

# LA CORRUPCIÓN POR MEDIO DE LA DESVIACIÓN DE PODER<sup>1</sup>

*Luis Eduardo Rey Vázquez<sup>2</sup>*

## La desviación de poder como vicio en la finalidad

Entre los institutos autóctonos del derecho administrativo, que reconocen su origen en la labor pretoriana del Consejo de Estado Francés,<sup>3</sup> encontramos al vicio de “desviación de poder”, que afecta al elemento esencial del acto administrativo denominado “finalidad”.

La finalidad puede resultar “desviada” por procurarse un fin personal propio del emisor del acto o de un tercero, e inclusive por perseguir una finalidad pública, pero distinta a la querida por el legislador.<sup>4</sup>

La historia del control judicial de la administración, se ha ejercido justamente a partir de un recurso denominado de exceso de poder, que recayó sobre el obrar discrecional de la Administración, entendiendo que ningún acto es en-

<sup>1</sup> Corresponde a la exposición brindada en el III Seminario sobre “Ética Pública e Corrupção, “Enfrentamento da Corrupção e Controle da Administração Pública na América Latina”, aprobado por Resolución N° 1915/15 S.A., desarrollando el tema: “Improbidade Administrativa, Desvio de Poder e Responsabilidade Jurídica”, dictado en la ciudad de Corrientes, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, los días 3 y 4 de diciembre de 2015.

<sup>2</sup> El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo –UNNE– (Primer Promedio), Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano (*Universidade da Coruña*), Profesor JTP de Derecho Administrativo I° en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor de Derecho Administrativo I° y II° de la Universidad de la Cuenca del Plata. Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes.

<sup>3</sup> El primero fue el caso “*Vernes*” de mayo de 1858, en el cual el Consejo de Estado anuló una decisión del alcalde de *Trouville* que invocando normas de policía de seguridad y moralidad pública prohibió a los bañistas cambiar sus ropas en lugares distintos a los establecimientos municipales, cuando en verdad dicha decisión perseguía una finalidad pecuniaria.

<sup>4</sup> Canda, F. O. (2015) “La desviación de poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH, del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso “*Granier*” (Radio y Televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado. Primera Parte: contornos tradicionales de la figura”. Diario DPI, *Administrativo* N° 92.

teramente discrecional y que en todo acto existen elementos reglados susceptibles de control y revisión por los jueces.<sup>5</sup>

Las dificultades para la detección del vicio analizado, han sido destacadas por la jurisprudencia y la doctrina, pues raramente aparece manifiesto en el acto, sino que generalmente se oculta bajo otras afirmaciones que aparentan ser legítimas, pero que en rigor ocultan fines diferentes a aquél querido por la norma atributiva de competencia.<sup>6</sup>

Es evidente que, por conducto de la desviación de poder, suelen generarse actos de corrupción, entendidos como contrarios a las normas que rigen la actuación de los funcionarios públicos.

En el presente analizaré distintos supuestos jurisprudenciales donde se generaron pronunciamientos vinculados al vicio de desviación de poder, e incluso, la posible vinculación de ese vicio con el instituto del abuso del derecho, propio del derecho privado, o con otros principios.

## **Desviación de poder en materia de empleo público**

Analizaré en primer lugar el caso “Ramos”,<sup>7</sup> fallado por el Alto Tribunal, respecto de la situación del personal “contratado” de la Administración Pública, a

<sup>5</sup> CSJN. 08/04/2008. “Schneiderman, Ernesto Horacio c. Estado Nacional. Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación (recurso de hecho)”. Fallos 331:735; CSJN, 15/12/2009, “Micheli, Julieta Ethel c. E.N. M° Justicia y DD.HH.”, Fallos 332:2741. En ellos sostuvo el Alto Tribunal que: “El control judicial de los actos discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión –entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto- y, por otro, en el examen de su razonabilidad”.

<sup>6</sup> La Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, prescribe en su Art. 7°: “Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes (...) Finalidad. f) 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, públicos 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”.

<sup>7</sup> CSJN, 06/04/2010, “Ramos, José Luis c. Estado Nacional (Min. de Defensa, ARA) s/ indemnización por despido”, Fallos 333:311.

Cabe remarcar que existe un antecedente similar recaído en la causa B. 688. XXII. Bolardi, Irraul Guillermo c/ Estado Mayor General del Ejército (Ex Comando en Jefe del Ejército) Insti-

quien luego de sucesivas renovaciones del vínculo, se decide finalizarlo transcurridos plazos irrazonables, luego de un desempeño ininterrumpido de veintiún años.<sup>8</sup>

Se destacó que la norma aplicable al caso –decreto 4381/73– autorizaba a contratar personal para proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, sin que esto genere derecho a indemnización por rescisión. Sin embargo, la norma limitaba la posibilidad de renovación de estos contratos a un máximo de cinco años (artículos 26 del decreto y 17, inc. a, de la reglamentación). No obstante, la demandada contrató al actor en el marco del decreto 4381/73 por el lapso de veintiún años, en abierta violación al plazo máximo previsto por la norma.<sup>9</sup> Además, hurgando en el principio de primacía de la realidad, ponderó el tribunal que del legajo personal de Ramos resultaba que sus tareas carecían de la transitoriedad que supone el mencionado régimen de excepción; que era calificado y evaluado en forma anual (fs. 9/36); que se le reconocía la antigüedad en el empleo (fs. 98, 99 y 101); y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador (fs. 97 y 105).

Luego (Considerando 5º), expuso acerca de los vicios del acto de segregación, y sostuvo que el conjunto de circunstancias fácticas reseñadas, unido a la

tuto Geográfico Militar. 27/12/1988. Fallos 311:2799, donde expresó que: “Carece de sustento la alegación de la demandada en el sentido de que se trató de un convenio de duración limitada si la relación laboral se extendió, sin solución de continuidad, durante veintiún años”. En dicha causa, no obstante, se acudió por analogía a la Ley de Contrato de Trabajo para sustentar el deber de reparar y el quantum indemnizatorio.

<sup>8</sup> Los hechos relevantes son los siguientes: el actor ingresó como técnico para desempeñarse en la Armada Argentina en el año 1976. En un comienzo la contratación fue realizada como locación de obra y, posteriormente –a partir del año 1981– su relación fue encuadrada en el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas, aprobado por decreto 4381/73. La demandada renovó el contrato del actor en sucesivas oportunidades durante veintiún años y, finalmente, en abril de 1998, mediante la disposición DIAP 71/98 del Director del Armamento del Personal Naval, decidió resolver el vínculo con fundamento en las restricciones presupuestarias establecidas por la ley 24.938.

