS HUTCHINSON, *Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19.549*, 8ª ed.

La segunda remisión, nos acerca al criterio de *razonabilidad* al requerir adecuación proporcional entre el objeto y la finalidad del acto, y lleva a reconocer que es en la actuación discrecional de la Administración donde se acrecienta la posibilidad, para esta, de dictar actos con fines encubiertos o desviados.

En este aspecto, debemos considerar que la razonabilidad se erige en una garantía sustancial, a la misma altura que la legalidad, como conformadora de la garantía del Estado de Derecho^{30 31}.

En ese sentido se ha expresado que el respeto de los derechos individuales que caracteriza el Estado de Derecho requiere dos condiciones. La primera, vinculada con la existencia de normas que fijan un mínimo de protección a los derechos (garantía formal o legalidad), y la segunda, que es la que aquí interesa, está referida a la justicia del contenido de esas normas y, por derivación, de los actos administrativos que los órganos de la Administración dicten (garantía sustancial o razonabilidad). Con razón, se ha afirmado que la legalidad sin razonabilidad, no es más que una garantía formal, vacía de todo contenido de justicia³².

IV. APARENTE CRISIS DEL INSTITUTO, EL PRETENDIDO CARÁCTER SUBSIDIARIO COMO ELEMENTO CERTIFICANTE DE LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU PRUEBA

Este aspecto, la crisis, puede analizarse desde dos puntos de vista.

Por un lado, por una pretendida superación del instituto, como consecuencia del avance de otras técnicas de control del obrar de la Administración, como ocurre en Francia a través de la aplicación de la teoría de la “violación a la ley”, como motivo de impugnación en el contencioso por exceso de poder; o por ampliación de la intervención del Consejo de Estado Francés, por reconocimiento de nuevas técnicas de fiscalización del obrar administrativo, como el “control de los hechos determinantes” o por la construcción alemana de “los

³⁰ ROBERTO M. A. SAGGESE, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, ps. 50/51.

³¹ GUIDO S. TAWIL, “La desviación de poder. ¿Noción en crisis?”, op. cit. y *Administración y Justicia*, T. I, Depalma, 1993, ps. 400 y ss.

³² JEAN RIVERO y MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2000, p. 249. MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., p. 542, SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, ps. 456/457.

conceptos jurídicos indeterminados” o la técnica de “los principios generales del derecho”, todas como herramientas del sostén del Estado de Derecho³³.

Por el otro, por el papel “subsidiario” que se pretende asignar al instituto de la desviación de poder, como vicio del elemento finalidad del acto, desde que alguna doctrina entiende que sólo procedería este medio de impugnación, cuando no exista otro vicio, teniendo en cuenta las dificultades que presente su prueba³⁴.

Resultan insuficientes, en mi opinión, los argumentos brindados por la doctrina a los efectos de sostener la alegada crisis del instituto jurídico que representa la desviación de poder.

En efecto, debe considerarse que, si en principio se reconoce que la desviación de poder ostenta un carácter de técnica de control o de fiscalización del obrar de la Administración, a los efectos del sostenimiento del Estado de Derecho, aparece como inadecuado hablar de superación del instituto, por otras técnicas que persiguen el mismo objetivo.

Tal vez, haya que admitir que como herramientas para lograr la finalidad indicada, tendrán su funcionalidad, según el supuesto de hecho de que se trate y, en este caso en especial, del compromiso moral, principios, independencia y convicciones que el juzgador tenga en el uso de su aplicación y en la investigación que realice a los efectos de su verificación, en el marco de sus atribuciones.

