

LA TÉCNICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS COMO MECANISMO DE CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela

Si algo caracteriza a la legislación dictada en Venezuela los últimos y recientes años, ha sido la utilización indiscriminada en las leyes, de multitud de conceptos jurídicos indeterminados, lo que podría originar como apariencia, una supuesta ampliación del poder discrecional de los funcionarios llamados a aplicarlas.

Un ejemplo reciente, muy poco conocido por lo demás, es el caso de la nueva *Ley sobre Nacionalidad y Ciudadanía* de 2004, que entró en vigencia el 1º de enero de 2005¹, en cuyo artículo 52 se ha establecido, en una forma evidentemente inconstitucional, que el ejercicio de la ciudadanía puede suspenderse, además de por la inhabilitación política o la interdicción civil, que son las únicas causas establecidas en la Constitución, entre otras “causales”, por ejemplo, por la aceptación de “honorés” de otro Estado, o por “la ofensa a los símbolos patrios”.

Aparte de que estas “otras causales” de suspensión de la ciudadanía, es decir, de suspensión del ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos son evidentemente inconstitucionales, pues establecen restricciones a los derechos de los venezolanos y a la ciudadanía no autorizadas en la Constitución, el problema es determinar en los otros casos qué significa aceptar “honorés” de otro Estado. Por ejemplo, ¿a quien se le confiera la orden de Caballero de la Legión de Honor por el Estado francés, por los aportes a la cultura universal, estaría incurso en

1 *Gaceta Oficial* N° 37.971 del 1 de julio de 2004.

esta causal? ¿Es eso aceptar “honorés” de otro Estado”? Peor aún, ¿qué es o puede ser eso de “ofensa a los símbolos patrios? ¿Usar una chaqueta con los colores de la bandera nacional en una fiesta o un mitin político podría ser tal ofensa?

Otra ley de reciente sanción ha sido la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* de 2004², en la cual, también en una forma evidentemente inconstitucional, a la posibilidad de remoción de Magistrados de dicho Tribunal por decisión de la Asamblea Nacional por mayoría calificada como lo exige la Constitución (art. 265), se agregó la posibilidad de remoción de dichos Magistrados por mayoría simple (art. 23, 4) mediante “la anulación del acto administrativo” de la Asamblea de su nombramiento, en los casos en los cuales “la actitud pública” de los Magistrados “atente contra la majestad o prestigio del Tribunal Supremo, de sus Salas o de los Magistrados”; o cuando atente contra el funcionamiento del Tribunal Supremo, de alguna de sus Salas o del Poder Judicial”. Quedó así, a la merced de la mayoría política de la Asamblea la remoción de los Magistrados del Tribunal Supremo por estas causales basadas precisamente en conceptos jurídicos indeterminados.

Pero una de las leyes de mayor interés reciente en la materia, ha sido la *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión*, también de 2004³ la cual, conforme a su artículo 1, tiene:

“por objeto establecer, en la difusión y recepción de mensajes, la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, para fomentar el equilibrio democrático entre sus deberes, derechos e intereses a los fines de promover la justicia social y de contribuir con la formación de la ciudadanía, la democracia, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación, de con-

2 *Gaceta Oficial* N° 37.942 del 19 de mayo de 2004

3 *Gaceta Oficial* N° 38.081 del 7 de diciembre de 2004

formidad con las normas y principios constitucionales de la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la cultura, la educación, la seguridad social, la libre competencia y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

Esta Ley se caracteriza, entre otros aspectos, precisamente por la amplia utilización de conceptos jurídicos indeterminados, particularmente a los efectos de la imposición de sanciones, lo que sin duda pueden dificultar su aplicación; destacándose, por ejemplo, las referencias a imágenes que “tengan un carácter soez” (art. 6); imágenes que “tengan carácter obsceno, que constituyan imprecaciones” (art. 6); “mensajes que atenten contra la formación integral de los niños” (arts. 7, 28); “mensajes que tengan por objeto impedir o dificultar a los usuarios percibirlos conscientemente”; “mensajes que inciten al incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente”(art. 28); “mensajes que inciten a alteraciones del orden público” (art. 29); o que empleen “técnicas amarillistas”. ¿En qué consisten en definitiva estas expresiones?

Lo importante a señalar en relación con estos conceptos, en todo caso, es que la Administración no dispone en su aplicación, de poder discrecional alguno, por lo que la actividad administrativa que se realicen utilizándoselos, puede y debe estar efectivamente sujeta a control judicial contencioso administrativo.