<sup>9</sup> Sin embargo, no puede pensarse que ese fue el motivo por el cual fallara a favor del actor. La mejor muestra está dada por lo expresado en la causa fallada el mismo día in re: S. 2225. XLI. RH “Sánchez, Carlos Próspero c/ Auditoría General de la Nación s/ despido”; donde rechazó la acción por considerar “que las circunstancias de este caso difieren sustancialmente de las discutidas y resueltas en la causa R. 354. XLIV “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa) ARA s/ indemnización por despido”, fallada en la fecha, porque en el sub examine la actora no ha logrado acreditar que la Auditoría General haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado”.

violación de las normas que limitan la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años, permitían concluir que la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado.

Seguidamente –Considerando 6º–, hizo sutilmente gala del principio de confianza legítima, diciendo:

*Que, en tales condiciones, el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”. Por ese motivo, cabe concluir que la demandada ha incurrido en una conducta ilegítima, que genera su responsabilidad frente al actor y justifica la procedencia del reclamo indemnizatorio.*

A continuación, la Corte diferencia el supuesto de Ramos del que existiera en el precedente “Gil”, donde hizo aplicación de la doctrina del voluntario sometimiento a un régimen, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior (Fallos: 312:245). Esto es así, porque en el caso la procedencia de la demanda no se funda primordialmente en el cuestionamiento del régimen aprobado por el decreto 4381/73, sino en el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos y la consiguiente obligación de responder que cabe al trasgresor, en el caso, el Estado Nacional.

También distinguió de la situación reiteradamente señalada acerca de que “el mero transcurso del tiempo haya modificado la situación irregular del actor”, manteniendo sobre el punto la doctrina ya fijada con anterioridad acerca de que ello no alcanza para transformar el vínculo transitorio en uno de carácter estable.<sup>10</sup> No obstante, de haber en el pasado negado derecho a repa-

<sup>10</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha decidido de manera concordante que “el mero transcurso del tiempo no puede trastocar la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración” (doctrina de Fallos 310:195, 1390; 312:245 y reiterada en la causa C.567 XXXIV “Castelluccio, Miguel Á. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/despido”, fallada el 5/10/1999. Ídem Corte Sup., 23/8/2001. Vaquero, Mónica S. v. Ministerio del Interior de la Nación. Lexis N° 30001984).

ración alguna, ahora entendió que si le asiste tal derecho por los perjuicios derivados del obrar ilícito de la demandada, aunque no podría solicitar su reincorporación al empleo ni a la aplicación de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización que le corresponde. En particular, no podía sostenerse que el actor tenga derecho a la reincorporación en el cargo, porque ello vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resultaría ilegítima (artículos 75, inciso 8 de nuestra Carta Magna y 29 de la ley 24.156).<sup>11</sup>

Pero es a continuación, cuando llega el momento de determinar el quantum indemnizatorio, donde el Alto Tribunal verdaderamente construye una regla, utilizando una norma inaplicable al caso –Ley Marco de Empleo Público–, y pensada para un supuesto diferente (el de la situación del personal de planta permanente que luego de ser puesto en disponibilidad, es dado de baja y a cambio, se le otorga una indemnización tarifada).

En el Considerando 9º, luego de valorar que por el modo en el que se desarrolló la relación a lo largo de los años, el tipo de tareas que desempeñaba el actor y las figuras contractuales utilizadas, las partes no tuvieron la intención de someter el vínculo a un régimen de derecho privado, razón por la que encuadró el supuesto como de reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, debiendo buscarse la solución en el ámbito del derecho público y administrativo.

Para establecer el quantum, sostuvo el Alto Tribunal que:

*a fin de establecer el importe, y a falta de previsiones legislativas específicas, debe acudirse a una solución que, por analogía, repa-*

<sup>11</sup> Conf. “Ramos”, Considerando 8º. Agregó que la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen como planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias. En lo que aquí interesa, el artículo 8 sólo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto. En tales condiciones, si se atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa, no sólo se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164; sino que también se estaría alterando el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente. De esta manera, la cuestión aquí debatida se diferencia de la decidida por esta Corte en la causa “Madorrán” (Fallos: 330:1989), porque en aquel supuesto el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en su cargo.

*re debidamente los perjuicios sufridos por el actor en este caso. De ahí que se considera que la aplicación de la indemnización prevista por el artículo 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (Ley N° 25164), resulta una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados por el actor en este caso.*<sup>12</sup>

Curiosamente, en la misma fecha recayó sentencia en la causa “Sánchez”,<sup>13</sup> donde contrariamente sostuvo que un agente contratado de la Auditoría General de la Nación por un período de ocho años, no logró acreditar que la Auditoría General de la Nación haya utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales con la desviación de poder consistente en encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado.

Es decir, lo determinante del caso “Ramos” fue la demostración de haberse incurrido en desviación de poder, al utilizar competencias para contratar por tiempo determinado para encubrir un vínculo permanente, lo que no se acreditó en “Sánchez”.

Con posterioridad, en el caso “Cerigliano”,<sup>14</sup> retomó la Corte la línea de “Ramos”, expresando en el Considerando 8°:

*Que, en suma, la ratio decidendi de “Ramos” alcanza a todos los trabajadores que se encuentran ligados por un vínculo como el considerado en ese precedente, ya sea con la Administración Pública nacional, provin-*

<sup>12</sup> Abona la solución normativa del caso, el criterio sentado por la Corte desde el caso Gil, Carlos Rafael c/Universidad Tecnológica Nacional”, Fallos 312:245, donde frente a la pretensión de que se aplique supletoriamente la Ley de Contrato de Trabajo al personal contratado de la Administración Pública, no obstante la expresa exclusión de aquella de su ámbito de aplicación, salvo acto expreso que así lo determine, sostuvo que: “Frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Universidad Tecnológica Nacional, sean de carácter permanente o no, y a la disposición del Artículo 2°, inciso a), de la Ley de Contrato de Trabajo, según la cual dicha ley no es aplicable a los dependientes de la Administración pública, salvo que por acto expreso se los incluya en su régimen o en el de las convenciones colectivas de trabajo, es inatendible la pretensión del actor de que su situación se excluya del régimen del Derecho público, para regirse por el Derecho laboral, al no existir el acto de inclusión que exige el citado Artículo 2°”.

El criterio fue reiterado luego, en el caso de una agente temporaria municipal, en la causa “Leroux de Emede, Patricia c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 314:376).

<sup>13</sup> CSJN, 06/04/2010, “Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación”, Fallos 333:335.

<sup>14</sup> CSJN, 19/04/2011, “Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. U. Polival. de Inspecciones ex Direc. Gral. de Verif. y Control”, Fallos 334:398.