Por otra parte, resulta pertinente señalar que destacada doctrina ha indicado que “la desviación de poder posee un dominio que le es exclusivo, por el cual nunca perderá importancia: el de las determinaciones subjetivas, presentando un interés y una utilidad especialísima que ninguna otro medio de apertura de recurso puede reemplazar. Además, y en esto se encuentra su justificación última, su campo de aplicación es más extendido que el de los restantes casos de exceso de poder, ya que permite el examen de los actos puramente discrecionales, para los cuales no existe condición legal ninguna y, por ende, el medio de la ‘violación de la ley’ carece absolutamente de efecto”³⁵. Es decir, resulta particularmente apta para fiscalizar la “legalidad intrínseca” del obrar o, incluso, la omisión administrativa.

En orden al segundo aspecto analizado, por el que se pretende asignar un carácter subsidiario al vicio del elemento finalidad de los actos administrativos,

³³ JULIO A. PRAT, *De la desviación de Poder*, p. 211, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo - Uruguay, 1957.

³⁴ Ley 19.549, en especial art. 7.

³⁵ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., T. II, p. 537.

debo señalar, en primer lugar, que en el derecho positivo argentino³⁶ no surge un orden de prelación o jerarquía tanto de los elementos del acto administrativo, como de los vicios que puedan provocar la nulidad del acto.

Por otra parte, ha de considerarse que tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, como la doctrina han sostenido que si bien la desviación de poder se particulariza fundamentalmente por el análisis del contenido y del elemento subjetivo, psicológico, caracterizado por la voluntad de lograr determinado fin, no menos cierto es que se ha reconocido que no es necesario que el emisor del acto haya obrado con intención maligna o inmoral, pues cabe incluso, que el vicio se configure por el error de derecho³⁷. Por lo tanto, no en todos los casos resulta indispensable acreditar los móviles subjetivos, sino verificar que el acto de la Administración, no se adecuó al fin predeterminado.

En ese sentido, expresamente adhiero a la postura de destacada doctrina nacional, que sostiene que no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad que el mismo persigue, a cuyos fundamentos me remito³⁸.

En orden a la *dificultad de su prueba*, la experiencia indica que el juzgador habrá de tener en cuenta, a los efectos de tener por configurado el vicio de desviación de poder, *los términos* en que ha sido redactado el acto administrativo –considerando la competencia asignada al órgano–, *los antecedentes* que puedan surgir de las actuaciones administrativas que lo han precedido, *la motivación* expuesta por la propia Administración –observando especialmente los dictámenes jurídicos previos al dictado del acto–, y el pertinente arqueo con el resultado final obtenido por el acto administrativo dictado por la Administración.

En este aspecto, es del caso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que “la desviación de poder exige un esfuerzo para su acreditación, admisible sin embargo aun por vía de presunciones, en tanto condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del defecto referido, en una verdadera prueba diabólica”³⁹ admitiéndose, entonces a las *presunciones* como medio para determinar su prueba.

Que, independientemente de lo expuesto, la jurisprudencia se han encargado de poner de resalto que trascendente resulta también analizar *el procedimiento adoptado* por la Administración a los efectos de otorgar el acto;

³⁶ JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., T. II, p. 206, en especial.

³⁷ CSJN *in re* “Khon Loncarica, Alfredo G. c/ Gobierno Nacional”, del 20/12/1998.

³⁸ MARÍA JEANERET DE PÉREZ CORTEZ, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder” LL 2002-D, 1408 y sus citas.

³⁹ SABINO CASSESE, *La crisis del Estado*, LexisNexis - AbeledoPerrot, 2003, ps. 107 y ss.

las *razones de servicio* invocadas por esta; el *trato desigual, sin móvil de interés general que los justifique y la proporcionalidad o ajuste del objeto al fin del acto*⁴⁰.

Finalmente, no debe dejar de considerarse que como vicio del acto administrativo, difícilmente no se presente acompañado por otros vicios que afecten otros elementos del acto, lo cual hace perder virtualidad a la alegada afirmación relacionada con la dificultad de la prueba de la desviación de poder.

