

La Desviación de poder

Por

Emilio Tafur Charun

“Cualquier hecho se vuelve importante cuando es conectado con otro. La conexión cambia la perspectiva; te lleva a pensar que cada detalle en el mundo; cada voz, cada palabra escrita o dicha tiene más que su significado literal, que nos vende un secreto. La regla es simple: sospecha, solo sospecha. Puedes leer subtextos hasta en las señales de tránsito que dicen “no echar basura”.

Umberto Eco/ El Péndulo Foucault

I

Las Administraciones Públicas

Definir la naturaleza jurídica de la Administración pública es ardua labor. Así, pues, existirán posturas que se inclinarán por un criterio

objetivo. Sobre este particular, Marienhoff (Marienhoff 1983: 56) indica que «al considerar la función administrativa, ¿qué criterio debe aceptarse? ¿El objetivo o el subjetivo? [...]. Yo precedentemente me decidí por el criterio material, sustancial u objetivo, porque lo que ha de definir una institución, es la ‘substancia’ de la misma, no la ‘forma’ ni el ‘autor’ de los actos respectivos: la forma y el autor solo constituyen elementos contingentes. Este es el criterio predominante en la doctrina, que al respecto registra escasas excepciones».

Esto es, cualquier “entidad” del Estado, inclusive en algunos casos los particulares que realicen actividades propiamente administrativas (el dictado de actos administrativos o la dación de reglamentos), entre otras de mayor importancia y que justifican su existencia o primordial actividad como pueden ser las funciones jurisdiccionales, formarán parte de la Administración pública.

Sin embargo, creemos que el elemento subjetivo es de la mayor importancia. Así, en la definición anotada se estaría dejando de lado el concepto de ‘sujeto’ o ‘actor’, esto es, la ‘administración pública’. No obstante ello, para Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández (García de Enterría y Fernández 2001: 29-30), la administración pública no es otra cosa que una persona jurídica, capaz de manifestar su voluntad, de tener un patrimonio propio, de obligarse

y de responder por sus actos públicos ilícitos. La administración pública, siempre, en cuanto persona jurídica, se encuentra sujeta, de modo positivo, al ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que la misma contribuye a formar a través de la dación de reglamentos. Administración pública, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución de los fines interés público dispuestos por el ordenamiento y que para cuyo efecto le dota de privilegios, exorbitancias, prerrogativas o *ius imperium*.

Entonces, queda claro que el *quid* que define lo que ha de entenderse por Administración pública no se encuentra únicamente en las funciones y potestades que en alguna medida la definen como tal, sino notablemente en dos aspectos que a nuestro criterio son esenciales:

- a) El detentar personalidad jurídica con todo lo que ello supone.
- b) Y encaminar sus funciones y competencias a la consecución de los fines de interés público que define el ordenamiento.

Para tal efecto, las Administraciones públicas, al detentar el atributo de personalidad jurídica, estarán dotadas de un patrimonio, y notablemente tendrán la capacidad de detentar privilegios, exorbitancias, prerrogativas y *ius imperium*, Además, tendrán la función de dar reglamentos, que bien pueden ser

vinculantes para el común de los administrados, así como dictar actos administrativos. En muchos casos, las Administraciones públicas, además de todo lo indicado, detentarán el atributo de autonomía o autarquía, atributos estos que serán de suma importancia para que las Administraciones públicas cumplan con la independencia debida, sus fines de interés público, actividad esta última que la dota de legitimidad y es su razón de ser.

Se habrá notado, pues, que no aludimos a una sola Administración pública sino a una *pluralidad de ellas*. Creemos que ello se justifica en la personalidad jurídica que cada una de ellas detenta, en su patrimonio, en su autonomía o autarquía, y en los distintos fines de interés público que cada una de ellas procura ejerciendo su respectivo ámbito de competencias.

Al respecto, baste con leer las leyes de organización y funciones (orgánicas u ordinarias) de los distintos órganos constitucionales u organismos públicos, para constatar lo aquí manifestado.