*cial, municipal o, como en el presente caso, la específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia y como se adelantó en el considerando 5º, esta Corte dispone que los jueces de la causa examinen el material fáctico de la litis a la luz de la tantas veces citada doctrina, sin soslayar que, en su caso y de corresponder, el modo de reparar los perjuicios que se hubiesen irrogado al actor ha de encontrarse en el ámbito del derecho público y administrativo (doctrina de los considerandos 9º del voto de la mayoría y 10 del concurrente de la causa “Ramos”). Al respecto, es del todo propicio remarcar que la finalidad reparadora de la indemnización dentro de ese marco específico –conviene enfatizarlo– exigirá un riguroso apego a pautas razonables que garanticen el principio de suficiencia.*

Idéntico temperamento adoptó en el caso “González”,<sup>15</sup> donde a raíz de que las sucesivas continuas y renovaciones, durante 23 años, del contrato que vinculaba al actor con el Banco de la Provincia de Buenos Aires pudieron tener como objetivo del empleador encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo de terminado, y generarle una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”, dejó sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por él interpuesta. Se apartó – en cambio– de la doctrina “Ramos” en los casos “Arnaut”<sup>16</sup> y “Willard”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> CSJN, 08/10/2013, “González, Lorenzo Ramón c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa”, New secon 28/10/2013.

<sup>16</sup> CSJN, 17-04-2012, A. 1384. XLIII. “Anaut, Roberto Javier c/ Estado Nacional Armada Argentina s/ despido”. En dicha causa, se ponderó que el art. 4º del Anexo I del decreto 1340/66 (Normas para nombrar y contratar personal civil auxiliar y de servicio para las Agregaciones y Comisiones Navales) establece que los nombrados bajo su régimen son empleados de la Agregación o Comisión Naval y no tendrán la condición de empleados públicos del Estado argentino, expresando “... 10) Que ese sistema alternativo de tutela obedece, precisamente, a la especificidad de la contratación que coloca al trabajador al margen del ordenamiento laboral común y de la normativa que rige el empleo público. No se ha demostrado que lo percibido en función de aquél, por su magnitud, pueda tacharse de irrazonable o insuficiente, ni aparezca inadecuado en relación con la garantía reconocida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que resulta improcedente aplicar en la especie el régimen indemnizatorio de la Ley de Contrato de Trabajo. En suma, no se trata en el caso de un trabajador que se encuentre en situación de desamparo frente al accionar ilícito de la administración, pues cuenta con un régimen propio que reconoce la protección constitucional correspondiente”.

<sup>17</sup> CSJN, 13/09/2011, “Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina s/despido”, La Ley Online; AR/JUR/48797/2011. Entendió allí que no le corresponde percibir una indemniza-

## Desviación de Poder versus Abuso de Derecho

La doctrina se ha ocupado de establecer la estrecha relación existente entre la figura del “abuso del derecho”, nacida en el Derecho Privado, y el instituto de la “desviación de poder”, oriunda del Derecho Público administrativo.<sup>18</sup>

Entiendo que constituye un principio general, aplicable tanto en el derecho privado como en el derecho público, el que expresa que “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. (Art. 10, 2º párrafo, Código Civil y Comercial).

Respecto de la desviación de poder, expresa Gordillo<sup>19</sup> que:

*Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico. En efecto, se interpreta que las normas que confieren una determinada facultad al administrador lo hacen para que el funcionario satisfaga la finalidad expresa o implícita del ordenamiento jurídico, no para realizar lo que a él le plazca, con el fin que le plazca. El administrador tiene su competencia circunscripta a lo que las normas determinan, por lo cual la facultad que ellas le confieren está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad del sistema normativo. Cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por el sistema, su conducta es por ello sólo antijurídica: no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de las normas sino con la finalidad prevista por ellas.*

Más adelante, el Autor cita un a la Procuración del Tesoro de la Nación, que en sentido similar, ha dicho en un dictamen frecuentemente recordado y mantenido como principio general (51:91; 64:114), que es peligroso sostener que en el

ción por despido sin causa en los términos de la LCT a quien se desempeñó como subgerente de una sucursal en el exterior del Banco de la Nación Argentina sin intervalo alguno, sin prestar servicio en casa central ni en ninguna otra sucursal, pues, debe aplicarse la ley laboral del lugar de ejecución del contrato.

<sup>18</sup> Véase la excelente monografía de Silva Tamayo, G. (2006). *Desviación de poder y abuso del derecho*. Monografía jurídica N° 157 (1ª edic.) Lexis Nexis, Buenos Aires.

<sup>19</sup> Gordillo, A. (2000). *Tratado de derecho administrativo*, Tº 3, Cap. XI, p. IX-23 y ss. (5ª edic.). Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.

caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquéllas y se tomó a la ley como medio para consumir la arbitrariedad. El carácter legal de una atribución, de una facultad y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si hay *subtractum* de arbitrariedad [...], desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.<sup>20</sup>

Conscientes de la dificultad existente para demostrar el vicio de “desviación de poder”, la jurisprudencia y la doctrina han admitido que para ello resulten suficientes las presunciones, para las cuales resultan ser suficientes las que se extraen de los mismos actos.

Ha dicho la jurisprudencia al respecto que:

*La naturaleza eminentemente subjetiva del vicio de 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”.*<sup>21</sup>

Sobre el instituto de la “desviación de poder” como vicio en la “finalidad” del acto administrativo aplicado en el ámbito del Mercosur, con impacto directo en la Argentina, debe destacarse el Laudo del Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, resuelto en fecha 21-05-2001.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> En la pág. IX-26, al citar los casos de desviación de poder, refiere en el punto 6.3.3. “El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración o al bien común. Este es un caso bastante común y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu estatista o de autopreservación, pretende ejercer el poder en indebido beneficio de la administración, del gobierno o del Estado; hasta de la sociedad. Puede pues incluso haber desviación de poder con respetables fines públicos, pero distintos de los contemplados por el ordenamiento jurídico”.

<sup>21</sup> CSJN, 23/06/1992, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, Fallos 315:1361, Considerando 13°. Igualmente, voto del juez Coviello, consid. IV.B.5). “Edelmann Wilfredo c/ Gobierno Nac. (M° de Defensa - Cdo. en Jefe del Ejército) s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg.”, Causa: 31.228/96, 11/04/97, C.NAC.CONT.ADM.FED., SALA I.

<sup>22</sup> Disponible en: [http://www.mercosur.org.uy/t\_generic.jsp?contentid = 375&site = 1&channel = secretaria&seccion = 6]. Consultado el 12-08-2009.