V. VIGENCIA DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER EN EL CONTEXTO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (GLOBALIZACIÓN)

La dinámica del derecho y la evolución de las relaciones humanas, llevan a observar también diferentes cambios en la concepción del Estado, aun en estos días, pudiendo verificarse en una primera etapa, una crisis del denominado Estado gendarme, que dejó el camino abierto a lo que se caracterizó como Estado de Bienestar de características intervencionistas y, desde ese lugar asimismo, propicia resulta la oportunidad para parangonar o replantear tal vez, la referida polaridad existente entre Estado-administrado y las prerrogativas de aquel, frente a las garantías de este.

Se ha reconocido que, en el actual contexto, ya no es inexcusable que el Estado esté en un plano superior al individuo, así como tampoco que el accionar público esté ligado a la discrecionalidad y el privado a la libertad⁴¹.

Se asiste a una exuberancia de derechos sociales y económicos que otorgan nuevas condiciones en el orden mundial.

Resulta un dato de la realidad que en América Latina, se podría decir a partir de la década de los años ochenta, marcó un cambio y repliegue de la intervención del Estado, como consecuencia de los procesos denominados de privatización de empresas públicas y de servicios y, con ello, una transformación en la regulación de la economía y de las funciones que, en ese escenario, está llamado a cumplir el Estado, en un marco de procesos integradores interestatales y de interdependencia de las economías, entre otros parámetros.

Las circunstancias apuntadas han permitido a algunos afirmar la superación del Estado Bienestar para pasar a reconocer un Estado desarrollador, a través de organizaciones supranacionales, cuyo objetivo busca intervenir directamente en la economía, promover el desarrollo económico y asegurar la denominada justicia social, acelerando los procesos de agrupamiento

⁴⁰ Art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional.

⁴¹ Ampliar con AGUSTÍN GORDILLO, op. cit., T. 2, Cap. XXII, 9ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

subregional (ejemplo de lo apuntado se verifica en la creación del Mercosur, TLCN, 63, Comunidad Andina, Mercado Común Centroamericano, etc.).

En el caso del Mercosur, es del caso indicar que más allá de regulaciones comerciales, busca construir instrumentos de coordinación de las políticas económicas, conformes a una lógica de una unión Aduanera.

A la vez, todo este proceso de relación regional, ha sido acompañado por denominados procesos de democratización interna, donde las Asociaciones, las ONGs y Fundaciones que estructuran la sociedad civil se convierten en indudables protagonistas, en la administración del interés público.

Por otra parte, no puede dejar de tenerse en cuenta que la conformación del ALCA (Asociación de Libre Comercio de América), ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), MERCOSUR (Mercado Común Suramericano), la incorporación en la reforma constitucional del año 1994⁴² de todas las convenciones y pactos internacionales de derechos humanos, así como el reconocimiento de tribunales de orden supranacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras y los tribunales arbitrales internacionales del CIADI, los tratados firmados por la República Argentina contra la corrupción y delitos conexos (la Convención Interamericana contra la Corrupción) como lavado de dinero, el narcotráfico y el terrorismo; la Corte Penal Internacional, cuya creación suscribió el país por el Tratado de Roma, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, etc., llevan a reconocer la existencia de nuevo orden jurídico internacional, que obliga al Estado parte a respetar, conjuntamente con las decisiones que adopten los referidos tribunales supranacionales⁴³.

Sobre esa base, entiendo que todo acto administrativo o reglamentario de orden interno, que no respete sin justificación, en el marco de competencia material correspondiente, aquel orden jurídico, lo contrario, desvirtúe o no lo cumpla, puede dar lugar a un supuesto de desviación de poder, por el efecto propio de la autolimitación que importa para el Estado miembro, el sometimiento a tal orden.

Debe ponerse de resalto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha sido ajena a este proceso. En innumerables fallos ha fundamentado sus decisiones en dicho orden normativo⁴⁴.