Finalmente y siguiendo la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández (2001:28-30) así como desde nuestro punto de vista, la idea de Estado en cuanto persona solo debe activarse cuando de relaciones internacionales- públicas se trate. Dicho esto, cómo se explicaría y justificaría la actuación del

sector público a nivel interno. Cómo hallar justificación a la variedad y multiplicidad de los actos, de carácter general o especial, que tal sector realiza. Cómo ser parte en un contrato lo que conlleva la estipulación de derechos y obligaciones para ambas partes. Así, pues, se requiere de una entidad pública, un auténtico sujeto de derecho, una persona jurídica, titular de derechos y obligaciones, que esté también en una relación de sujeción con el ordenamiento jurídico a través de una vinculación positiva, y que asimismo, su actuación esté destinada a la consecución de los fines de interés público. Apelar a la idea de “Estado” en el ámbito del derecho público interno no resulta coherente dada la lógica y dinámica del sistema jurídico. Así y como prueba de ello, se recurre a alambicadas figuras para forzar y justificar la aparición del Estado como un auténtico sujeto titular de derechos y obligaciones en el ámbito interno. Esto es, el Estado se encuentra absolutamente impedido de ser “personificado” en el ordenamiento interno y por lo tanto, incapacitado de obligarse, de tener un patrimonio, de ser responsable por sus actos. Incapaz en suma, de ser sujeto titular de derechos y obligaciones.

II

Competencia, fines de interés público y Principio de legalidad

El jurista español Luis de la Morena y de la Morena (De la Morena 1978: 153) define la competencia así:

«Atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del Derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se le dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma —y solo en ellos—, de acuerdo con el procedimiento contemplado en cada caso establecido, *lo que por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento* en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular» [las cursivas son mías].

En la misma obra, De la Morena y de la Morena (De la Morena 1978: 85) ha manifestado que, “No hay, pues, competencias sin fines declarados previa y legalmente de interés público, por más que excepcionalmente pueda haber fines de interés público (en un sentido material) no transmutados aún en competencias, pero transmutables en ellas.”

De lo citado queda claro que existe una estrecha vinculación entre la idea de “competencia” y los fines de interés público. No puede existir uno sin el otro. Así las cosas, no puede existir una competencia administrativa sin un fin de interés público que corresponda cumplir a una Administración pública y le haya sido asignada por una norma de atribución. En sentido inverso, no debería existir un fin de interés público cuya competencia para efectos de su consecución no haya sido asignada a determinada Administración pública. Más aun, de existir un interés público cuya consecución no haya sido atribuido a la Administración pública que fuera, se procederá a *publificar* tal competencia atribuyendo la misma a la Administración pública de que se trate. Claro está, siempre mediando la dación de una previa norma atributiva.

Detrás de toda esta elaboración se configura que el Derecho público es rigurosamente atributivo. Esto es, la competencia que se ejerce por las administraciones públicas debe ser otorgada, regulada y atribuida por el ordenamiento jurídico. Existe, pues, una vinculación positiva entre ordenamiento y las administraciones públicas. Las administraciones públicas solo pueden ejercer las competencias positivamente atribuidas por el ordenamiento y para el riguroso cumplimiento de los fines de interés público dispuestos por este. Como

decían los clásicos, «poder no otorgado, poder denegado».

Dentro del mismo tema, Sayaguéz (De Althaus 1982: 4.3.1) afirma:

«Al revés de lo que pasa con los particulares, que se mueven bajo el principio de la libertad y deciden como quieren mientras no vulneren una norma jurídica prohibitiva, los órganos de administración actúan para el cumplimiento de los fines que el derecho objetivo establece y de conformidad con las reglas de fondo y de forma. Los órganos de administración están, pues, en una situación de deber, para cumplir la cual el derecho les asigna determinados poderes jurídicos. De esta manera queda claro que la forma de vinculación de los poderes del Estado con el ordenamiento es de naturaleza positiva. Por su parte el tipo de vinculación de los ciudadanos con el mismo ordenamiento resulta siendo negativo».

Este principio de “vinculación positiva” también conocido como Principio de legalidad está recogido en el artículo 1V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

“1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales

del Derecho Administrativo: *1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*” (Las cursivas son nuestras)

También en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) se dispone en lo que respecta al Principio de legalidad, que:

«Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. *Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas*» [las cursivas son nuestras].

III

CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Según Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández (2001: 452) existe una distinción capital en el modo como se realiza la atribución de potestades administrativas: “potestad reglada – potestad discrecional”.