El tema, por supuesto, no es nuevo en nuestra disciplina, pero siempre vale la pena recordarlo particularmente ante nuevas leyes limitativas y restrictivas del ejercicio de derechos ciudadanos.

Ha sido precisamente la consolidación del principio de legalidad y la ampliación progresiva de las técnicas de control de la actividad administrativa, la que han conducido a la tendencia de reducción progresiva de campos de actividad administrativa que antaño se consideraban como propios de la discrecionalidad de la Administración, es decir, de la libertad de apreciación de la oportunidad y conveniencia de la actuación, atribuida legalmente a la autoridad administrativa, y que escapaban al control jurisdiccional.

Y ha sido, precisamente, el fenomenal esfuerzo por reducir la discrecionalidad administrativa, el que ha conducido a la identificación de estos llamados conceptos jurídicos indeterminados, para precisamente excluirlos del campo de la discrecionalidad.

Como sabemos, ello correspondió inicialmente a los juristas alemanes⁴, y posteriormente, en España lo destacó inicialmente Eduardo García de Enterría⁵, al estudiar esos denominados "conceptos jurídicos indeterminados" como "nociones jurídicas imprecisas", y que la doctrina italiana tradicionalmente ha calificado como «discrecionalidad técnica»⁶, para darle individualidad y diferenciarla de la discrecionalidad propiamente dicha.

Bajo este ángulo, es frecuente entonces, y a veces demasiado frecuente, encontrar en la legislación, regulaciones establecidas de una manera más o menos indeterminada, lo que sucede, precisamente cuando por ejemplo se utilizan expresiones como las antes indicadas, o como: orden público, interés general, justo precio, urgencia, buenas costumbres, interés general, moral pública, interés superior, y tantas otras..

Se trata, precisamente, de estos conceptos jurídicos indeterminados, que existen en todos los casos de regulaciones en las cuales el sentido concreto para la aplicación de la norma, no está resuelto ni está determinado con exactitud en la ley.

4 Cfr. Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 123 y ss.; Hans Klecatsky, "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", *RCIJ*, Vol. IV, N° 2, Verano de 1963, p. 237. Vid. las referencias en Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 224 ss.

5 E. García de Enterría. "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo" (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *RAP*, N° 38, 1962, p. 171.

6. Vid. por ejemplo Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Administrativo*, Napoli, 1964 pp. 573 ss.; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, Milano, 1972, pp. 27 ss.

Es claro que tradicionalmente se había admitido que la calificación de los hechos en estos casos indeterminados encajaba dentro de la discrecionalidad administrativa⁷; pero con la identificación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, dicha discrecionalidad se ha reducido, al diferenciársela de aquellos.

En la discrecionalidad auténtica, la Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, de manera que cualquier solución que adopte dentro de ellas es, en principio, jurídicamente irreprochable. Cuando la ley dispone por ejemplo, que la Administración podrá adoptar las medidas que estime necesarias para el logro de un fin determinado (enumerando, incluso, las diversas medidas admisibles), según su apreciación de la oportunidad y conveniencia de la acción, cualquier decisión que se adopte puede considerarse como jurídicamente aceptable. Así, por ejemplo, en materia sanitaria, si la ley le atribuye a la Administración competencia para tomar medidas para prevenir la propagación de una enfermedad, pudiendo decidir, por ejemplo una la cuarentena, la vacunación obligatoria o el aislamiento de los enfermos, según su apreciación de la gravedad de la situación, cualquiera de la medida que se adopte dentro de los criterios de lógica, razonabilidad, proporcionalidad, es aceptable.

En cambio, en el supuesto de los conceptos jurídicos indeterminados, la decisión que adopte la Administración solo puede ser una. Por ejemplo, en los casos de inmuebles en ruina. Cuando la Administración por ejemplo, tiene competencia para adoptar determinadas medidas para proteger a la ciudadanía ante las edificaciones que puedan encontrarse en estado de ruina, la elección de las medidas no es libre, pues en este caso, se trata de la aplicación de la ley a un caso concreto, que admite sólo una solución justa.

7 Vid. M. Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

Es común, así, que las Ordenanzas municipales sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones establezcan en general la necesidad de demoler o modificar según los casos, las edificaciones que "amenacen o se encuentren en ruina". Este es precisamente un concepto jurídico indeterminado, de manera que ante una edificación determinada, no cabe más que una sola solución justa: o la edificación se encuentra en ruina o no lo está; y esta determinación, es claro, no puede ser objeto de una facultad discrecional⁸.

Como lo han indicado Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández,

" ... la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.

"... Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite..."⁹.

De ese criterio de Enterría y Fernández, surge entonces otra diferencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados¹⁰, y es que en la discrecionalidad, la operación que debe realizar la Administración es siempre de naturaleza *volitiva*; como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la Administración para tomar una me-

8 Cfr. E. García de Enterría, "La lucha contra...", *loc. cit.*, p. 174.

9 *Curso de derecho administrativo*, Madrid. Ed. Civitas. 1998. Tomo I. p. 450

10 *Vid.* Alejandro Nieto, "Reducción jurisdiccional...", *loc. cit.*, p. 154

dida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado, según la gravedad de la falta¹¹

En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de naturaleza *intelectiva*: la administración *crea, juzga, estima, aprecia* que la edificación, por ejemplo, amenaza ruina.

Esta distinción provoca efectos importantes: mientras en el caso de la discrecionalidad no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley se la atribuye expresamente, dejando a salvo, sin embargo los límites de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad; en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos¹².

El tema se ha considerado en la jurisprudencia venezolana desde hace más de 20 años. La primera decisión que se adoptó en la materia, fue la sentencia líder dictada por la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, de 19 de mayo de 1983 (Caso: *RCTV- Programa Hola Juventud*), en la cual el problema se planteó en sus justos términos, en relación, precisamente, con transmisiones de Televisión¹³.

El caso fue el siguiente:

Conforme al Reglamento para las transmisiones de Televisión de 1980, entre los programas que podían transmitir las estaciones televisoras, estaban «los programas recreativos que contribuyan a la sana di-

11 *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 27.344 de 13 de enero de 1964.

12 Alejandro Nieto. "Reducción jurisdiccional. . .", *loc. cit.*, pp. 154-155.

13. *Vid.* sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público*, núm. 34, Caracas, 1988, p. 69.

versión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito» (art. 15).

De acuerdo con esta normativa, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones en un caso concreto de un programa denominado «Hola Juventud» que en una fecha determinada transmitía Radio Caracas Televisión, en el cual se había proyectado una escena de una obra de teatro, consideró que se ofendió la moral pública, “por cuanto aparecía la figura de un hombre desprovisto de vestimenta”, razón por la cual sancionó a la empresa con la suspensión por un día del programa referido.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro brasileña denominada «Macunaima», y que personificaba el nacimiento de dicho personaje que era un héroe mitológico indígena. Se alegó que no podía considerarse que la escena ofendía la moral pública, razón por la cual no podía considerarse que la transmisión del programa había violado el Reglamento.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia respectiva declaró la nulidad de la Resolución impugnada, basándose en la siguiente argumentación:

«El presupuesto de hecho -ofensa a la moral pública- incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.

La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada»¹⁴.

Con base en esas premisas, la Corte Suprema de Justicia precisamente analizó en particular el concepto de “moral pública”, como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), y que, por tanto -dijo- «cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres». «De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública -sostuvo la Corte-, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó», concluyendo que «En el estado actual de la evolución cultural de Venezuela, sería inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad»¹⁵.

14. *Idem*. En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de «interés público» para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que «siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley» *Revista de Derecho Público*, n° 38, Caracas, 1989, p. 96).

15. *Idem*. La Corte, en su sentencia, continuó su argumentación: así: «En todo acto que supuestamente sea susceptible de afectar la moral, nuestra sociedad, toma hoy muy en cuenta la intención o el propósito que lo anima así como su forma de expresión. Tiene suficiente criterio para distinguir entre una imagen pornográfica sin duda torpe, despreciable y repudiable- la representación del cuerpo humano desnudo como creación artística o con una finalidad científica o por un requerimiento docente». «La Sociedad Venezolana actual admite como permisible la exhibición del cuerpo humano desnudo no sólo en los museos de arte o de ciencia, en la pintura y en la escultura, sino igualmente en revistas y otras publicaciones especializadas o de infor-

Conforme a esta jurisprudencia, se consolidó en Venezuela la distinción entre lo que es el ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, como reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación de la Administración, y la consecuente ampliación de los poderes de control jurisdiccional.

Así, entonces, la discrecionalidad sólo existe cuando la Administración puede elegir entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una decisión es jurídicamente admisible¹⁶.

En consecuencia, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, o hay utilidad pública, o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o una actuación es contraria a las buenas costumbres, o no lo es¹⁷; o el precio que se señala en la expropiación, por ejemplo,

mación general, así: como en las proyecciones cinematográficas y en las creaciones teatrales».