Sólo a modo de ejemplo, y por su particular vinculación con el tema, objeto de este ensayo, cabe citar, en materia de empleo público el caso “Ramos

⁴² Ampliar con CLAUDIA CAPUTI, ANA SALVATELLI. “Manifestaciones de la Globalización en la Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre Derecho Administrativo”, LL Sup. Adm. 2010 (agosto), 146 y sus citas.

⁴³ Ver en especial los votos de los jueces FAYT, ZAFFARONI y MAQUEDA.

⁴⁴ ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS, “Desviación de Poder”, Cap. IV D. 25.

José Luis c/ Estado nacional (Min. De Defensa – ARA), del 6/4/2010, en el que máximo Tribunal acogió la demanda del actor por entender, expresamente, que había mediado “desviación de poder” para encubrir una designación permanente, bajo la apariencia de un contrato por tiempo indeterminado, en cuyos fundamentos se hace clara mención a cláusulas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación, entre otros, así como los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵.

VI. APLICACIÓN DEL INSTITUTO A LOS OTROS PODERES DEL ESTADO

Por la argumentación conceptual precedente, pertinente resulta indicar que se ha reconocido que la palabra poder significa la facultad de obligar, de ligar y, si el poder se halla jurídicamente condicionado, es obvio que tal potestad se encontrara pre conformada, de donde es claro que surge la posibilidad del exceso de poder, en cuanto sobrepase la facultad de obligar, que al poder corresponde⁴⁶. La estructura política de la sociedad, reconoce las ya referidas polaridades de “autoridad y libertad” o “prerrogativa y garantía” e impone, como necesario, para un equilibrio razonable y prudente de las mismas, de un eficaz sistema de control público, como instrumento impuesto para verificar la correspondencia entre “medios y fines”⁴⁷.

La referida necesidad, abre el interrogante sobre si la desviación de poder, como reconocida y vigente técnica de control o fiscalización del obrar de la Administración, puede extenderse a los otros poderes del Estado.

En una primera aproximación al tema, puede reconocerse que en el marco de actuación de cada uno de los poderes del Estado, en la tríada clásica como órganos institución se verifica un área de competencia y un conjunto de atribuciones y facultades.

BIDART CAMPOS expresamente indica, que la competencia es la asignación de “su función” a un órgano institución y, pone de resalto en orden al aspecto en análisis, que “el uso del poder fuera de la competencia provoca “exceso de poder” y el uso de poder dentro de la competencia, pero con un fin distinto, la “desviación de poder”⁴⁸.

⁴⁵ Ampliar, JORGE R. VANOSI, “Hacia dónde va el Poder”, LL 125-879.

⁴⁶ ENRIQUE MARTÍNEZ USEROS, “Desviación de Poder”, op. cit.

⁴⁷ Ampliar con AGUSTÍN GORDILLO, op. cit.

⁴⁸ BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 1981, p. 472.

No desconozco cierta doctrina que afirma, que la desviación de poder, sólo puede producirse en el ejercicio de potestades administrativas, sobre la base de sostener que la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y que se trata, el judicial, de un poder que no tiene un fin que cumplir, pudiendo incurrir en una sentencia con error o en una conducta que implique el delito de prevaricato. En similar sentido, se niega la posibilidad de desviación de Poder Legislativo, prefiriendo hablar de supuestos de inconstitucionalidad⁴⁹.

Bajo estas premisas, desde ahora adelanto que en mi opinión, la respuesta al interrogante que motiva este punto de análisis, es afirmativa, en tanto me parece evidente la posibilidad de que, como órganos institución, en el resultado de su actividad o en el ejercicio de su competencia, pueda no respetarse los “fines” marcados por la Constitución nacional. En efecto, en el marco de nuestro derecho, cada órgano institución tiene un fin superior que cumplir que ha de estar delimitado por la parte dogmática de la Constitución nacional, e incluso, por el respeto al orden normativo global a que hecho referencia precedentemente.