Los mismos autores sostienen que en el caso de la potestad reglada existe un proceso aplicativo de la

Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo alguno, salvo a la constatación del supuesto mismo para constatarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. Opera aquí la Administración de una manera que podríamos llamar automática. (Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. 2001:453)

Para Cristóbal Osorio V. (S/F) la potestad reglada se configura cuando “(...) la ley define todos los supuestos formales y sustantivos del ejercicio de la potestad, de manera que dándose tales supuestos la administración sólo debe subsumir el enunciado legal y evacuar una única respuesta jurídicamente válida.”

Agustín Gordillo (S/F) sostiene que, “Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. (...)”. En este caso, “(...) la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos el

administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no debe él elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.”

En lo que se refiere a la potestad discrecional esta comporta la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter. (Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. 2001: 453)

Según Baca Oneto (2012:184), “El que la discrecionalidad suponga un “margen de libertad” de la Administración frente al legislador implica que éste no predetermina rigurosamente la actuación (tanto normativa como no normativa) de

aquella. No obstante, es necesario precisar que solo en sentido figurado es posible hablar de la discrecionalidad como “libertad”, puesto que aquella es una consecuencia del ordenamiento, no un dato previo a éste. *La “libertad” de la Administración frente al ordenamiento, como indicábamos líneas arriba, no puede ser igual a la de los particulares, ya que, en tanto es un poder público, ha sido constituida por el ordenamiento jurídico, por lo que estará positivamente vinculada a él*”. Luego, Baca Oneto (2012:185) cita a Santamaría Pastor manifestando que, “Por tanto, la discrecionalidad es consecuencia de una remisión normativa consciente [...] al contrario de lo que acaece con los sujetos privados, a los que la Ley no hace sino restringir una situación de libertad originaria y expansiva [...], la Administración carece per se de libertad para actuar autoritariamente, limitando las esferas jurídicas de los particulares: no hay aquí libertad, sino estrictamente los poderes que la Ley confiera [...] Por ello, la discrecionalidad no puede entenderse, como era frecuente antaño, como la consecuencia de una laguna de la Ley, cuyo silencio hacia entrar en juego la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la Ley calle, sino porque la Ley quiere”. (Las cursivas son nuestras)

Cristóbal Osorio V. (S/F) define la potestad discrecional como aquella en que la ley entrega a la propia administración la facultad de definir sus supuestos de ejercicio de manera que ésta puede adoptar distintas decisiones todas ellas jurídicamente válidas.

Agustín Gordillo (S/F) sostiene que, “Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.”

Existen sin embargo, ciertos *elementos reglados* que no pueden faltar en el ejercicio de toda potestad discrecional. A saber, la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta), la competencia para actuarla que se referirá a un ente y, dentro de este, a un órgano determinado y no a cualquiera y *por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se refiere a un sector determinado de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrán que ser necesariamente una finalidad pública*”. (Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. 2001: 454)

Por su parte Cristóbal Oviedo V. (S/F) señala que hay ciertos elementos que siempre serán reglados, incluso en las potestades discrecionales sobre ellos recaerá el primer tipo de control. Se trata de los siguientes: •La atribución de la potestad, es decir, que exista una norma que habilite expresa o implícitamente para actuar •La competencia, o sea, que la potestad haya sido ejecutada por el órgano competente •El procedimiento, es decir, que lo haya realizado bajo el procedimiento previsto. •*El fin o finalidad, en otras palabras, que se haya ejercitado de acuerdo con el fin establecido en la ley.* (Las cursivas son nuestras).

Baste por ahora indicar que en todo acto discrecional existen *elementos reglados* suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación del control sobre los mismos. La discrecionalidad, justamente, porque es una potestad atribuida como tal por el ordenamiento, solo puede producirse legítimamente cuando respeta esos *elementos reglados* que condicionan tal atribución. El control mismo de los Tribunales no suscita ninguna cuestión. (Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. 2001:466)

