

“INCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER”.
NOTAS ACERCA
DE LOS ORÍGENES DE UNA PARTE
DE LA NORMA CONSTITUCIONAL
SOBRE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Carlos García Soto

*Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Políticas de la Universidad Monteávila*

Resumen: El artículo estudia el modo como la fórmula sobre la desviación de poder de la Ley de 27 de diciembre de 1956 se mantiene en la Constitución de Venezuela, a partir de la perspicacia que en su momento tuvieron profesores españoles y venezolanos.

Palabras clave: Desviación de poder, influencia del Derecho francés, jurisdicción contencioso-administrativa.

Summary: The article examines how the formula on the misuse of power of the law of December 27 1956, is maintained in the Venezuela's Constitution, from the insight that once had Spanish and Venezuelan professors .

Key words: Misuse of power, influence of French law, administrative courts.

Recibido: 23 de agosto Aceptado: 30 de agosto de 2014

SUMARIO

Introducción

- I. La fórmula del artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España: “Incluso la desviación de poder” y su reiteración en otras normas
- II. La fórmula del artículo 206 de la Constitución de 1961: “Incluso por desviación de poder” y su reiteración en la Constitución de 1999

Conclusión

INTRODUCCIÓN

La norma sobre la jurisdicción contencioso-administrativa de la Constitución de 1999 (artículo 259) es, sustancialmente, la misma que contenía la Constitución de 1961 (artículo 206), con algún aditamento sobre “reclamos por la prestación de servicios públicos”. Como en tantas otras instituciones, la Constitución de 1999 no alteró en lo sustancial el régimen de la Constitución de 1961.

Esa continuidad en la fórmula constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa ha implicado que persista un curioso anacronismo. Este trabajo quiere llamar la atención sobre cómo una frase que tuvo su sentido en un momento de la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa española, hoy se mantiene como Derecho positivo en Venezuela, cuando ya se ha perdido el sentido que le justificaba.

Cuando el artículo 259 de la Constitución de 1999 señala como parte del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa el anular los actos administrativos generales o individuales, inmediatamente se cuida de precisar: “incluso por desviación de poder”, en los mismos términos del artículo 206 de la Constitución de 1961. En el mismo sentido, el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Conten-

cioso Administrativa, al señalar la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, advertirá que serán competentes para conocer de “Las impugnaciones que se interpongan contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, incluso por desviación de poder”.

¿Por qué tanto el artículo 206 de la Constitución de 1961 como el artículo 259 de la Constitución de 1999, y ahora el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se preocupan de esa precisión?¹.

1 Al regular la responsabilidad derivada del ejercicio del Poder Público, el artículo 139 de la Constitución de 1999 hará referencia a la misma fórmula sobre la desviación de poder: “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”. En la Exposición de Motivos de la Constitución se señalaría sobre esa norma: “En cuanto a la responsabilidad individual consecuencia del ejercicio del Poder Público, se abarca tanto el abuso de poder, la *desviación de poder*, así como la violación de la Constitución y la Ley. Esta disposición es una de las que ha adolecido de ineficacia, por lo cual su consagración en esta Constitución implica generar los mecanismos legales para su aplicación efectiva”. Por otra parte, al señalar las atribuciones del Defensor del Pueblo, el numeral 2 del artículo 281 de la Constitución de 1999 también señalará: “2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, *desviaciones de poder* y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos” (resaltados nuestros).

I. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 83.2
DE LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956, REGULADORA
DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
DE ESPAÑA: “INCLUSO LA DESVIACIÓN DE PODER”
Y SU REITERACIÓN EN OTRAS NORMAS

1. La inclusión de la fórmula “Incluso la desviación de poder” en la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

En 1956 sería dictada una Ley determinante para el contencioso-administrativo de España, la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa². Cuando regula la Sentencia, dice en el numeral 2 de su artículo 83:

“la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

Para luego advertir en su numeral 3:

“constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Para recalcar aún más la importancia que se le otorgaba a ese vicio del acto administrativo, al señalarse cuáles Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales serían susceptibles de recurso de apelación, se dirá muy rotundamente en el numeral 2 del artículo 94:

“Las sentencias que versaren sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de apelación”.

2 Boletín Oficial del Estado N° 363 de 28 de diciembre de 1956.

2. Los antecedentes de la fórmula “incluso la desviación de poder” en el Derecho español y en el Derecho francés

Esa fórmula acogida por el artículo 83.2 de la Ley tenía un antecedente en la Constitución de España de 1931, en cuyo artículo 101 se advertiría que “la Ley establecerá recurso 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”.

Como una consecuencia de esa norma de la Constitución de 1931, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933, señaló el modo como debía regirse el recurso de inconstitucionalidad de las leyes en “los pleitos de ilegalidad y exceso o desviación de poder a que se refiere el artículo 101 de la Constitución”. Como señaló Sebastián Martín-Retortillo Baquer, para la época, “Esta era la única referencia que con categoría legal se hizo del recurso de desviación de poder, y propiamente como queda claro, no para regularlo en ningún sentido, sino para establecer la forma de resolver previamente en un recurso por desviación de poder la cuestión referente a una posible inconstitucionalidad legal”³.

Sin embargo, el origen en el Derecho Comparado de la consideración de la desviación de poder como institución para controlar la actividad de la Administración, no se encuentra en la fórmula del artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. Tampoco se encuentran en la fórmula de la Constitución de 1931 citada. El origen de esta institución, como tantas otras del Derecho Administrativo, será francés: de la jurisprudencia

3 “La desviación de poder en el Derecho español”, en *Revista de Administración Pública*, N° 22, enero-abril, 1957, pp. 157-158. Véase igualmente Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 35-36.

y doctrina francesa⁴. Lo advirtió Carmen Chinchilla Marín: “Como tantas otras categorías jurídico-administrativas, la desviación de poder tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés de finales del siglo XIX. Irrumpe como una especie dentro del género *exceso de pouvoir* para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial”⁵. A seis años de haberse dictado la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa recalcaría Eduardo García de Enterría: “Es una aportación técnica que viene del Derecho francés (donde cuenta ya más de un siglo), y que ha sido recibido muy tardíamente en nuestro Derecho”⁶.

En España, a diferencia de lo que ocurrió en Francia e Italia, donde la construcción de la desviación de poder había sido producto de la jurisprudencia, se reconoció expresamente, a través de una Ley, que la desviación de poder era una “infracción del ordenamiento jurídico”; y tal infracción debía ser objeto del control de la jurisdicción contencioso-administrativa (numeral 2 del artículo 83 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)⁷.

4 Sobre el proceso que lleva a la elaboración jurisprudencial de la institución de la desviación de poder en Francia, véase Alfonso Masucci, “Formación y evolución del Derecho Administrativo en Francia y Alemania”, en *Revista de Administración Pública*, N° 184, enero-abril, 2011, pp. 9-19.

5 *La desviación de poder*, cit., p. 29. Véase igualmente Rosibel Grisanti de Montero, “La desviación de poder como un vicio del acto administrativo difícil de probar”, en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Rafael Hernández-Mendible (Directores), *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 403.

6 “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 38, 1962, p. 169.

7 Cfr. Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, cit., p. 37.

3. La peculiaridad que suponía la inclusión en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de la fórmula “incluso la desviación de poder” y su justificación. La intervención de Manuel Ballbé y Jesús González Pérez

La primera doctrina que interpretó esa norma, por supuesto, hizo referencias a esa peculiaridad que suponía que una infracción del ordenamiento jurídico como la desviación de poder se señalara expresamente en una Ley⁸. Eduardo García de Enterría se referiría a esa curiosidad: “La Ley de lo Contencioso Administrativo de 1956 por vez primera ha introducido, en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tenido que penetrar curiosamente en nuestro Derecho por vía legal y no jurisprudencial”⁹.

La justificación que la doctrina encontró fue la ausencia de desarrollo jurisprudencial en España sobre el vicio de la desviación de poder. Se advertía que antes que fuera expresamente recogida en el artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la desviación de poder era una infracción del ordenamiento jurídico que podía ser observada por la jurisprudencia, lo cual sin embargo no ocurrió con la frecuencia que se estimaba necesaria¹⁰. En consecuencia, se señalaba que en la medida en la que la jurisprudencia española no había aplicado suficiente-

8 Aún varias décadas luego de dictada la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, señalaría Carmen Chinchilla Marín: “En primer lugar, cabría preguntarse por qué una ley reguladora del proceso contencioso-administrativo vino a consagrar y definir específicamente uno de los vicios en que puede incurrir la Administración Pública” (*La desviación de poder*, cit., p. 43).

9 “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”, cit., p. 169.

10 Véase Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “La desviación de poder en el Derecho español”, cit., p. 134.

mente sus poderes para corregir la desviación de poder, había tenido que venir la Ley a suplir tal carencia, recogiéndola expresamente en su texto. Recalcaría por ello Sebastián Martín-Retortillo Baquer que “en una línea lógica, la desviación de poder sólo podía aparecer elaborada por la jurisprudencia, y por tal camino debía estructurarse; frente a este principio, que es regla general, la nueva Ley española ha tenido que recogerla expresamente ante la falla de una configuración previa del mismo realizada por los Tribunales”¹¹.

Esa ausencia de desarrollo jurisprudencial sobre la desviación de poder en España sería explicada por Sebastián Martín-Retortillo Baquer en los siguientes términos: “Primero, por la falta de un criterio unitario, de una línea directriz que hubiese llevado a los Tribunales la consciencia de su función de control y de restablecimiento del orden jurídico; segundo —razones de análoga naturaleza—, por la fuerte vinculación a una concepción normativa del Derecho, prescindiendo de aquel otro aspecto sociológico-institucional del ordenamiento jurídico, que impone de suyo que, en cuanto existe una unidad evolutiva, no puede evolucionar una parte del mismo —el poder administrativo—, sin la respectiva correlación en la garantía frente a aquél, vale decir, en la jurisdicción contenciosa¹². Sin embargo, sin que tratemos por ello de justificar, sino muy al contrario, la falta de elaboración por nuestra jurisprudencia, sí se puede explicar fácil y razonablemente desde su perspectiva exegética, a cuyo desarrollo aquélla estuvo limitada: la prohibición general sobre los actos discrecionales¹³, la explí-

11 “La desviación de poder en el Derecho español”, cit., p. 134.

12 En el mismo sentido, Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, cit., p. 45.

13 Señala en este sentido Carmen Chinchilla Marín que “A todo ello hay que añadir que frente a la Ley de Santamaría de Paredes que excluía del conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo los actos discrecionales, la Ley de 1956 extendió el control de esta jurisdicción a dichos actos. Siendo ello así, no es de extrañar que en su articulado se hiciese mención expresa a la desviación de poder, tan estrechamente relacionada —aunque no exclusivamente, como se verá— con el control de la discrecionalidad administrativa” (*La desviación de poder*, cit., p. 47).

cita exclusión de la desviación de poder en la elaboración de la ley municipal de 1935, por ejemplo, son argumentos decisivos para fundamentar una no elaboración de la misma si partimos, como en líneas generales lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo, de un entendimiento de la función judicial reducido a lo meramente aplicativo: la obra realizada se explica así y es congruente con la perspectiva adoptada, siendo precisamente en ésta donde hay que localizar el defecto fundamental”¹⁴.

Es sabido que los redactores del anteproyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa fueron Manuel Ballbé y Jesús González Pérez, por encargo que les realizara Antonio Iturmendi en su condición de Ministro de Justicia del Gobierno español para la época¹⁵. Jesús González Pérez, como corredactor de la Ley, justificaría la inclusión de la desviación de poder en el texto del artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa:

“Ante la timidez con que la jurisprudencia anterior a la LJ acogía la desviación de poder como motivo de anulación del acto administrativo la LJ, al disponer que la sentencia estimaría el “recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriese en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico», creyó oportuno añadir: “incluso la desviación de poder». Para dejar constancia de que este era un motivo real de anulabilidad, que existía en el Ordenamiento jurídico, que un acto que incurriese en tal infracción era anulable. Y el legislador llegó a más. Aun excediéndose de lo que era el ámbito de una Ley procesal, aun consciente de que aquello no era propio de una regulación del proceso

14 “La desviación de poder en el Derecho español”, cit., pp. 134-135.

15 Véase, por ejemplo, el testimonio del propio Jesús González Pérez en “Laureano López Rodó, *in memoriam*”, en *Anales*, N° 77, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2000, p. 697 y en “Segismundo Royo-Villanova (En el centenario de su nacimiento)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, septiembre-diciembre, 2009, p. 318.

administrativo, definió la desviación de poder. El art. 83, ap. 3, dice: “Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico»”¹⁶.

Como se observa, fue por la preocupación de advertir que la desviación de poder era también un modo de infracción del ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, un “motivo real de anulabilidad”, que Manuel Ballbé y Jesús González Pérez incluyen la expresa referencia a la desviación de poder en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dada la ausencia de un desarrollo jurisprudencial en España sobre ese vicio, al contrario de lo que había sucedido en Francia.

4. La reiteración de la fórmula en otras Leyes del Derecho español y su reflejo en la Constitución de 1978

A dos años de haberse dictado la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, se reiteraría la fórmula, ahora en la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo¹⁷. En su artículo 48 se decía: “son anulables (...) los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. El artículo 115.1 de esa Ley reiteraría: “los recursos de alzada y reposición previo al contencioso podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁸, que derogaría la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, repetiría la fórmula, para señalar en su artí-

16 *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1978, p. 1029.

17 Boletín Oficial del Estado N° 171 de 18 de julio de 1958.

18 Boletín Oficial del Estado N° 285 de 27 de noviembre de 1992.

culo 63.1 que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”¹⁹.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁰, que deroga a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el numeral 2 de su artículo 72, al regular la Sentencia, repetirá la alusión a la desviación de poder:

“2. La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

También la definirá:

“Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

La Constitución de España de 1978 recogería la institución de la desviación de poder, si bien no aludiría expresamente a ella, como en las normas legales reseñadas. Su artículo 106, al regular el ámbito de la jurisdicción conten-

19 Concluiría por ello Carmen Chinchilla Marín que “El legislador de 1992 consideró, pues, oportuno, seguir incluyendo esta alusión específica a la desviación de poder al definir la anulabilidad de los actos administrativos y lo hizo además, al igual que lo hiciera el legislador de 1958 (art. 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), con ese tono de advertencia que se deriva de la expresión “incluso» la desviación de poder. No conocemos, pues no trascendieron al debate parlamentario, cuáles han sido las razones que han llevado al legislador a seguir destacando la desviación de poder de entre todos los vicios que pueden causar la anulabilidad de los actos administrativos (“cualquier infracción del ordenamiento jurídico»), pero no hay que descartar que en su mente estuviera la intención de insistir en la importancia de este motivo de anulabilidad. Importancia que sin embargo se ve contradicha por el hecho de que la desviación de poder siga estando relegada a la condición de causa de anulabilidad, cuando es obvio que en determinadas manifestaciones puede ser un motivo de nulidad de los más graves que puedan darse” (*La desviación de poder*, cit., p. 40).

20 Boletín Oficial del Estado N° 167 de 14 de julio de 1998.

cioso administrativa, se cuidará igualmente de hacer referencia al elemento fin de la actuación administrativa, cuyo vicio es, precisamente, el de la desviación de poder: “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”²¹.

Tal es, en síntesis, la evolución de la inclusión expresa de la desviación de poder, en tanto vicio de la actividad administrativa, específicamente del acto administrativo, en el Derecho positivo de España. La ausencia de desarrollo jurisprudencial de ese vicio dio lugar a que en España, a diferencia de Francia, se hiciera la advertencia en la propia Ley a que el juez contencioso administrativo era competente para conocer de ese vicio del acto administrativo. Preocupación que se tenía en España en 1956 y que, como veremos, curiosamente hoy todavía se manifiesta de modo expreso en el ordenamiento constitucional venezolano vigente.

II. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 206

DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961:

“INCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER”

Y SU REITERACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. La fórmula “incluso por desviación de poder” en la Constitución de 1961

La fórmula sobre la desviación de poder la volveremos a encontrar cinco años después ya no en España, sino en Venezuela, esta vez en el artículo 206 de la Constitución de

21 Téngase en cuenta que el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, en su condición de senador de las Cortes Constituyentes, propondría una variación a esa redacción, que la mejoraba en mucho, pero que lamentablemente no prosperaría: “Los Tribunales controlan, sin excepciones, la potestad reglamentaria, así como las actuaciones y omisiones administrativas juzgando de su legalidad y adecuación a sus fines” (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, III, Cortes Generales, 1980, p. 2669).

1961²². Cuando en esa norma se señala la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, el constituyente precisará: “incluso por desviación de poder”. Señalará en ese sentido Allan R. Brewer-Carías: “En la Constitución vigente de 1961, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico positivo se ha empleado el término ‘desviación de poder’ para indicar un vicio del acto administrativo. Sin embargo, ya había aceptado la jurisprudencia administrativa de la Corte este vicio, tal como se desprende en los fallos anteriormente señalados”²³.

De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 haría referencia expresa a la inclusión de la fórmula, citando la experiencia de otros países:

“Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa podrán anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho. La fórmula ‘contrarios a derecho’ es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar afuera algunos actos administrativos.

22 Si bien el vicio de desviación de poder ya había sido advertido por la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia de la Corte Federal de 28 de septiembre de 1954: “Como lo enseña la doctrina, la ley atribuye a la autoridad administrativa el ejercicio de cierta facultad, pero se la atribuye para obtener un fin determinado, si la autoridad administrativa se servía poder que le ha sido conferido para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que hay ‘desviación de poder’”. La Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14 de febrero de 1991 advertiría la inclusión de la desviación de poder en la Constitución: “La desviación de poder que, con sentido de modernización del derecho público, incluyera en forma expresa el artículo 206 de la Constitución como vicio capaz de producir su nulidad a través del control del Juez contencioso-administrativo, es la irregularidad que lesionaría el fin del acto administrativo, que de estar afectado por ella dejaría de perseguir los intereses que le han sido asignados al órgano para su tutela para satisfacer intereses de otra índole”.

23 *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 71.

A título simplemente aclaratorio se agregan las palabras ‘incluso por desviación de poder’. En realidad, esto último es innecesario porque el acto producido con desviación de poder es también contrario a derecho, pero parece conveniente ponerlas para evitar las dudas que se han producido en otros países”.

En todo caso, queda claro que la inclusión de la fórmula sobre la desviación de poder en la propia norma constitucional respondía a experiencias del Derecho Comparado.

2. La experiencia del Derecho español como fuente inmediata de la inclusión de la desviación de poder en la Constitución de 1961

La experiencia inmediata a la cual parece responder la inclusión de la desviación de poder en el artículo 206 de la Constitución de 1961, es la derivada del ordenamiento jurídico de España, la cual ingresó a ese ordenamiento según arriba fue explicado. Como se vio, en la medida en la que la jurisprudencia española no había dado especial atención al vicio de desviación de poder, la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa consideró necesario reseñarla en su propio texto, cuando se refería al alcance de la Sentencia en el ámbito de lo contencioso administrativo. Pareciera, pues, que ese cuidado que se quiso tener en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, también fue sentido al momento de redactarse la norma sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en la Constitución de 1961. A la similitud entre la norma española y la norma venezolana se referirá en términos generales Antonio Moles Caubet:

“Ahora bien, la clave del sistema contencioso administrativo venezolano, cuyo núcleo se encuentra en el artículo 206 de la Constitución, es una traslación del modelo español, tal como resulta configurada en la Ley Reguladora de la juris-

dicción contencioso administrativa de 27 de Diciembre de 1956”²⁴.

Advertencia que luego será precisada por Daniela Urosa Maggi:

“El contraste de las normas españolas de la época demuestra claramente su influencia no solo en el contenido, sino incluso en la redacción y semántica del artículo 206 de la Constitución de 1961, norma que, debe concluirse, lo que establecía era un catálogo de posibles pretensiones a ser planteadas ante el juez contencioso administrativo, y no,

24 “El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 21. Y por ello concluye: “En suma, el artículo 206 de la Constitución venezolana contiene en germen todo el sistema del contencioso de actos español, adoptando inclusive su propia terminología” (p. 22). Para Daniela Urosa Maggi “La afirmación de Moles es no sólo enfática, sino además absolutamente irrefutable, si se toma en cuenta la talla jurídica del autor y su condición de co-redactor, precisamente de ese artículo 206 de la Constitución de 1961. De esta manera, su opinión se confunde con el espíritu mismo del legislador, en este caso del constituyente” (“Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, 2009, p. 127). Ya al referirse específicamente a la fórmula sobre la desviación de poder, Carmelo De Grazia Suárez concluiría que “La recién derogada Constitución de 1961 introdujo la noción de ‘desviación de poder’ en el derecho positivo venezolano. La influencia de la doctrina española, que para la época en que se discutió la Constitución se hallaba representada en esta tierra por el Profesor MOLES CAUBET, fue determinante en la redacción del artículo 206 Constitucional, el cual –en términos similares a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española de 1956– facultó a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para anular los actos administrativos contrarios a derecho, ‘*incluso por desviación de poder*’. En la misma forma, el vicio de desviación de poder aparece reconocido en el artículo 259 de la vigente Constitución” (El vicio de desviación de poder en el Derecho venezolano”, en *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Los requisitos y vicios de los actos administrativos*, Funeda, Caracas, 2000. p. 353).

como parte de la doctrina entendió, una dicotomía entre recurso de anulación y recurso de plena jurisdicción”²⁵.

Quien luego recalcará:

“De manera que la influencia del sistema contencioso administrativo español, ha sido evidente y afortunada en el sistema contencioso administrativo venezolano no solo en su origen en 1961, sino incluso en la Constitución de 1999. Precisamente por ello, y en atención a las bondades del modelo ibérico, es necesario tener en cuenta el alcance de ese sistema en el marco de la imperante y urgente aprobación de una Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela”²⁶.

3. La persistencia de la fórmula en la Constitución de 1999

Inmediatamente habrá que decir que la norma sobre la jurisdicción contencioso administrativa de la Constitución de 1999, el artículo 259, mantendrá exactamente la misma fórmula sobre la desviación de poder de la Constitución de 1961 (artículo 206), al hacer referencia a la contrariedad a Derecho de los actos administrativos generales o individuales²⁷. Ello implica que se mantenga la influencia de la Ley de 27 de diciembre

25 “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, cit., p. 129.

26 “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, cit., p. 131.

27 Sobre la redacción del artículo 259 de la Constitución de 1999, véase lo que señalaba el constituyente Allan R. Brewer-Carías a la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente en la sesión del 6 de octubre de 1999, en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 de septiembre-17 de octubre), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 249-250.

de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁸.

Eso hará que todavía en 2001, cuarenta años luego de redactarse el artículo 206 de la Constitución de 1961, sea pertinente el cuestionamiento que sobre nuestra curiosa fórmula se hace Henrique Meier E.:

“Esa expresa mención de la ‘desviación de poder’ no debe pasar inadvertida. El Constituyente, al ‘formalizar’ la potestad de los tribunales de lo contencioso-administrativo para controlar la legalidad de la actuación de la Administración Pública utiliza un vocablo de carácter genérico: la anulación de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho. Y este vocablo comprende, abarca, las posibles causales de nulidad absoluta o relativa previstas en la propia Constitución y en las leyes. Pero, ¿por qué se refiere de esa manera especial a la desviación de poder?, ¿cuál es el significado de esa expresión ‘incluso por desviación de poder’? ¿Es que acaso la desviación de poder no constituye una ‘contrariedad a derecho’?”

La frase tiene un sentido evidente: ante las posibles dudas relacionadas con las características del vicio del elemento teleológico del acto administrativo: la desviación de poder, y de sus consecuencias jurídicas, el Constituyente ha prevenido a los tribunales de lo contencioso-administrativo para que declaren la nulidad de los actos administrativos afectados por esa irregularidad.

La desviación de poder se convierte así, por mandato del propio Constituyente, en un supuesto especial de ‘contrariedad a derecho’. En tal contexto, no veo cómo el vicio del elemento teleológico del acto administrativo se puede calificar de irregularidad menor, no sustancial, susceptible de afectar la anulabilidad del acto, y no su nulidad absoluta

28 Cfr. Daniela Urosa Maggi, “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, cit., p. 130.

de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 19, 20 y 21 de la LOPA”²⁹.

4. El itinerario desde la fórmula sobre la desviación de poder de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España a la Constitución de 1961 y luego a la Constitución de 1999 de Venezuela, y aún al numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Pero, ¿cómo llega la fórmula sobre la desviación de poder de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España a la Constitución de 1961 y luego a la Constitución de 1999 de Venezuela, y aún al numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Los hechos y sus actores serán narrados por el profesor Tomás Polanco Alcántara:

“Llegamos así a la Constitución de 1961. Afortunadamente, al momento de discutir los temas relativos a la Corte Suprema de Justicia, estaba en Caracas el Dr. Enrique Sayagués Lazo, el eminente jurista uruguayo a quien tantos servicios importantes debe la ciencia de derecho administrativo.

Hubo entonces un cruce de ideas sobre la posibilidad de llevar al texto de la Constitución unas normas relativas al contencioso administrativo. Quienes estábamos interesados en ello logramos que el Congreso aceptara que le fuere presentada una ponencia o proyecto sobre el particular. Nos ocupamos de ello el Dr. Antonio Moles, el Dr. Manuel García Pelayo y yo. Decidimos entonces invitar a Sayagués para oír su opinión y pensamos que una presentación del tema

²⁹ *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, 2001, pp. 367-368.

por tan eminente profesor daría paso definitivo a la idea hacia el texto constitucional. La reunión fue efectuada en mi casa, en mi biblioteca y, después de una larga conversación, fue redactado el texto de lo que Sayagués propondría a la Comisión del Congreso. La redacción básica fue de Sayagués, con variantes de importancia que aconsejó el Dr. Moles. Alguna que otra coma me correspondió anotar. Personalmente pasé en limpio el proyecto y el día 29 de enero de 1960 la Comisión nos recibió a Sayagués, al Dr. Moles, al Dr. García Pelayo y a mí. Así consta en el acta respectiva. Estaban presentes Raúl Leoni, Rafael Caldera, Arturo Uslar Pietri, Martín Pérez Guevara, Ambrosio Oropeza, Gonzalo Barrios, Orlando Tovar y Jesús Faría.

Recibido por la comisión el proyecto que expuso Sayagués, los doctores Caldera y Pérez Guevara le dieron una nueva redacción, aprobada el día 1 de febrero de 1960.

Hubo un intento por parte de los miembros de la Corte de Casación para dar una distinta orientación a la materia y así fue conocido por la Comisión el 1 de junio de 1960. Una afortunada intervención del Diputado Orlando Tovar, el 2 de junio de 1960, convenció a la Comisión de no aceptar la propuesta de los magistrados de Casación, sino la que habían presentado los doctores Caldera y Pérez Guevara, usando como base la propuesta original de enero de ese año. Finalmente, el 23 de noviembre de 1960, la Comisión aprobó el texto final, que incluyó el cambio de tiempo del verbo en futuro serán, usado en la redacción preparada por los doctores Caldera y Pérez Guevara, por el presente son y el haberse suprimido la referencia a que el pago de dinero fuere por cualquier concepto, pues parecía implícito ese añadido en la simple expresión pago de cantidades de dinero. Tales ajustes fueron recomendados por el Dr. Moles y el Dr. Enrique Pérez Olivares.

Así cobró vida el texto del actual Artículo 206 de la Constitución.

Ya se había comenzado a notar el efecto de la labor constante de las cátedras universitarias de Derecho Constitucional y Administrativo”³⁰.

Esa Acta del 29 de enero de 1960 de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución a la que hace referencia en su relato el profesor Tomás Polanco Alcántara será la N° 122³¹, en la que se registrará lo siguiente:

“En Caracas, a los veintinueve días del mes de Enero de 1960, siendo las 12:15 p.m., se reunieron en sesión conjunta en su salón de sesiones del Congreso Nacional las Comisiones de Reforma Constitucional nombradas por las Cámaras de Senadores y Diputados bajo la Presidencia de los docto-

30 “Origen y Evolución Histórica del Contencioso-Administrativo”, en *Revista de Control Fiscal*, N° 129, 1995, pp. 20-21. En otra ocasión había señalado Tomás Polanco Alcántara, al referirse a Antonio Moles Caubet: “Estuve a su lado en muchos momentos importantísimos de su eximia colaboración a la vida jurídica del país, como cuando, en unión de Manuel García Pelayo, los acompañé a presentar al Congreso el borrador que sirvió de base para varias de las normas constitucionales vigentes sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público y junto con Enrique Sayagués Laso en la redacción del artículo que consagró el contencioso administrativo en la Constitución” (“Palabras de Presentación del Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Dr. Tomás Polanco Alcántara”, en *Acto homenaje a la memoria del Profesor Antonio Moles Caubet*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1990, p. 7. Por su parte, Hildegard Rondón de Sansó, al hacer referencia a la importancia del contencioso administrativo y la atención que le prestaría Antonio Moles Caubet, señalará: “La importancia de su redacción quedó en forma imperecedera plasmada en la redacción y el espíritu de su norma creadora, el artículo 206 de la Constitución. En esa disposición básica de la cual fuera coautor conjuntamente con Sayagués Laso, se condensa su postura fundamental ante las potestades administrativas: la necesidad de someterla a todos los controles necesarios para garantizar no sólo su legitimidad formal, sino el logro de los fines para lo cual fue acordado” (“Discurso de Orden con motivo del Homenaje a la Memoria de Antonio Moles Caubet, pronunciado por la Dra. Hildegard Rondón de Sansó el 20 de febrero de 1990”, en *Acto homenaje a la memoria del Profesor Antonio Moles Caubet*, cit., p. 22).

31 Véase en *La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, Tomo I-Volumen I, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1971, pp. 448-449. Agradezco al profesor Rafael Tomás Caldera haberme ayudado a ubicar esta importante referencia.

res Raúl Leoni y Rafael Caldera respectivamente y con asistencia de los Senadores Arturo Uslar Pietri, Martín Pérez Guevara, Ambrosio Oropeza y Jesús Faría y de los Diputados Gonzalo Barrios y Orlando Tovar.

La Comisión recibió al doctor Enrique Sayaguéz Laso, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo, quien vino acompañado de los doctores Antonio Moles Caubet y Tomás Polanco.

La Presidencia concedió la palabra al doctor Sayaguéz quien expresó que el primer intento de contencioso-administrativo debe ser atribuido al Poder Judicial. La jurisdicción contencioso-administrativa debe estar a cargo de jueces especializados. Consideró que la competencia de la Corte en materia contencioso-administrativa debe establecerse de una vez para evitar que el legislador retarde la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa. En una disposición transitoria debe permitirse al Poder Ejecutivo para que distribuya entre los jueces ordinarios la competencia administrativa. Presentó a la consideración de la Comisión los siguientes artículos:

1) La jurisdicción contencioso-administrativa del Poder Judicial comprende todos los juicios en que la Nación, los Estados, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y toda otra entidad pública sea parte.

La jurisdicción contencioso-administrativa compete a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales y Juzgados en la forma que determine la ley.

2) Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa podrán anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero por cualquier concepto y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y a disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto puede concluirse razonablemente que el origen de la fórmula “incluso por desviación de poder” en el artículo 206 de la Constitución de 1961, repetida en el artículo 259 de la Constitución de 1999, y ahora en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela se encuentra en esa previsión que tuvieron Manuel Ballbé y Jesús González Pérez al redactar el anteproyecto de Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España, ante la timidez que en ese país había mantenido la jurisprudencia para observar ese vicio del acto administrativo, según fue explicado por el mismo profesor Jesús González Pérez. Por su parte, en Venezuela, según el relato del profesor Tomás Polanco Alcántara, esa previsión también quiso destacarse al redactarse la norma de la Constitución de 1961, cuyos proponentes de seguro conocerían la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España. Se trata, por ello, de una referencia explícita a uno de los vicios del acto administrativo que permanece en la propia norma de la Constitución de 1999 (artículo 259) que establece el ámbito de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa y en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, producto de la perspicacia de unos profesores españoles hace cincuenta y ocho años y de unos profesores venezolanos hace cincuenta y cuatro años.

Septiembre de 2014, en la Universidad Monteávila, cuyo primer rector fue el profesor Enrique Pérez Olivares, en la que se resguardan los libros de la biblioteca del profesor Tomás Polanco Alcántara, en cuya biblioteca de su hogar se redactó el primer borrador de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, de la que ellos serían dos de los correddores.