«Se trata de hechos y aptitudes públicas y notorias que no exigen demostración especial, porque pertenecen a la experiencia diaria de la colectividad nacional».

16. Vid. Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 234.

17 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 3742 de fecha 22-01-2003, al analizar los conceptos de “orden público” y “buenas costumbres” para resolver sobre la caducidad o no de una acción de amparo, hizo los siguientes razonamientos:

“Ahora bien, como ello no basta para declarar la caducidad de la acción interpuesta, debe verificarse la naturaleza de las infracciones denunciadas, particularmente, si las mismas atañen a la noción de orden público o lesionan las buenas costumbres, en cuyo caso debe estimarse que la caducidad se excepciona (vid. stc. n° 150/2000).

“Con miras a ello, debe apuntarse que ambas nociones: *orden público* y *buenas costumbres*, constituyen conceptos jurídicos indeterminados que adquieren significación práctica cuando el sentenciador vacía su contenido frente al caso concreto. La Sala ha

es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende; o existe un interés superior del niño¹⁸ o no existe.

En estos casos, no hay una tercera posibilidad. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble o está en estado ruinoso o no lo está. Como lo puntualiza García de Enterría, «hay, pues, y esto es esen-

entendido que, en materia de amparo, las infracciones al orden público o a las buenas costumbres son producto de actuaciones u omisiones que impliquen un total desconocimiento por parte del agente lesivo, del núcleo esencial de los derechos fundamentales que invisten al justiciable, cuyos efectos sean de tal entidad, que resulte lesionada la sociedad en general o parte de ella.

“De allí, que el consentimiento de esta clase de lesiones impida el nacimiento de la caducidad prevenida en el artículo 6 de Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues de aceptarse la infracción podría generarse un caos social (vid. stc. n° 1167/2001). Contrario sensu, cuando la lesión denunciada afecta la sola esfera de intereses particulares de quien se erige como agraviado, nada impide que opere la caducidad, si éste no ejerciere en tiempo oportuno esta acción de tutela de sus derechos fundamentales”.

18 En la sentencia de la Sala Constitucional N° 1917 de 14-07-2003, al referirse al concepto indeterminado “interés superior del Niño, se dispuso lo siguiente:

“El “interés superior del niño”, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

“El concepto jurídico indeterminado “interés superior” del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente tuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir (Mendizábal Osés, L. *Derecho de menores*. Teoría general. Madrid. Ed. Pirámide. 1977. p. 49)

“Por ello, el “interés superior del niño” previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social”.

cial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta». Por ello califica el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados como un «proceso reglado», porque no admite más que una solución justa; es, como se ha dicho, “un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas»¹⁹.

Así lo puntualizó por ejemplo, en España, el Tribunal Supremo al calificar el concepto de «justo precio» en la expropiación, como un concepto jurídico indeterminado, indicando que sólo puede conducir a que el precio que se determine deba ser real y efectivamente «el verdadero y justo valor». Se trata de la sentencia de 28-4-1964, pionera en este campo en el mundo de habla hispana, donde dicho Tribunal señaló:

«las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho»²⁰.

Pero en Venezuela, además de la mencionada sentencia de 1983 del Caso: *Hola Juventud*, en otra sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2127 de fecha 9-10-2001, también se ha tratado el tema de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad administrativa, en este caso, con ocasión de decidir la impugnación de un acto administrativo de revocación de una visa de ingreso dada a un extranjero, por razones de “interés general”, típico concepto jurídico indeterminado. La Sala, en ese caso, de-

19 Vid. E. García de Enterría, *op. cit.*, pp. 35, 37 y 38.

20 Vid. la referencia en F. Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 273.

claró sin lugar la impugnación, siguiendo los siguientes razonamientos:

La Sala consideró que “el acto revocatorio de la visa cuando está soportado en razones de interés público, es un acto de naturaleza administrativa, que colinda entre los denominados actos administrativos soportados en la potestad discrecional y los actos administrativos cuyo sustrato es un concepto jurídico indeterminado. Es decir, -dijo la Sala- tiene una mixtura por tener propiedades de ambos, y allí discurre”. Por eso, precisó la Sala- “su particularidad y distinción con el común de los actos administrativos”.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala distinguió:

la potestad discrecional [es decir], facultad que otorga la Ley a la Autoridad Administrativa para escoger entre varias soluciones igualmente autorizadas *ex lege* en un caso concreto (donde en más de las veces será por razones de oportunidad que se tome o no la decisión); y los actos que atienden a conceptos jurídicos indeterminados...que sólo admiten una justa solución, es decir, que el ordenamiento jurídico sólo permite o autoriza una específica resolución con absoluta exclusión de otras”.