En dicho Laudo, Punto II-F-2), titulado “La indebida utilización de las medidas antidumping con desviación de poder”, se ha expresado en el Punto 161).

Consecuentemente, la utilización del régimen antidumping debe buscar la finalidad prevista por la norma, lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención de otros fines que atentan contra la facilitación del comercio. Lo contrario constituiría una “desviación de poder” que viciaría el acto.<sup>23</sup>

En los apartados siguientes se expresa:

*La desviación de poder, es decir, la violación de la finalidad legal, trasunta un contenido subjetivo o psicológico, caracterizado por la voluntad generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin*<sup>24</sup>. *Ocurre desviación de poder cuando el agente estatal se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no contemplada por la norma que la instituye. De esto resulta una incongruencia entre la norma y el acto, o sea, el agente se sirve de un acto para satisfacer una finalidad ajena a la naturaleza del acto utilizado.*<sup>25</sup> *En la desviación de poder, el comportamiento del agente, orientado por un móvil viciado, está en desacuerdo con la finalidad normativa. Son modalidades de la desviación de poder:* a) *no perseguir el interés público por la violación del principio de impersonalidad: el acto tiene en mira intereses personales, del agente o de terceros;* b) *perseguir un fin de interés público, pero extraño a la categoría de intereses pertinentes a la competencia; pues el acto se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que deberían ser implementados por otra vía jurídica*<sup>26</sup> c)

<sup>23</sup> Enrique Sayagués Laso, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 1, Montevideo, 1963, parágrafo 280, paginas 449, 450; Cretella Junior, “Direito Administrativo do Brasil”, Tomo 3, paginas 175/176; Miguel S. Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966, parágrafo 414, pág. 344.

<sup>24</sup> Miguel S. Marienhoff en su *Tratado de Derecho Administrativo*. T. II, pág. 537, con citas de: Stassinopoulos, “*Traité des actes administratifs*”, pág., 217; Sarría, *Teoría del recurso contencioso administrativo*, pág. 188; Waline (1963). *Droit Administratif*. París, p. 480; y Prat. *De la desviación de poder*. pp. 371, 163.

<sup>25</sup> Bandeira de Mello, C. A. (1993). *Curso de Direito Administrativo*. Sao Paulo, Malheiros Editores, p. 186.

<sup>26</sup> Vedel, G. (1964) *Droit Administratif*. (3ª edic.). París, PUF, pp. 458 y 462.

*violar un principio de razonabilidad: o porque la medida establecida era prevista, pero el motivo falso o inidóneo; o porque la medida establecida era prevista y necesaria, pero inadecuada a los objetivos jurídicos (vía impropia); o porque la medida establecida, aunque prevista, necesaria y adecuada, es desproporcionada de acuerdo al fin que se desea alcanzar (exceso).*

Se agrega en el Ap. 164):

*En cuanto al motivo indicado precedentemente se señala que el mismo constituye el presupuesto material que autoriza y exige la práctica del acto administrativo; es pues, una situación empírica, externa y previa, pudiendo estar prevista en la norma o no. Si está prevista, se habla de previsión abstracta de una situación de hecho, la cual debería ser tomada en cuenta por el acto ante una situación material concreta. Esencial para la desviación de poder en todas sus modalidades es el móvil. Del motivo (situación objetiva y externa al agente) se distingue el móvil, esto es, la representación subjetiva e interna del agente, básica para el examen de la intención. El móvil es relevante para la apreciación de la desviación de la finalidad, sobre todo en los aspectos referidos al ámbito de discrecionalidad del acto, aspectos que, en virtud del modo en que la norma regula la materia, exigen que el agente pondere las circunstancias del caso en cuanto a la mejor manera de atender a la finalidad normativa"... "165) En cuanto a la finalidad, se entiende por tal el tratamiento del bien jurídico objetivado por el acto. Si hay conformidad con la finalidad normativa, el acto es correcto; si estuviera en disconformidad ocurre la desviación. Así, no se puede buscar a través de un acto la protección del bien jurídico cuya satisfacción debería ser obtenida por otro acto o categoría de acto: cada acto tiene la finalidad señalada por la norma que la concibe.*

Como dicen Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández: "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".

En su apartado 166)

*Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla... En este sentido, la actividad administrativa está vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad pública, sino también cuando “el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto” (Jean Rivero, 1962, pp. 225-260).*

Su riqueza, no se agota con la demarcación que efectúa de la desviación de poder, sino respecto a la consagración de un principio general aplicable a todos los procedimientos administrativos, cual es el Principio de Moralidad,<sup>27</sup> a cuyo respecto expresa:

*Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos.<sup>28</sup>*

### **Algunos criterios jurisprudenciales domésticos**

La jurisprudencia de los tribunales federales, ha hecho aplicación constante del instituto en numerosos casos, generando una verdadera doctrina a su respecto.

<sup>27</sup> Dicho principio se encuentra contemplado por la Ley 3460 de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes, en su art. 4 inc. e).

<sup>28</sup> Sin haberlo citado expresamente, reproduce aquí la opinión de Bandeira de Melo, C. A. (2006). *Curso de derecho administrativo*. (1ª edic. en español). Valeria Estefanía Labraña Parra (Trad.). México, Editorial Porrúa, p. 84.

Así, en punto a los presupuestos para su aplicación, sostuvo que:

*La teoría de la desviación de poder en tanto vicio del acto, supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad extrínseca pero con vicio de invalidez por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada en la promoción del interés público y sometida a ineludibles imperativos de moralidad.* <sup>29</sup>

En punto a su configuración, sostuvo que “La ‘Desviación de poder’ aparece particularizada fundamentalmente por trasuntar un contenido o elemento subjetivo, psicológico, caracterizado por la voluntad –generalmente encubierta o disimulada– de lograr determinado fin”.<sup>30</sup>

En punto a su vinculación con el elemento “finalidad”, y su relación con el control de razonabilidad y el principio de buena fe, sostuvo que: “Para poder apreciar y valorar si se han vulnerado los límites de razonabilidad, desviación de poder y buena fe, debe exigirse el cumplimiento del requisito de la motivación del acto administrativo, ya que sin ello resultaría de cumplimiento imposible el control judicial que para efectivizarse requiere una manifestación de voluntad administrativa cierta y expresa, toda vez que lo intangible resulta de insusceptible revisión. (Del voto del juez Buján, cons. IV.5)”.<sup>31</sup>

Finalmente, en algunos supuestos de ceses dispuestos en la relación de empleo público por razones de disponibilidad, se ha admitido y desestimado según se hubiese o no acreditado el vicio de desviación de poder.

<sup>29</sup> Sentencia del 3/4/59 del Tribunal Supremo Español citada por Tawil, “Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa” T.I, pág. 272, nota 423) esta Sala in re “Banco Basel S.A. c/ B.C.R.A. -Resol. 300/95”, del 4/7/96. (Del voto de la juez Garzón de Conte Grand, Consid. VII. C.NAC.CONT.ADM.FED. Sala II. “Torcasso Domingo Jorge c/E.N. –Poder Legislativo– H.Senado de la Nación s/ empleo público”, Causa: 1545/91, 1/10/96. Jueces Damarco, citas.

<sup>30</sup> Cfr. Marienhoff en su *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. 1966, T.II, pág. 537 y sus citas). (Del voto del juez Licht, consid. IX). C.NAC.CONT.ADM.FED. Sala I. “Juárez Agustín E. c/ Mº de Trabajo s/proceso de conocimiento”, Causa: 35.479/94,6/10/98. Jueces Buján, Licht. En idéntico sentido C.NAC.CONT.ADM.FED. Sala I, causa 19.199/97, “Gasc Javier Orlando c/EN -Mº del Interior-PNA s/Personal Militar y Civil de las FFAA. y de Seg.”. 20/05/10. Jueces Coviello, Do Pico.

<sup>31</sup> CAM.NAC.CONT.ADM.FED. Sala I, “Marengo, Guillermo Julio c/ Estado Nacional, Min. de Acción Social y Salud Pública s/ empleo público”, Causa nº 7576/91, 16/04/98, Jueces Licht, Buján, Coviello.

En el primer supuesto, se ha dicho que:

*La intervención decretada y la sanción de cesantía dispuesta son ilegítimas pues prima facie el funcionario interviniente que dispuso la intervención del Museo Histórico Nacional y la cesantía del entonces Director actuó con “desviación de poder” cuando de los hechos, antecedentes de la causa y de la motivación de los actos cuestionados actuó con un fin personal específico distinto con el querido por la norma que le atribuye a la autoridad administrativa facultades para intervenir un órgano como es el Museo Histórico Nacional y en su caso disponer el cese de los empleados o agentes públicos. (Consid. V).<sup>32</sup>*

Y en el segundo, se sostuvo que:

*No hay desviación de poder cuando el Senado decretó el pase a disponibilidad del agente como consecuencia de la supresión de la Dirección de Contaduría y Administración, lo que implica adecuar las estructuras a las necesidades del servicio, procurando unidades de organización que resulten eficientes, sin referencia necesaria a la reducción del número de personal o de funciones. Por lo tanto no vicia por si solo el acto el hecho que las funciones de aquella Dirección fueran asumidas por otro organismo o que se hubiera nombrado personal en la categoría del agente, personal que en su totalidad fue designado en el caso como temporario o contratado. (Del voto del juez Mordegliá, Consid. 2).<sup>33</sup>*

Finalmente, la Corte Suprema de la Nación, ha sostenido que también las resoluciones y sentencias del Poder Judicial pueden incurrir en “desviación de poder”, es decir, no es sólo un vicio predicable del acto administrativo.

En tal sentido, en la causa “Martínez de Hoz”,<sup>34</sup> luego de sostener que “Debe admitirse el “desvío de poder” como causal de invalidez de los actos de

<sup>32</sup> C.NAC.CONT.ADM.FED. Sala V, Causa 1.554/01, “Cresto Juan José c/E.N. -Secretaría de C. y C. -PN Disp. 1/00 Resols. 666/00 y 56/01 s/amparo ley 16.986”, 19/09/01. Jueces Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.

<sup>33</sup> C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala III, “Sánchez Alberto R. c/ E.N. -Honorable Senado de la Nación s/ empleo público”, Causa: 1559/91, 28/10/97. Jueces Mordegliá, Argento.

<sup>34</sup> CSJN, 23/03/1993, “Martínez de Hoz, José A. A.”, Fallos 316:365. Voto del doctor Petracchi.

los poderes públicos, entendida dicha causal como el ejercicio de facultades estatales con un objeto distinto al previsto por el legislador”, sostuvo 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.*

Así ocurrió en el caso, respecto del auto de prisión preventiva sostenido en el objetivo de impedir que se operase la prescripción de la acción penal respecto del procesado.

### **Principio de Proporcionalidad<sup>35</sup>**

Según Sandulli,<sup>36</sup> el principio de proporcionalidad quedaría articulado con estos elementos constitutivos:

- a) idoneidad: que se refiere a la coherencia del medio empleado; es decir, configurada una determinada situación de hecho, el medio empleado exacto para producir un resultado apreciable;

<sup>35</sup> Dicho principio fue utilizado por el Juez Petracchi en su Voto en la causa “Thomas, Enrique c. E.N.A.”, CSJN, del 15-06-2010, Considerando 10°, expresando que: “si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica principalmente frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la Administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales (ver Fallos: 329: 3680, voto del suscripto), como aspecto esencial del principio de razonabilidad, la proporcionalidad resulta un requisito de toda la actividad del Estado, incluida la judicial. En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado frecuentemente la proporcionalidad como estándar para evaluar la legitimidad de las sentencias judiciales denominadas «injunctions», lo ha fundado en la cláusula constitucional del debido proceso, y ha considerado, sobre esa base, que la medida judicial ordenada, debía ser proporcionada a la naturaleza y magnitud de la violación constitucional de derechos que se invocaba”.

<sup>36</sup> Citado por Grecco, Carlos Manuel; Guglielminetti, Ana Patricia, “El principio de proporcionalidad en la ley nacional de procedimientos administrativos de la República Argentina (glosas preliminares)”. Revista Documentación Administrativa N° 267-268, Número Especial titulado *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias actuales (I)*, p. 121, especialmente p. 128, INAP, Septiembre 2003 – Abril 2004, Madrid.

- b) necesidad: comporta la conformidad de la acción administrativa a la regla del “medio más moderado” y la obligación de elegir un medio para la consecución del objetivo que implique un mínimo sacrificio de los intereses concurrentes;
- c) adecuación: íntimamente ligada a la necesidad aparece la adecuación, que se presenta como aquella ponderación discrecional que lleve a una decisión que, sin provocar sacrificios superiores al mínimo, resulte, no obstante, razonablemente balanceada y engarzada a “la justa medida de la potestad”.

El mentado principio, que hunde sus raíces en el añejo “principio de razonabilidad” y que fuera suficientemente estudiado en nuestro país,<sup>37</sup> ha sido recogido por la jurisprudencia del Alto Tribunal en los últimos tiempos, uno de cuyos ejemplos más palpables se dio al analizar la exigencia de la nacionalidad argentina para el acceso a cargos públicos.

