

Carmen
Chinchilla

La desviación de poder

Ed. Civitas, Barcelona, 1990.

Este libro véñse a sumar ós xa clásicos estudos que sobre o tema ten elaborado a nosa doutrina intentando sacar novas luces ó abeiro do texto constitucional así como estimularlo emprego da desviación de poder como medio útil de control xudicial da Administración.

Pátese dunha visión histórica na que se destaca a orixe francesa da institución, perfilada e consagrada polo Consello de Estado ó longo do século pasado. Non é de extrañar, polo tanto, que a primeira teorización fose elaborada en Francia, concretamente por Laferrière en 1896.

Centrándose en España, a nosa autora sinala, como momentos importantes, a Constitución da segunda República e a Lei Orgánica do 14 de xullo de 1933, reguladora do Tribunal de Garantías Constitucionais, onde se recolle por vez primeira, de forma expresa, o termo desviación do poder. Mais isto, sen prexuízo de que se considere a Lei Reguladora da Xurisdición Contencioso-administrativa de 1956 como momento clave na recepción do concepto en cuestión, tendo singular importancia a definición legal que identifica desviación de poder co "exercicio de potestades administrativas

para fins distintos dos fixados polo ordenamento xurídico". Dous anos despois, a Lei de Procedemento Administrativo fará da desviación de poder causa de anulabilidade do acto e fundamento dos recursos de alzada e reposición previo ó contencioso. Remátase a aproximación histórica subliñando a constitucionalización da figura no artigo 106 do noso texto fundamental.

Seguidamente, mergúllase na eséxese da definición legal devandita partindo da base da súa utilidade e claridade; segundo Carmen Chinchilla, pois, a desviación de poder súpón:

a) O exercicio de potestade; sen que por iso haxa que excluír aqueles supostos de inactividade nos que a Administración, intencionadamente, non actúa unha potestade para que non se acade un fin de interese público tutelado pola norma que lle atribuíuatal poder.

b) As potestades ás que nos estamos a referir teñen que ser potestades administrativas, as cales sempre se caracterizan por seren poderes funcionalizados. Se a Administración é un instrumento ó servicio dos intereses xerais (artigo 103.1 da Constitución) todas e cada unha das súas actuacións terán un "para que" a desviación do cal constituirá o vicio que estamos a estudar. Nada disto é predicable da potestade xurisdiccional consistente en aplica-la Lei ó caso concreto nin á potestade legislativa onde, dentro do marco e principios constitucionais, se pode optar políticamente por finalidades diversas. Neste sentido, tratándose do poder legislativo, parece máis útil acudir ó principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos.

c) O afastamento do fin que xustifica a actividade administrativa. Chegados a este punto Carmen Chinchilla identifica fin con causa do acto arredándose así doutras posicións doutriniais como a do profesor Garrido Falla, que equipara a causa ó presuposto fáctico, ou a dos profesores Enterría e Fernández Rodríguez, que consideran o fin como o obxectivo asignado pola norma que outorga a potestade entremetres que a causa sería a congruencia de facto dos fins propios da potestade que se exerce. Así pois, cando entre as razóns que motivan a Administración a actuar está a de afastarse do fin Público preconcebido, a causa do acto non se terá cumprido e o mesmo será recorrible por desviación de poder. Agora ben, non é preciso que a desviación sexa cara a fins

allos ou interese xeral, se se perseguen fins públicos pero diferentes a aqueles que indica o ordenamento xurídico para o exercicio da potestade concreta, tamén estaremos perante unha desviación de poder.

Ó longo da eséxese aquí brevemente exposta tócanse cuestións de grande interese como os pros e os contras da posibilidade de contemplar a desviación de poder no exercicio de potestades regulamentadas ou nos Regulamentos.

No momento de indagar na natureza xurídica, a liña argumental céntrase en demostrar que estamos perante un vicio de estricteza legalidade. Trátase, polo tanto, de desmontar a tese da violación da moralidade administrativa.

Foi Hauriou quen, partindo da base de que a lei non pode xamais vincular enteiramente o poder discrecional, concebiu a desviación de poder como un control de moralidade. Esta idea tivo singular fortuna e aínda hoxe o noso Tribunal Supremo, cando se enfronta co problema, adoita facer consideracións de tipo ético sendo esta, quizais, unha das causas do uso restrictivo da desviación de poder levado a cabo polos nosos Tribunais.

Fronte ás concepcións anteriores, a profesora Chinchilla defende, á luz do artigo 103.1 e 106 da Constitución, que o principio de legalidade da Administración non deixa espazo para a moralidade administrativa. A lei fixa sempre, cando menos o fin xeral ó que deben atenderse as decisións administrativas polo que o que terá que ser examinado é se estas se cinguiron á legalidade.

Máis transcendencia ten a pescuda das razóns que explican a frustrante práctica xudicial neste eido. Estas condénsanse fundamentalmente en tres:


- a) A concepción da desviación de poder como técnica de aplicación subsidiaria.
- b) O especial rigor en materia probatoria.
- c) O abuso que deste instituto se ten feito por mor de poder acceder á segunda instancia.

Verbo da primeira razón, a profesora Chinchilla sostén que a desviación de poder é unha infracción do ordenamento xurídico equiparable e compatible con calquera outra, de maneira que nada xustifica o papel secundario que lle asignan os Tribunais máxime cando a Constitución recolle unha referencia expresa ó vicio en estudio (art. 106.1)

A análise da segunda razón abre unha exposición do máximo interese onde se denuncia a configuración da proba da desviación de poder como unha auténtica "probatio diabolica". A esixencia dunha proba plena e absolutamente concluínte da desviación de poder desnaturaliza esta institución. Ademais, o feito de que teña que se-lo actor quen, en exclusiva, soporte a carga da proba fai esvai-lo seu dereito a unha tutela xudicial efectiva. Xa que logo, un equilibrio máis equitativo neste eido fará reais e efectivas as esixencias constitucionais de control xudicial dos fins da actividade administrativa e evitará a indefensión do cidadán. Deberá ser considerada como normal a obriga de que a Administración, achegando elementos fácticos e xurídicos, demostre que o seu acto procurou o fin legalmente determinado. Por outra banda, para estima-la existencia da desviación de poder debe abondar cunha simple proba indiciaria que, lonxe das meras probabilidades ou conxecturas, sexa o suficientemente sólida.

Co gallo da terceira razón apúntanse unhas reflexións acerca da desviación de poder no recurso de apelación. O artigo 94.2 . a) da lei da Xurisdicción, antes da recente reforma sufrida trala entrada en vigor da Lei 10/1992, do 30 de abril, dicía que eran sempre susceptibles de apelación as sentencias que versasen sobre desviación de poder. Derrogadas as normas reguladoras do recurso de apelación, as reflexións aludidas perden interese mais seguen a ser ilustrativas.

Remata a monografía cunhas consideracións finais verbo das relacións entre desviación de poder e discrecionalidade administrativa onde se propón segui-la liña marcada pola xurisprudencia italiana e francesa: o xuíz non valorará só o resultado da elección administrativa senón se esta é a que mellor serve ó fin legal. Para isto, o xuíz terá que ponderar intereses, recuperar datos e examinalos. A Administración ten que servir ó interese xeral non de calquera xeito senón da mellor maneira posible consonte o principio de obxectividade e eficacia recollido no artigo 103 da Constitución.

En definitiva, non hai decisións ou esferas intrinsecamente incontrolables; os únicos límites para o Xuíz serán os que configuran os criterios xurídicos obxectivos. 

Antonio Díaz Otero