Con respecto al Poder Legislativo, corresponde señalar que, si bien el imperio de la legalidad implica el imperio de la ley, este no puede sostenerse sobre cualquier norma, sino en leyes sancionadas bajo la imperatividad de la Constitución nacional, que respeten por lo tanto, los derechos, garantías y competencias fundamentales allí reconocidos, con razonabilidad y justicia.

Desde la doctrina constitucional, se ha advertido que para que pueda hablarse de la existencia de un verdadero Estado de Derecho⁵⁰, aparece como insuficiente que pretenda sostenerse sólo desde la supremacía de la ley. Resulta determinante para la existencia del referido Estado de Derecho, que las leyes sean “constitucionales”. De lo contrario, se ha afirmado con razón que “bastaría que la voluntad de los gobernantes se “ocultara” o “disfrazara” con el formalismo de la ley para que, mediante ella, se pudiera mandar o prohibir cualquier conducta, por injusta que fuera”⁵¹.

Desde la doctrina administrativa se ha indicado que “la juridicidad es esencia en todas las funciones del Estado de Derecho, mientras que la legalidad establece principios específicos y distintos para cada una de esas funciones del Estado. La juridicidad es fuente necesaria de todo Estado de Derecho,

⁴⁹ CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999.

⁵⁰ En este aspecto, debe considerarse que no cualquier ordenamiento jurídico puede asociarse al Estado de Derecho, este mínimamente deberá estar caracterizado por el Imperio de la Constitución y de la Ley, División de Poderes, Legalidad de la Administración y Respeto de los Derechos y Libertades Fundamentales.

⁵¹ BIDART CAMPOS, op. cit.

la legalidad responde a principios de política jurídica para que un Estado sea justo y respete los derechos de los individuos”⁵².

Por ello, toda función se manifiesta a través de un proceso de realización y ejecución normativa, que se imputa en definitiva a la norma primaria que es la Constitución y, aún en el caso del Poder Legislativo puede reconocerse como fin de su actuar, los principios, garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución nacional, que por expreso mandato del art. 28 de la misma “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”⁵³.

Es del caso reconocer que la mayor parte de la doctrina constitucional, ha desarrollado este aspecto desde la figura del abuso de derecho⁵⁴, reconocida incluso como principio general del derecho⁵⁵, estableciendo con la desviación de poder una relación de género a especie, mientras que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la base del art. 28 de la Constitución nacional, ha tratado este tema bajo la doctrina de la razonabilidad.

En el caso del Poder Judicial de la Nación, como órgano institucional de poder del Estado, puede señalarse que el marco de finalidad de su actividad ya se encuentra referido en el propio preámbulo de la Constitución Nacional cuando expresamente establece como pilar, el principio de “afianzar la justicia”.

Si bien en nuestro derecho se reserva –desde el principio de separación de poderes–, un importante papel a los jueces en la elaboración del derecho, en tanto son los encargados de aplicar la ley vigente, de verificar su conformidad con

⁵² BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Qué es el contencioso*, AbeledoPerrot, 1965.

⁵³ Resulta interesante señalar –por su trascendencia– que el antecedente de esta norma de la Constitución lo constituye el art. 20 del Proyecto de Constitución de Alberdi, que a su vez lo tomó de la Constitución Francesa de 1791 que estableció “El legislador no podrá dictar leyes que ataquen u obstaculicen los derechos naturales y civiles consagrados en este último título y garantidos por la Constitución”. ALBERDI en su “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, en el cap. 33 afirma –con singular actualidad– que “no basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginarias, pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete”.

El art. 99 inc. 2 de la Constitución nacional reproduce similar limitación al Poder Ejecutivo Nacional.

⁵⁴ Ver REINALDO VANOSI, op. cit., también GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El abuso de derecho en el Derecho Público*, Academia Nac. de Derecho, 2003, p. 282.