En el último caso donde se pronunciara sobre el extremo,<sup>38</sup> expuso la Corte recordando que lo dicho desde antiguo acerca de que “la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito de dicho precepto admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación, en tanto no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos «habitantes de la Nación». De lo expuesto podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por el reglamento de la Corte.

Sin embargo —expone— esa Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” —

<sup>37</sup> Linares, J. F. (2002) *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. (2ª edic.) Buenos Aires, Astrea. Más recientemente, Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad* (2ª edic.). Buenos Aires, Depalma.

<sup>38</sup> CSJN, M. 1650. XLI; RHE “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional. Poder Judicial de la Nación, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Resol. 13/IX/04 (curso biblioteca)”. 12/08/2008. Fallos 331:1715. Dictamen de la Procuradora General, al que remitió la Corte Suprema.

como sucede en el sub lite— corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar.<sup>39</sup>

Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquélla sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los *finés* que había intentado resguardar y sobre los *medios* que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será “insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”.<sup>40</sup>

Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el sub lite, un *criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad*. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta *insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa*. Aquí se requiere aplicar un *escrutinio más severo*, cuyas características la Corte ha indicado en el precedente citado.

Por lo dicho, entendió el tribunal que la demandada no podía limitarse a alegar que la exigencia de nacionalidad argentina a un auxiliar bibliotecario era razonable o aun conveniente para el buen desempeño del cargo y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado.<sup>41</sup>

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado en el derecho inglés, casualmente confundido con el principio de confianza legítima, en ocasión de analizar el alcance del control judicial de la Administración en el ejercicio de facultades discrecionales.

<sup>39</sup> Remitiendo a la causa “Hooft” del 16-11-2004, Fallos: 327:5118, considerando 4º y sus citas.

<sup>40</sup> Sentencia in re “Hooft”, considerando 6º).

<sup>41</sup> Remite allí a la Sentencia in re: “Gottschau”, 08-08-2006, Fallos 329:2986, considerando 61)

Al respecto, expresa la doctrina<sup>42</sup> que “las causas por las que un juez puede anular un acto discrecional del ejecutivo son, según el *dictum* famoso de Lord Diplock, tres: *irregularidad procedimental, ilegalidad y razonabilidad*.<sup>43</sup> El primer supuesto recoge la tradicional doctrina inglesa del *natural justice*,<sup>44</sup> cuya finalidad es estrictamente procesal: principios tan emblemáticos de la tradición anglosajona como el *audialterampartem o el nemojuxdix in causa sua*. El segundo recoge la *desviación de poder continental* y supuestos de control de legalidad interna reconocidos por la jurisprudencia desde principios de siglo XX.<sup>45</sup> Y el tercero es el *control de razonabilidad*, plasmado en la conocida sentencia *Associated Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* de 1948, que constituye el caso más claro de control de legalidad interna hasta ahora previsto por el Derecho administrativo inglés. Según el *principio de razonabilidad* (más conocido en el argot como *Wednesbury unreasonableness*), un acto será *ultra vires* cuando sea tan irrazonable que ninguna autoridad razonable lo habría adoptado.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Sarmiento Ramírez-Escudero, D. “El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 114/2002, Estudios, p. 233, Editorial Civitas, abril 2002, Madrid; del mismo autor, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. El autor explica no obstante que si el Derecho español ha enfocado el problema de la confianza legítima y la revocación de actos desde los parámetros de la ilegalidad, el *Administrative Law* se estructura en estos momentos sobre la revocación de actos conformes a Derecho y declarativos de derechos subjetivos.

<sup>43</sup> Menciona al caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985, AC 374.

<sup>44</sup> En el Reino Unido se ha desarrollado como incluida en el principio de “Justicia Natural”, la denominada “Regla contra la parcialidad”, que establece que “Ningún hombre puede ser juez de su propia causa”, o en latín “*Nemo judex in re sua*”. Al respecto, ver H. W. R. Wade & C. F. Forsyth (2004). *Administrative Law*. (9ª Edition) London, Oxford University Press, p. 450 y ss.

<sup>45</sup> Citando a Craig, Paul, expresa el autor que de una forma muy casuística, bajo el rótulo de *illegality* se encuentran las siguientes causas de ilegalidad: propósitos inapropiados (desviación de poder, en términos continentales) y relevancia, lo cual permite impugnar un acto cuando razones relevantes no han sido tomadas en cuenta por el ejecutivo, o razones no relevantes han sido el único fundamento que soporta el acto. No obstante, ésta no es una clasificación taxativa, sino meramente descriptiva del *dictum* de Lord Diplock.

<sup>46</sup> Agrega el autor que se trata de un criterio vago, impreciso y propicio a la arbitrariedad judicial. Si situamos esta causa a la luz de la doctrina *ultra vires*, la fragilidad de ésta es aún más palpable: será contraria a la voluntad del Parlamento cualquier decisión tan irrazonable que ninguna autoridad la habría adoptado, y ello porque existe una voluntad implícita del legislador soberano que exige la nulidad del acto.

Luego, refiere que resulta relevante que en una sentencia de la Corte de Apelación en la causa “*Coughlan*”<sup>47</sup> se consagra la confianza legítima «sustantiva» como principio general del *Administrative Law*, y se eleva el standard de control utilizado tradicionalmente por los Tribunales: la razonabilidad *Wednesbury*.

En dicha causa, la Corte de Apelación entendió que existen dos *standards* en el *judicial review*: uno, el tradicional control de *razonabilidad*; y segundo, el *abuso de poder*. La categorización del abuso de poder, en los términos del Tribunal, no tiene vínculo alguno con el concepto utilizado por el Derecho continental. Se trata de un concepto autónomo y propio del Derecho inglés. Evidentemente, esta es la novedad. Una vez realizada la ponderación, el Tribunal entendió que al haber dos decisiones administrativas razonables (la promesa y

<sup>47</sup> *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, 1999, LGR, 703. El caso ha sido comentado por Craig, Paul; Shonberg, Soren, “*Substantive legitimate expectations after Coughlan*”, *Public Law, 2000 Sweet & Maxwell Limited and Contributors* (P.L. 2000, WIN, 684-701). Expresa Sarmiento Ramírez-Escudero – en relación al caso– que:

“Los hechos son los siguientes: la señorita Coughlan sufrió un grave accidente de tráfico en 1971, produciéndole minusvalías muy graves y permanentes. Durante dieciocho años residió interna en un hospital municipal para enfermos crónicos, hasta que en 1993 las autoridades le propusieron un traslado a Mardon House, un centro especial para el tratamiento de minusvalías como las sufridas por la señorita Coughlan. Una de las razones que impulsaron a ésta a cambiar de residencia fue la promesa municipal de proporcionarle un hogar para el resto de su vida («a home for life»), sin tener que preocuparse jamás por cuestiones de alojamiento. Esta promesa fue realizada en términos expresos y de forma escrita a un grupo de pacientes, incluida la recurrente. En 1998 las autoridades sanitarias decidieron cerrar Mardon House por motivos presupuestarios, con el consiguiente traslado de todos sus pacientes y el incumplimiento de la declaración realizada en 1993. La señorita Coughlan recurre la decisión de cierre y los Tribunales fallan a su favor. La autoridad sanitaria local, ante la Corte de Apelación, recurre la sentencia reconociendo la existencia de expectativas por parte de los pacientes, pero alega que la decisión de cierre no puede considerarse irrazonable en términos ortodoxos *Wednesbury*. La Corte de Apelación confirma el fallo de la primera instancia, pero con argumentos diferentes: efectivamente, existía una expectativa por parte de la señorita Coughlan, pero tratándose de un caso en el que la administración revoca un acto individual no formal a través de una política (*policy*), ha de realizarse una ponderación de los intereses en juego. En primer lugar, el Tribunal reconoce que si la promesa realizada por las autoridades se hubiera efectuado en el ámbito del Derecho privado, habría equivalido a un incumplimiento de contrato. Segundo, el mantenimiento de Mardon House no supone violación alguna del ordenamiento jurídico, puesto que la decisión de cierre obedece exclusivamente a coordinadas políticas. Tercero, los argumentos esgrimidos por la administración no son suficientes, en opinión del Tribunal, para fundamentar una revocación y defraudar la confianza creada. Por todo ello, se falla a favor de la señorita Coughlan”.

su posterior revocación), la única forma de controlar su legalidad sería asegurando que el poder razonablemente ejercido no fuera utilizado en exceso, y, por tanto, abusivamente. El cierre de Mardon se considera, por este motivo y a la vista de los intereses en juego, abusivo.

No son sino variantes del principio de razonabilidad, con mayor o menor grado de intensidad.

### **La desviación de poder en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso “Granier”<sup>48</sup>**

Los hechos del caso remiten a la denegatoria por parte del Estado venezolano de la renovación de una licencia para emitir en una frecuencia televisiva que ocupaba desde hacía 53 años Radio Caracas Televisión (en adelante RCTV), por vencimiento del plazo de vigencia de la mentada licencia.

Varias son las razones por las cuales este extenso pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene relevancia para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Entre otras, la ya conocida discusión en punto a si la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) puede ser invocada en protección de personas jurídicas, cuestión que excede este trabajo.

Los señores Granier y otros accionistas, directivos y periodistas de RCTV C.A. se agraviaron por la no renovación de la licencia para emitir denegada por el gobierno de Venezuela. Adujeron violación al derecho a la libertad de expresión e igualdad (arts. 13.1 y 13.3 de la CADH), a las garantías judiciales y protección judicial (art. 8 CADH) y al derecho de propiedad (art. 21 CADH). Insistieron que la denegatoria estatal a la renovación de su licencia obedecía a que la línea editorial de la emisora era contraria al gobierno.

<sup>48</sup> Caso “Granier y otros (Radio Caraca Televisión) vs. Venezuela”, sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C, 293, puede consultarse en: [<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>]. Sigo aquí en lo sustancial la reseña efectuada por Canda, F. O. “La desviación de poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH, del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso “Granier” (Radio y Televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado Segunda Parte. El instituto en el sistema interamericano”, Diario DPI, Administrativo N° 93, 01/12/2015.

Al analizar los dos actos administrativos (Comunicación N° 0424 y Resolución ministerial N° 002 de 2007) por los cuales se decidió dar por concluido el procedimiento para la renovación de la licencia iniciado por la agraviada (y consecuentemente, denegar la solicitada renovación), la Corte IDH sostuvo que la motivación explícitamente dada en esos actos “sería la de ‘la democratización del uso del medio radioeléctrico y la pluralidad de los mensajes y contenidos’, finalidad que encuentra legítima.

Sin embargo, añadió que “tanto la Comisión Interamericana como los representantes han aseverado que esta no era la finalidad real, por cuanto habrían pruebas que demostrarían que existía una intención de castigar a RCTV por la línea editorial crítica contra el Gobierno” por lo que entendió necesario analizar este extremo ya que “una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder”.

A tal efecto, analizó la prueba colectada y destacó que de las declaraciones y publicaciones efectuadas por las autoridades venezolanas se desprendía que la no renovación se fundó en:

*i) la no modificación de la línea editorial por parte de RCTV después del golpe de estado de 2002 a pesar de las advertencias realizadas desde ese año, y ii) las alegadas actuaciones irregulares en las que habría incurrido RCTV y que le habrían acarreado sanciones.*

Con arreglo a ello, tuvo por probado que la finalidad invocada en los actos administrativos aludidos no era real y que “los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno”, pues *la decisión se encontraba tomada con anterioridad y (...) se fundamenta en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el ‘deterioro a la protección a la libertad de expresión’ que fue probado en el presente caso.*

En suma, la Corte IDH declaró la existencia de una violación indirecta a la libertad de expresión que impactó no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV sino también “en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba”, pues “la finalidad real buscaba acallar

voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger”.

### Palabras finales

He procurado aquí mostrar someramente los contornos del vicio de desviación de poder, como propio del elemento finalidad del acto administrativo, conforme fuera forjado primero por la jurisprudencia, y que luego ocupara la atención de la doctrina especializada, destacándose obras completas dedicadas al estudio del vicio en cuestión.<sup>49</sup>

Es evidente que la utilización de competencias otorgadas por una norma jurídica para fines diversos a los que fija la propia norma atributiva, constituye uno de los caminos por los que se consuman los más sutiles actos de corrupción, que paralelamente resultan contrarios a la ética pública, lo que no sólo es producto de la actuación de funcionarios públicos, sino de los particulares que concurren —por acción u omisión— a gestarlos.

Al respecto, y como muestra del aserto, haré mías las palabras Julio Rodolfo Comadira,<sup>50</sup> quien expresara al respecto:

*La conducta virtuosa no se puede lucir en la función pública si antes no está vigente en la propia convivencia ciudadana. La internalización de una mentalidad transgresora es vivida en muchas ocasiones como un signo vernáculo de vivacidad e, incluso, de brillo personal, sin advertirse que tal comportamiento degrada individualmente a quien lo practica y, a la vez, se proyecta socialmente como un disvalor comunitario, el cual, en una retroalimentación perversa, gravita sobre la conciencia individual neutralizándola o deformándola. El plus de calidad humana exigible al funcionario público supone, por eso, una previa transformación en los propios niveles de la ética individual y comunitaria. Vivimos tiempos en los que parecen predominar quienes, como decía Oscar Wilde,*

<sup>49</sup> Ver, entre otras, las obras citadas al final en el Punto III.- Bibliografía, en especial las de Chinchilla Marín, Julio Prat y Sánchez Isaac.

<sup>50</sup> Contenidas en su artículo titulado “La ética pública y el ciudadano común” (el Dial-DC242).

*conocen el precio de todas las cosas pero el valor de ninguna. No importa. Desde distintas vertientes se nos estimula a confiar en el futuro: expresan los Obispos que los argentinos podemos estar heridos y agobiados, pero no desesperanzados; Ernesto Sábato escribió alguna vez que la esperanza es superior a la angustia. A partir de la experiencia moral personal debemos ser capaces de contribuir a la consolidación de un sistema ético público que basado en los principios universales de la recta razón, abarque, en su ámbito, de modo omnicomprensivo, a todos los sujetos realmente involucrados: funcionarios y ciudadanos.*

## **Bibliografía**

Bandeira de Melo, C. A. (2006). *Curso de derecho administrativo*. (1ª edic. en español). Valeria Estefanía Labraña Parra (Trad.). México, Editorial Porrúa.

Bielsa, R. (1955). *Algunos aspectos de la función pública*. Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Departamento de Extensión Universitaria, Publicación de "Extensión Universitaria" N° 45.

Canda, F. O. "La desviación de poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH, del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso "Granier" (Radio y Televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado. Primera Parte: contornos tradicionales de la figura". Diario DPI, Administrativo N° 92, 24/11/2015.

Canda, F. O. "La desviación de poder: del Consejo de Estado a la Corte IDH, del derecho administrativo local al derecho administrativo convencional. El caso "Granier" (Radio y Televisión de Caracas) y el derecho administrativo como derecho convencional concretizado Segunda Parte. El instituto en el sistema interamericano". Diario DPI, Administrativo N° 93, 01/12/2015.

Caputti, M. C. (2000). *La ética pública, Convención Interamericana contra la Corrupción, Ley de Ética de la Función Pública, Código de Ética de la Administración pública nacional, Derecho comparado (Estados Unidos, Francia, Reino Unido, España)*. Prólogo del Dr. Agustín Gordillo, Buenos Aires, Depalma.

Chinchilla Marín, C. (1999). *La desviación de poder*. (2ª edic.). Madrid, Monografías Civitas.

Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad* (2ª edic.) Buenos Aires, Depalma.

Comadira, J. R. “La ética pública y el ciudadano común” (el Dial - DC242).

Comadira, J. R. (2002) “La regulación jurídica de la ética pública”. Revista de Derecho Público, N° 2. La emergencia económica (Segunda parte), p. 595, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.

Craig, Paul; Shonberg, Soren (2000) “Substantive legitimate expectations after Coughlan”, Public Law, Sweet & Maxwell Limited and Contributors (P.L. 2000, WIN, 684-701).

Ferraz Dal Pozzo, Antonio Araldo (et all). *Lei Anticorrupção, Apontamentos sobre a Lei N° 12.846/2013*, Editora Fórum, 2014, Belo Horizonte.

González Pérez, Jesús. (1995). *Administración pública y moral*. Madrid, Cuadernos Civitas.

González Pérez, J. (2000). *La ética en la Administración pública*. (2ª edic.). Madrid, Cuadernos Civitas.

Gordillo, Agustín (2000). *Tratado de derecho administrativo*. (5ª edic.) T. 3. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo. Grecco, Carlos Manuel; Guglielminetti, Ana Patricia, “El principio de proporcionalidad en la ley nacional de procedimientos administrativos de la República Argentina (glosas preliminares)”, Revista Documentación Administrativa N° 267-268, Número Especial titulado *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias actuales (I)*, INAP, Septiembre 2003-Abril 2004, p. 121, Madrid.

Grondona, M. (1993). *La corrupción* (2ª edic.) Buenos Aires, Planeta.

Jeanneret De Pérez Cortés, M. “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo, y la desviación de poder”. La Ley 2002-D, 1408.

Linares, J. F. (2002) *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. (2ª Edic.) Buenos Aires, Astrea.

Lledo Veloso, Camilo y José Pardo Donoso. (2013). *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos*. Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago.

Nielsen, F.; Comadira, J. P. “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino”, Revista Documentación Administrativa N° 267-268, Número Especial titulado *El Derecho Administrativo en Ar-*

gentina: *Situación y Tendencias actuales (I)*, INAP, p. 135, Septiembre 2003-Abril 2004, Madrid.

Prat, J. A. (1957) *De la Desviación de Poder*. Montevideo, Editorial Facultad de Derecho.

Revidatti, G. A. (1991). *La ética en el Derecho Administrativo*. Corrientes, Editorial Paralelo 28.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. (2012). *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. Prólogo de Raúl Canosa Usera, Reus, Madrid.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (2004). *Ética, poder y Estado*. Prólogo de Julio R. Comadira, Buenos Aires, Ediciones RAP.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. (1993). *Principios de ética pública. ¿Corrupción o Servicio?* Madrid, Editorial Montecorvo.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime; Miguel Ángel Sendín García. (2014). *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno, Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Comares, Granada.

Rose-Ackerman, S. (2001). *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Alfonso Colodrón Gómez (Trad.). Buenos Aires, Siglo XXI.

Sánchez Isac, J. (1973). *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y Español*. Madrid, Instituto De Estudios De La Administración Local.

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. “El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 114/2002, Estudios, p. 233, Editorial Civitas, abril 2002, Madrid.

Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2007). *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Silva Tamayo, G. E. (2008). “La desviación de poder: su fuerza expansiva”. *Revista de Derecho Administrativo (RDA)* N° 65, p. 693, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Silva Tamayo, G. E. (2006). *Desviación de poder y abuso de derecho*. Prólogo de Juan C. Cassagne, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Monografías Jurídicas 157, Buenos Aires.

Sotelo De Andreau, Mirta Gladis. (2007). *La ética, la corrupción y la función pública. Tres elementos claves en los procesos de integración*,

Universidad de la Cuenca del Plata, Moglia Ediciones, Corrientes.

Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Juan Rincón Jurado (Trad.)  
Madrid, Aguilar.

Wade, H. W. R. & C. F. Forsyth. (2004). "Administrative Law" (9<sup>a</sup> Edition)  
London, Oxford University Press.