Enrique Martínez Useros (S/F: 51-52) señala que, “El exceso en la discrecionalidad es un acto ilegal, puesto que la sujeción a la Ley impone el respeto al fin que en aquélla se traza para el ejercicio del poder discrecional. No son meramente las limitaciones externas las que la autoridad ha de respetar, sino que existen también ciertas limitaciones internas que son impuestas a su potestad discrecional. A la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia. Al ejercer aquélla su potestad no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la Ley quiere que se tengan en consideración. Y esto es así porque las relaciones del Derecho Público carecen de la elasticidad que caracteriza a las del Derecho Privado. Y así lo ha querido el Estado de Derecho porque únicamente sometiendo estrechamente la autoridad a la Ley era posible obtener la seguridad e igualdad jurídicas que se reclamaban; y mientras el Derecho privado deja amplio campo a las partes para crear y modificar sus relaciones jurídicas, en el Derecho Administrativo se trata de relaciones jurídicas trazadas principalmente a priori por la Ley. Y de aquí que la concurrencia de los círculos de la pura Moral y de la pura legalidad tenga mayor coincidencia de radios en las relaciones jurídico-públicas que en las jurídico-privadas, precisamente porque la órbita de

acción individual es más amplia en las segundas que en las primeras.”

En suma, y desde nuestro propio punto de vista, la potestad de discrecionalidad es un atributo que el ordenamiento asigna a las Administraciones públicas. No es que exista un vacío normativo. Al contrario, se trata de un atributo, que supone un grado de libertad, que el mismo ordenamiento confiere para así facilitar que las Administraciones satisfagan los fines de interés público previstos por el mismo ordenamiento y cuya consecución corresponde, precisamente, a tales Administraciones. Aquí estamos y queda claro, tomando como sustrato el principio de legalidad en cuanto vinculación positiva, pues la potestad discrecional requiere ser un otorgamiento del todo necesario para el ejercicio de las competencias dentro de un ámbito de libertad, ámbito de libertad que resulta necesario para la consecución de los fines de interés público de esta manera trazados. De otro modo no tendría razón de ser el otorgamiento de la potestad discrecional. Pero tal discrecionalidad resultará siendo ejecutada de modo indebido cuando la misma sea usada como instrumento para el cumplimiento de otros fines que no son los fines de interés público que han sido dispuestos por el ordenamiento a la Administración o agente de que se trate. De este modo, el acto configurará una arbitrariedad o, si se

quiere, una ilegalidad, las mismas que no pueden ser toleradas por el ordenamiento.

IV

La Desviación de poder (justificación)

Se habrá notado que para entrar de lleno al estudio de la desviación de poder hemos recorrido un largo camino. De este modo, hemos iniciado este texto elaborando sobre la naturaleza de las Administraciones públicas, la fallida pretensión de dotar de personalidad jurídica interna al Estado, el principio de legalidad, la idea de competencia, los fines de interés público, el control de los actos administrativos, las potestades regladas, las potestades discrecionales. Teniendo todo ello en cuenta, y asumiendo tales conceptos como elementos basilares, entiendo que estamos ya equipados suficientemente para iniciar el estudio de la Desviación de poder aun cuando ya hemos adelantado algunas pinceladas sobre esta técnica.

V

Desviación de poder

(Los orígenes)

Creemos de la mayor importancia para efectos de tener un claro concepto de la idea de desviación de poder recurrir a sus antecedentes que son arcaicos y aurorales, pues los mismos detallan con nitidez cómo es que se activa tal idea y notablemente los principios y valores que la misma importa y supone en lo que respecta al proceder de las Administraciones cuando despliegan sus potestades.

José A. López Mendoza (2013: 302) señala que, “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 municipio”.

Para Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández (2001: 467) la desviación de poder es un hallazgo de

la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que se produce en la segunda mitad del siglo XIX (arret Lesbats de 1864: el prefecto sólo puede regular la entrada, estacionamiento y circulación de vehículos en los patios de estaciones de ferrocarril en interés de la policía, no para asegurar la ejecución de un contrato entre una compañía ferroviaria y un empresario de vehículos públicos) *a partir de la constatación de que toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y por tanto elemento necesariamente reglado), por la norma que estatuye la facultad para actuar.* Si la autoridad u órganos de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado. Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad. (Las cursivas son nuestras)

Existe también otro *leading case* del Consejo de Estado francés, se trata del asunto Pariset (1875) y naturalmente versa sobre la Desviación de poder.

Transcribimos a continuación un extracto de la resolución.

“Considerando, que está establecido en la instrucción, que el Prefecto, al ordenar el cierre de la fábrica de fósforos del señor Pariset, en virtud de los poderes de policía que detenta de acuerdo a las leyes y reglamentos sobre establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, no ha tenido como objetivo el cautelar los intereses que dichas leyes y reglamentos buscan garantizar, sino que ha actuado en ejecución de instrucciones emanadas del Ministro de Finanzas de acuerdo con la ley de 2 de agosto de 1872 y en interés de los servicios financieros del Estado, y que de esa manera ha usado de los poderes de policía que detenta sobre los establecimientos peligrosos, incómodos e insalubres, para un objeto distinto de aquel para el cual le fueron conferidos, y que por tanto es fundada la demanda del señor Pariset solicitando la anulación de la orden del Prefecto (...).” (De Althaus, 1982: 4.3.2)

.....

.....

VI

La Desviación de poder según el Tribunal Constitucional

A continuación citamos algunas sentencias del Tribunal Constitucional que aluden a la interdicción de la desviación de poder. Hemos de reconocer que las mismas no son abundantes. En esta tarea el aludido Tribunal no ha sido ubérrimo, pero estas sentencias nos han de dar una idea de hasta dónde hemos llegado en lo que se refiere al control constitucional de la desviación de poder.

El Tribunal Constitucional (EXP. N.º 02054-2017-PHC/TC FJ 57) cita la opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicando lo siguiente:

18. Al leer el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: (...) b. *Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis*

no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder. (Las cursivas son nuestras)

Aun cuando en la Sentencia 0090-2004-AA, el Tribunal Constitucional no se refiere expresamente al término “desviación de poder” sino al más genérico concepto de interdicción de la arbitrariedad, resulta por demás ilustrativo citar algunos fundamentos jurídicos de tal sentencia que no obstante lo indicado, importan el desarrollo de ciertos elementos basilares para la configuración y diseño de la técnica de desviación de poder.

Así, el FJ 8 dispone que, “La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

Según el FJ 9 “La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad,

conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal. De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.

El FJ 10 prescribe que “(...) el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada. Conviene puntualizar que uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público.

El FJ 11 por su parte, preceptúa que, “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. *La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.*” (...)

“Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo”. (...) Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurran en cada caso.” “(...) Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, *debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la*

finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad. (Las cursivas son nuestras)

El FJ 16 señala que, “Estos fundamentos también han sido asumidos, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia N.º 353/1993 en la que determina que “la “presunción de razonabilidad” o “de certeza” de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación (...), en tanto que presunción iuris tantum, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por *desviación de poder*, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado.” (Fundamento jurídico N.º 3). Asimismo, son expuestos por la Corte Constitucional de Colombia,

en su Sentencia N.º C-175/93, en la cual argumenta que “La facultad que se le atribuye al Inspector General de la Policía Nacional para determinar las “razones del servicio”, no puede considerarse omnímoda, pues aunque contiene cierto margen de discrecionalidad, éste no es absoluto ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad, porque como toda atribución discrecional requiere un ejercicio proporcionado y racional *que se ajuste a los fines que persigue y que es este caso se concretan en la eficacia de la Policía Nacional*, de manera que tales razones no puedan ser otras que las relacionadas con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio deficiente e irregular, etc.(...)” . (Las cursivas son nuestras)

De otro lado, resulta interesante citar el fundamento del voto del Magistrado del Tribunal Constitucional Espinosa-Saldaña Barrera en el caso conocido como “rechazo fáctico de la cuestión de confianza” (Exp. 0006-2019-CC- TC) (FJ 55) pues el mismo puede poner de manifiesto el “basamento constitucional” de la interdicción de la desviación de poder en el ordenamiento. El texto es el siguiente:

Conforme al principio de cooperación, “la interpretación de las competencias y las funciones de

los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), o a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De esta manera, entre los poderes públicos y los organismos u órganos constitucionales autónomos resulta de aplicación el principio de "lealtad constitucional", lealtad que, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política. Así visto, con base en este principio de cooperación deben evitarse conductas obstruccionistas, desleales o egoístas por parte de los poderes o actores políticos. Al respecto, si bien la política tiene una faz agonal inevitable, es decir, relativa a la confrontación o lucha entre actores, las instituciones y competencias constitucionales deben ser interpretadas y ejercidas en el sentido de fomentar la integración social, la unidad política, y la optimización de los fines y principios constitucionales, entre otros. Lo anterior, desde luego, resulta especialmente relevante en el caso del análisis que le corresponde realizar el Tribunal

Constitucional en los casos sometidos ante él, atendiendo al su rol moderador y pacificador de conflictos.”

VII

La Desviación de poder en concreto

Según Enrique Martínez Useros (S/F: 29-30), en 1896 decía LAFERRIERE que la expresión desviación de poder se había introducido en una época relativamente reciente en la terminología de lo contencioso administrativo, significando el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido y hacerle servir a fines para los cuales no estaba destinado. El mismo LAFERRIERE escribía que, la desviación de poder constituye un abuso del poder de mando que el administrador ha recibido, pues el que la comete toma, bajo una falsa apariencia de legalidad, decisiones cuya adopción no le corresponde y que se hallan viciadas por una especie de incompetencia si no por las prescripciones que en las mismas se contienen sí por el fin que ellas persiguen.

Para Hauriou, citado por José A. López Mendoza (2013: 305), (...) 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”.

El mismo autor (2013: 307) cita a Marienhoff, relievando la especial importancia y vigencia de la técnica materia de estudio, y señala que, “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”.

Enrique Martínez Useros (S/F: 37-38) se refiere a la naturaleza de la desviación de poder de acuerdo a lo siguiente:

“Y como es sabido que en Derecho Público no juega el principio de la autonomía de la voluntad, ya que en

todo caso la voluntad pública ha de hallarse informada por el interés público, de donde resulta que las decisiones de los órganos administrativos carecen de aptitud creadora de la esencia o contenido básico de las relaciones a producir o a modificar, y que por ello no es ya sólo el que las facultades de obrar de tales órgano no constituyan derechos subjetivos y signifiquen sólo meras competencias o participaciones en los procesos de promoción del interés público; sino también el que el interés público actuado por las indicadas facultades haya de estar informado por la teleología funcionalmente atribuida a cada posibilidad de ejercicio o inhibición. Teleología o fines específicos, funcionales, que son los que se quebrantan en los actos incurridos en desviación de poder, de los cuales se puede decir, por consiguiente, que implican falta o simulación de causa, ya que el ejercicio de la competencia, la producción del acto, se determinó por unos motivos que no coinciden, ni se acomodan, a los objetivamente preconstituidos en el ordenamiento jurídico como razón—o causa—de que el poder de obrar —o competencia—actúe con el objetivo de alcanzar el específico fin de la función a ella encomendada”.

Para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un

interés particular del agente o autoridad administrativa. El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia Administración. Por eso, precisamente, es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende a todos los casos en que, abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa. A esta constatación de la identidad o divergencia de los fines se reduce todo el problema. En cualquier caso, es evidente que la dificultad mayor que comporta la utilización de la técnica de la desviación de poder es la de la prueba de la divergencia de fines que constituye su esencia. Fácilmente se comprende que esta prueba no puede ser plena, ya que no es presumible que el acto viciado confiese expresamente que el fin que lo anima es otro distinto señalado por la norma. (García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás. (2001: 467-469)

Según Agustín Gordillo (S/F) la decisión será ilegítima “si el funcionario actúa con “desviación de poder,” sea: a) Por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); b) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: Si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta. (Por ejemplo, para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales.)”.

Para Sayaguéz (De Althaus. 1982: 4.3.2) el acto administrativo puede haber sido dictado por el órgano competente, cumpliendo las reglas de forma y de fondo siendo correcto por tanto en apariencia, pero si la Administración perseguía un fin que no era el debido, el acto es inválido por desviación de poder. En el acto que adolece de desviación de poder falta el fin propio del servicio que constituye uno de sus elementos esenciales. Generalmente el vicio está oculto ante una apariencia de legalidad porque la administración procura que no se trasluzca su verdadera intención. No obstante se logre ponerlo en evidencia, porque casi siempre quedan rastros en la documentación administrativa.

Por nuestra parte es de precisar que la desviación de poder se circunscribe a ser un problema de falta de competencia. En efecto ya hemos dicho que la competencia se configura ante la existencia de fines de interés público que deben ser satisfechos. Si formalmente la Administración ejerce determinada competencia para la consecución de un fin de interés público y resulta que en rigor tal ejercicio no tiene por objeto la consecución de tal fin, aun cuando aquel fin también sea público, queda claro que la Administración estará actuando sin competencia dada la malversación de fines perpetrada. Reiteramos, la competencia nace del fin público que satisfacer, si el agente dicta el acto motivado por un fin de interés público que no le ha sido otorgado por el ordenamiento (Principio de legalidad) estará actuando sin competencia y agravando así la discrecionalidad. Al final lo que tendremos será un acto dictado sin competencia. Un acto dictado por una Administración o agente carente de competencia.