⁵⁵ GUSTAVO E. SILVA TAMAYO, *Monografías Jurídicas, Desviación de Poder y abuso de Derecho*, LexisNexis - AbeledoPerrot, 2006.

los principios y garantías de la Ley Fundamental, así como la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales e incluso suplir las lagunas del derecho⁵⁶, obvio resulta remarcar que a dicho poder le está vedado –en el marco orgánico formal– el ejercicio de potestades legislativas o administrativas⁵⁷ y, aun cuando en la actualidad se pueda reconocer un mayor “activismo” en el rol que ejerce en defensa de los derechos, ello no debe implicar, bajo ningún punto de vista establecer lo que últimamente se ha dado en llamar gobierno de los jueces⁵⁸, aun cuando pueda verificarse que, tal vez por la ineficiencia de otras instituciones públicas o por falta de respuesta desde la política o por la transformación del régimen jurídico del país, se dé una mayor participación en la solución de problemas que exceden el conflicto entre particulares.

En lo que hace al ejercicio propio de su actividad y la eventual aplicación del instituto de la desviación de poder, es del caso resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente reconoció que “la doctrina del desvío de poder es aplicable al Poder Judicial pues es imprescindible que los magistrados en su carácter de custodios de los derechos enunciados por la Constitución nacional se vean obligados a cumplir, al menos con los mismos requisitos fundamentales de equidad que vinculan a la conducta de la Administración”⁵⁹.

Con la simpleza del razonamiento que sólo otorga la sabiduría, se ha señalado que “la sentencia se otorga para administrar justicia. Que la justicia, como valor, como servicio, como función de poder, no es cosa de formas, de apariencias. Ontológicamente la iusfilosofía puede decirnos que hace falta para que la que tiene apariencia formal de sentencia lo sea ontológicamente de verdad. Esa verdad la exige la Constitución...”⁶⁰.

Lo expuesto hasta aquí, a mi modo de ver prueba suficientemente que la actividad jurisdiccional tiene marcada una clara finalidad en su actuar. Aun cuando se pueda comprobar que *expresamente* la Constitución nacional no le encarga el control de constitucionalidad de las leyes, debe reconocerse dicha competencia, por lo establecido en el referido art. 28 de la misma y por ser, en el marco del principio de separación de poderes, el órgano institucional mejor habilitado para llevar a cabo dicho control.

⁵⁶ Art. 16 del Código Civil.

⁵⁷ Fallos 30:1848.

⁵⁸ Fallos 263:267 y WALTER CARNOTA, “Definiciones sobre el activismo de los jueces”, La Ley 16/8/2007.

⁵⁹ CSJN, “Martínez de Hoz José A. A.”, del 23/3/1993 La Ley 1993-C-194, citado por Gustavo E. SILVA TAMAYO, op. cit., p. 183.

⁶⁰ GERMÁN BIDART CAMPOS, “La raíz constitucional de la nulidad de la Cosa Juzgada” ED 136-619.

En la construcción pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los supuestos donde el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de la “arbitrariedad manifiesta”, derivada del apartamiento de las constancias comprobadas de la causa, omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por las partes y de la normativa conducente a la solución del litigio⁶¹, así como su más reciente doctrina en relación a la acción de nulidad por sentencia írrita⁶², puede encontrarse el terreno fértil para comprobar cuando, la referida finalidad, no es respetada por el órgano jurisdiccional.

⁶¹ Ver LINO ENRIQUE PALACIO, *El recurso extraordinario federal*, AbeledoPerrot, 1992.

⁶² Fallos 233:17; 254:320 (275:389; 279:138 y 283:66) 283:66; 279:59; 281:421; 310:858; 322:2109; Causa 95.936 13/5/1997 La Ley 1997-E, 101, CSJN, JA 27/8/2003, citados por ANDRÉS GIL DOMINGUEZ, “La acción de nulidad por cosa juzgada írrita. Aspectos formales y sustanciales”, La Ley 2006-B, 808.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina