

15:40 horas del 14 de mayo de 1963. Francamente, sin encubrir su posición de tribunal de instancia, la Sala de Casación dijo en esa sentencia: "Consta de autos que los demandados por resolución de las... fueron declarados únicos y universales herederos en la sucesión de J. Q. A. Así las cosas, cuando el 13 de... vendieron la finca a la actora, eran dueños de la finca citada y en tal carácter dispusieron de ella en la forma que aparece de la escritura mencionada..." (*Boletín Judicial*, 16 enero 1964).

Dogmáticamente en la Sala de Casación no deberían admitirse cuestiones sino exclusivamente jurídicas —como atrás se dijo—, salvo el limitado examen de las cuestiones de hecho que, por vía de error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, permiten por excepción los artículos 903, inciso 4º, del Código de Procedimientos Civiles y 610, inciso 3º, del Código de Procedimientos Penales. Pero, repitiendo palabras de Manuel de la Plaza y para ponerle fin a este breve comentario en torno a la genuina función de nuestro Tribunal Supremo, no huelga recordar la pugna eterna frente al recurso de casación: "a un sector profesional, parecen excesivas las trabas que la ley y, sobre todo, la doctrina establecida en su derredor, oponen a la censura de los hechos en casación; y en cambio, otro sector menos numeroso, se duele de que, por lo que juzga portillo abierto en el castillo roquero del recurso, puedan evaporarse sus esencias. Acaso el acierto, en este como en tantos otros casos, esté en la ponderación de los contrapuestos pareceres y, sobre todo, en la recta inteligencia de la norma contenida" en las precitadas leyes procesales, a fin de mantenerse en casación, en cuanto al examen del acervo probatorio aportado al juicio, dentro del marco estrecho fijado por esos preceptos legales, salvo que la ley venga y convierta a la Sala de Casación en tribunal de tercera instancia rogada, como lo hizo en material laboral.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA DESVIACIÓN DE PODER

GONZALO RETANA SANDI.
Juez de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Profesor Suplente de Derecho Procesal Civil.

1. La reforma al artículo 49 constitucional.

Defendemos en todos sus extremos la enmienda introducida al artículo 49 de la Constitución Política en virtud del Decreto N° 3124 del 25 de junio de 1963.

Es más, al ser recibidos por la respectiva Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, manifestamos que el proyecto de reforma coincidía con lo recomendado por nosotros (1) como indispensable antecedente para la aprobación de una moderna y eficiente ley sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De lo anterior que nos sentimos obligados a no compartir las críticas dirigidas contra el texto constitucional reformado.

2. La crítica del licenciado Eduardo Ortiz Ortiz.

El profesor y magnífico administrativista D. Eduardo Ortiz Ortiz ha criticado (2) el párrafo segundo de la reforma, que dice: "La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos".

(1) *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica*, Tesis Doctoral, Madrid 1962.

(2) *Interés Legítimo, Derecho Subjetivo y Reforma al Contencioso Administrativo*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 2, pp. 129 y ss.

Lo califica de innecesario y superfluo en virtud de que el párrafo primero, al establecer la protección general contra la ilegalidad de la función administrativa del Estado, abarca el vicio de desviación de poder. Y lo llama "defecto fundamental" y "error técnico" a consecuencia de que la desviación es un vicio marginal, poco frecuente y expuesto a ser superado, por lo que no es digno de figurar en una Constitución Política, "hecha para durar ante los vaivenes de la justicia, de la doctrina y de los tiempos".

3. *La razón de la inclusión del párrafo criticado.*

La Comisión Especial de la Asamblea Legislativa fue explícita y clara al exponer la razón de la inclusión del párrafo objeto de la crítica del profesor Ortiz Ortiz.

Al respecto se lee en el dictamen: "Expuesto que todo acto es reglado, su violación (del fin del acto administrativo) implicaría siempre el quebrantamiento de la legalidad y por lo tanto, no sería necesario incluirlo (el vicio de desviación de poder) como motivo expreso de impugnación. Sin embargo, es indispensable hacerlo por cuanto en ese aspecto se encuentra dividida la doctrina: un sector estima que la desviación representa simplemente una infracción a la moralidad administrativa, mientras que otro sostiene que es un quebrantamiento a la legalidad administrativa; razón por la cual en la exposición de motivos de la ley española del 27 de diciembre de 1956 se lee que: —La fórmula adoptada comprende, pues, cualquier modalidad de infracción jurídica y, desde luego, como una de ellas, la desviación de poder, según puntualiza el texto legal, saliendo al paso de la tesis que la configura sólo como una violación de la moralidad, pero no de la legalidad administrativa—" (3).

De modo que el párrafo de comentario vino a eliminar toda duda o discusión acerca de la naturaleza jurídica

(3) La Gaceta del 9 de abril de 1963.

de la desviación de poder. Y de ello que no sea superfluo o innecesario, ya que en Derecho es preferible, para reforzar conceptos, pecar por exceso que por defecto, sea, que es mejor una aparente o posible redundancia antes que un precepto oscuro, vago, ambiguo o impreciso que pueda dar lugar a una merma o cercenadura de algún derecho fundamental del ciudadano.

Y es que, de no haber quedado el párrafo criticado por el señor Ortiz en la forma que quedó, existía la posibilidad de que en cualquier momento el legislador —por ley— o los tribunales —por jurisprudencia—, excluyesen del control jurisdiccional todo aspecto vinculado con la desviación de poder, fundados en que ésta representa solamente una infracción a la moralidad administrativa.

Por lo demás, el criterio este de la moralidad no está aún superado o rechazado, como para suponer que iba a ser ignorado e inaplicado en Costa Rica. Tan no lo está y tan discutible es el extremo, que la ley española actual, según se ha visto, hace formal mención del vicio de desviación de poder, precisamente "saliendo al paso de la tesis" de la moralidad. Y autores modernos de la autoridad de Garrido Falla (4), Forsthoff (5) y Díez (6), al ocuparse de la desviación de poder aluden a los dos criterios existentes acerca de la naturaleza jurídica de la misma, a saber: el de legalidad, por un lado, y el de moralidad, por el otro.

En todo caso, aunque estuviese superado el extremo, siempre era conveniente que el constituyente de Costa Rica siguiera los pasos de la ley española, desde que nada obsta a que el legislador aplique criterios arcaicos, salvo si el texto expreso de la Constitución Política lo impide.

(4) Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 463, Madrid 1958.

(5) Tratado de Derecho Administrativo, pág. 338, Madrid 1958.

(6) El Acto Administrativo, pág. 408, Buenos Aires 1961.

4. Frecuencia de la desviación de poder.

Cierto que la desviación de poder es un motivo de impugnación marginal o subsidiario, en el sentido de que "para que el acto resulte inválido es preciso que el fin extraño sea su única razón, pues si existieran otros motivos lícitos la circunstancia de que mediasen también intenciones bastardas no afectaría la validez" (7), y porque es necesario para su procedencia, "que el acto no adolezca de otro vicio que lo invalide, pues de haberlo no cabe investigar la presunta desviación de poder, la cual supone un acto inobjetable en todos los demás aspectos" (8).

Y, más que lo anterior, la desviación de poder es difícil de probar "... pues, como es natural, la autoridad que ha actuado por móviles ajenos al servicio se habrá preocupado de enmascararlos convenientemente, o, al menos, de no dar publicidad a sus intenciones" (9).

No obstante, la desviación de poder reviste tal importancia que ha marcado época en la lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (10).

Ha llegado a tal punto esa relevancia que, como también lo hizo ver la Comisión Especial de la Asamblea Legislativa, "se llegó a decir, aunque con evidente exageración, que una vez admitido este motivo de impugnación, la potestad discrecional de la Administración se convierte en un recuerdo histórico, pues en el ámbito del poder discrecional es donde aparece este vicio" (11).

(7) Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, p. 451, Montevideo 1953.

(8) Idem, pp. 456-457.

(9) Garrido Falla, ob. cit., p. 462.

(10) García de Enterría, La Lucha ídem, Revista de Administración Pública, N° 38, Madrid, mayo-agosto 1962, pp. 160-169.

(11) Garrido Falla, ob. cit., p. 461.

Y es tal la dicha importancia, que en España se ha estimado "como última conquista" la inclusión de la desviación de poder en la forma que lo hizo la sobredicha ley de 1956 (12).

De manera que carece de razón de ser la crítica del señor Ortiz acerca de la poca concurrencia de la desviación de poder, ya que no es el acaecimiento bastante o limitado y sí la importancia lo que determina la inclusión de las garantías del ciudadano en una Constitución Política: así, por ejemplo, dentro de un Estado de Derecho son poco frecuentes las detenciones ilegales o las violaciones de las demás garantías constitucionales; mas por ello no podría sostenerse que sobran las reglas sobre Habeas Corpus o Amparo que la misma Constitución establece, como tampoco podría admitirse que es innecesario el principio sobre Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el hecho de que determinada Administración actúa siempre conforme a Derecho.

Ojalá que los encargados de nuestra Administración Pública no incurran nunca en desviación de poder. Constituiría un galardón para Costa Rica; pero nunca la necesidad de eliminar el párrafo 2° del artículo 49 constitucional, ya que así como el Código Penal tipifica los delitos para prevenirlos y evitarlos y no para que sean cometidos, así dicha regla, como toda la legislación sobre lo contencioso-administrativo (comenzando por la Carta Política) debe prever todos los motivos posibles de impugnación, por infrecuentes que sean.

Recuérdese que el mejor freno para el abuso lo constituye, por regla general, la simple existencia del control o contralor.

5. Otras legislaciones.

No ha sido la Constitución Política de Costa Rica la primera en hacer mención expresa de la desviación de po-

(12) García de Enterría, ídem, p. 170.

der como motivo de ilegalidad de la actividad administrativa.

La Constitución de la República española, en el artículo 101, disponía que: "La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder" (13).

Y en la República Oriental del Uruguay, explica Sayagués Laso, "Hasta 1934 en nuestro país no se planteó jurisprudencialmente la cuestión de la admisibilidad de la desviación de poder . . . Pero era una sentida necesidad darle entrada en nuestro derecho y de ahí que se aprovechara la reforma constitucional de 1934 . . . El art. 274 de la constitución de 1934 decía así: —Serán consideradas decisiones ilegales las que fueren violatorias de la ley, sea en su forma, sea en su fondo. También lo serán aquellas no ajustadas a su finalidad o designio que en derecho configuran el abuso o la desviación de poder" (14). La misma inquietud debió presentarse al Constituyente de 1951, desde que el artículo 309 de la Carta aprobada en este año reza así: "El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder" (15).

Por último, para que se confirme que es necesario o aconsejable hacer mención de la desviación de poder, a fin de evitar dudas acerca de su admisibilidad como vicio de ilegalidad de la función administrativa, merece citarse uno

(13) V. Jiménez de Asúa, la Constitución de la Democracia Española y el Problema Regional, p. 156, Buenos Aires, 1946.

(14) Ob. cit., p. 454.

(15) Ricardo Zamora, Digesto Constitucional Americano, p. 944, Buenos Aires 1958.

de los anteproyectos más modernos en la materia, el de "Código de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Santa Fe", del doctor Salvador Dana Montañó, cuyo artículo 66 dice que "La sentencia estimará la demanda cuando el acto o disposición impugnados sean contrarios a Derecho, incluso por incompetencia de la Administración, vicio esencial de forma o desviación de poder"; texto en relación con el cual el profesor y tratadista Sayagués Laso ha aconsejado mantener la mención de "la desviación de poder, en vista de la jurisprudencia argentina restrictiva" (16).

6. Superación de la desviación de poder.

Cierto que recién han surgido técnicas alternativas de la desviación de poder, como las apuntadas por el señor Ortiz en el trabajo que ha motivado el presente.

Y por ser más eficaces, debemos recibirlas con beneplácito, desde que aseguran una mejor justicia administrativa.

Mas no sabemos todavía que la desviación de poder vaya a ser sustituida del todo y, menos, que ello vaya a ocurrir en corto tiempo.

Basta con observar que nació en Francia hace más de cien años y que no se incorporó al derecho de un país vecino, España, sino en forma efectiva hasta la ley de 1956 (17), en Uruguay hasta 1934, y en Costa Rica mediante la reforma reciente al artículo 49 de la Constitución Política.

En todo caso, nada se perdería si en efecto la doctrina llegare a superar totalmente a la técnica de la desviación de poder. En este supuesto, el párrafo 2º del artículo 49 sobredicho constituiría, a lo sumo, un recuerdo histórico (de lo que no están desprovistas la mayoría de las Constituciones Políticas, sobre todo en lo que toca a garantías individuales); recuerdo histórico que sería de indudable valor, porque el

(16) Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación, p. 136, mayo-agosto de 1962, Buenos Aires.

(17) García de Enterría, *Idem*, p. 169.

texto constitucional evitó, en su tiempo, que los administrados estuvieran expuestos a ver cercenadas sus garantías sobre justicia administrativa.

7. Conclusiones.

I. Es una virtud la inclusión, en el texto constitucional, de la desviación de poder como motivo de impugnación de los actos administrativos, porque evitará que dicho vicio pueda ser sustraído del control jurisdiccional con apoyo en la teoría de que sólo representa una infracción a la moralidad administrativa.

II. Lo que interesa es la importancia o entidad del vicio de desviación de poder y no que sea infrecuente o marginal: Administración ideal es la que actúa siempre conforme a Derecho, sea, la que nunca incurre en vicios de ilegalidad; mas por esto no podría sostenerse que está de más la norma constitucional sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues precisamente la sola existencia del control constituye, por regla general, el mejor freno para el abuso de los encargados de la Administración Pública.

III. Otras Constituciones Políticas modernas han precedido a la de Costa Rica en cuanto a la mención expresa de la desviación de poder como vicio de ilegalidad de la actividad administrativa.

IV. El advenimiento de técnicas alternativas más eficaces no significa que la desviación de poder vaya a ser sustituida del todo y, menos, que ello vaya a suceder en corto tiempo, máxime en Costa Rica, a donde ha llegado, como conquista indudable, con más de cien años de demora. En todo caso, aunque exista la posibilidad de que un texto constitucional se convierta con el tiempo en un recuerdo histórico, debe hoy ser aprobado si lo contrario puede dar lugar a una norma omisa, capaz, por lo mismo, de permitir leyes o jurisprudencia restrictivas de alguna garantía fundamental del ciudadano.

INFORMACION