VII

LA DESVIACION DE PODER EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO PATRIO

Las normas relativas a la desviación de poder están recogidas mayoritariamente en la LPAG.

El artículo 1V del Título Preliminar dispone que, “1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: *1.1. Principio de legalidad.-* Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas *y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*” (Las cursivas son nuestras)

El numeral 1.2. del mismo artículo reconoce como Principio del debido procedimiento el que, “Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; *a obtener una decisión motivada*, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”.(Las cursivas son nuestras)

El numeral 1.4 del mismo artículo reconoce el Principio de razonabilidad preceptuando que, “Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida *y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido*”. (Las cursivas son nuestras)

El numeral 1.5. del mismo artículo prescribe con relación al principio de imparcialidad que, “Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, *resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general*. (Las cursivas son nuestras)

El numeral 1.17. consagra el principio del ejercicio legítimo del poder disponiendo que, “*La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las*

disposiciones generales o en contra del interés general.” (Las cursivas son nuestras)

El artículo 3.3 alude al principio de Finalidad Pública, prescribiendo que es requisito de validez del acto administrativo, “*Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad*”. (Las cursivas son nuestras)

El artículo 3.4 señala que, “El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.”

Por su parte, el artículo 74.1 preceptúa que, “Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo”.

De acuerdo al artículo 86.1 son deberes de las autoridades en los procedimientos, “Actuar dentro del ámbito de su competencia y *conforme a los fines para*

los que les fueron conferidas sus atribuciones”. (Las cursivas son nuestras). El numeral 8 del mismo artículo prescribe que la Administración debe, “Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.”

Según el artículo 213.1., “En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, *siempre que agravien el interés público* o lesionen derechos fundamentales.” (Las cursivas son nuestras)

VIII

COLOFON

Las Administraciones públicas al estar dotadas de personalidad jurídica y en tal sentido ser sujetos de derecho, se encuentran vinculadas de modo positivo al ordenamiento. Estas, las Administraciones públicas, solo pueden actuar y específicamente, dictar actos administrativos, cuando las correspondientes competencias le son atribuidas por el ordenamiento. Y, siempre de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento, solo podrán ejercer las competencias

así asignadas, cuando las mismas tengan por causa la consecución de los fines de interés público que el mismo ordenamiento –siempre dentro de la órbita de la vinculación positiva- les asigne. Dictar actos destinados a cumplir un fin de interés público que no corresponde a la Administración pública de que se trate, aun cuando formalmente esto no sea aparente, es actuar sin competencia. Inclusive esto resulta aplicable cuando se hubiese dictado un acto destinado al cumplimiento de un fin de interés público pero la consecución de este no sea competencia de tal Administración. He aquí el *quid* de la interdicción de la desviación de poder: la relación entre fin público y competencia, para cuyo efecto esta, y no otra, ha sido positivamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de la Administración pública de que se trate.

BIBLIOGRAFIA

Baca Oneto, V. S. (2012). La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista De Derecho Administrativo*, (11), 181-202. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553>

De Althaus, M. (1982). *Materiales de enseñanza de Derecho Administrativo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

De la Morena y de la Morena, L. (1978). «Los fines de interés público como ‘causa’ y como ‘límite’ y ‘medida’ de control jurídicos». *Revista de Administración Pública*, 151-221.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

Gordillo, Agustín. (S/F) “Formas jurídicas de la actividad administrativa”. Fundación de Derecho Administrativo. Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo8.pdf

López Mendoza, José A. (2013) “La Desviación de Poder”. En: Estudios de Derecho Público. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf>

Marienhoff, M. (1983). «Tratado de Derecho administrativo». Recuperado el 18 de febrero de

2017, de Escuelas Superiores:
www.escuelassuperiores.com.ar.

Martínez Useros, Enrique. (S/F). “Desviación de poder.” Universidad de Murcia. Disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/4645/1/Desviaci%c3%b3n%20de%20poder.pdf>

Osorio V., Cristóbal. S/F. Derecho Administrativo. Universidad Diego Portales. Disponible en: <https://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/03/Clase-8-VFF.pdf>