En el caso concreto, la Sala precisó en materia de revocación de visas, “en una primera fase (la de los conceptos jurídicos indeterminados) la Administración tendrá que evaluar si el interés público se encuentra o no negativamente comprometido, es decir, si se revela una situación que atenta contra dicho interés” en cuyo caso, “tendrá que ponderar los elementos de juicio que se le presentan con la debida racionalidad”

Pero cuando queda de manifiesto una situación trasgresora del interés público, entonces, señaló la Sala,

“se pasa a la segunda fase, donde la Administración con su arbitrio dispondrá o no la pertinencia de la revocatoria de la visa, a su entera discreción. Y sin lugar a dudas en el marco de la norma tal ejercicio es potestativo, ya que bien puede escoger por no revocar la Visa y así permitir la permanencia legal

del ciudadano de que se trate, sin perjuicio que los hechos violentadores del orden jurídico pueda comportar para él transgresor sanciones de otra índole (verbigracia, penas privativas de libertad por estar incurso en hechos penalmente sancionales).

En la primera de las fase mencionadas, concluyó la Sala, “no hay discrecionalidad alguna, sino una racional evaluación de si el interés público se encuentra o no comprometido”; en cambio, “en la segunda fase, si existe un alto margen de discrecionalidad (revocar o no la visa)”.

En otra sentencia, más antigua, la N° 396 de 01-08-1991, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (Caso: *RCTV vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones*), resolvió otra impugnación contra un acto administrativo del antiguo Ministerio de Transporte y Comunicaciones, que también había suspendido una edición de un programa de televisión denominado "La Escuelita", por considerar que el mismo incitaba a la indisciplina, declarando, también en este caso, sin lugar dicha impugnación.

Para decidir la Sala se refirió a los diversos conceptos jurídicos indeterminados establecidos en la normativa entonces vigente para los programas de televisión (artículos 11 de la Ley Orgánica de Educación, 53 y 62 del Reglamento de Radiocomunicaciones y 20 – ordinal 50 – de la Ley Tutelar del Menor), en particular los conceptos: "contrario a la moral pública o a las buenas costumbres", "incitación a la indisciplina", "relatos de hechos poco edificantes", "presentación de una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa"; haciendo las siguientes consideraciones:

La presencia de un concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho de una norma atributiva de competencia, ciertamente no concede *per se* discrecionalidad alguna a la autoridad administrativa, pues – como lo ha dejado establecido ya esta Corte – la discrecionalidad se define como el arbitrio de elegir entre dos o más soluciones justas, mientras que el concepto jurídico indeterminado exige que, a la luz de una situación concreta, se indague su significado hasta dar con la única solución justa, de modo que si el órgano com-

petente se apartara de ésta incurriría en violación de la ley y sería nula o, al menos, anulable su decisión (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 5 de mayo de 1983, citada).

Dicho esto, en el caso concreto, la Sala advirtió que el recurrente había incurrido en una contradicción, “al alegar violación de los límites de la discrecionalidad y, al mismo tiempo [alegar], que la "contrariedad a la moral pública" es un concepto jurídico indeterminado” en el cual no sería subsumible el supuesto de hecho que habría motivado la suspensión del número "La Escuelita"; y estableció lo siguiente:

a) El concepto "contrariedad a la moral pública", si bien –según declaró la Sala en la sentencia antes citada– es cambiante, de acuerdo con las condiciones culturales del pueblo, no lo es hasta el punto de no tener ninguna sustantividad, ni puede considerarse al público como el "juez idóneo" para determinar su contenido. En efecto, si no tuviera ninguna sustantividad, tampoco tendría sentido alguno su consagración legislativa; y si su contenido debiera establecerse según el criterio de la "opinión pública" tampoco sería razonable que una autoridad (la policía de espectáculos) velara porque los medios de comunicación social no incurrieran en él, pues la "opinión pública" es fácilmente manipulable, a corto o a largo plazo, aun por los propios medios de comunicación. Por esto último, bien dispone el Código de Ética de la Televisión Venezolana que el criterio que ha de considerar el juez para establecer tal concepto es el de un "sector *responsable*" de la comunidad (artículo 35), y no cualquiera.

Partiendo de estos razonamientos, la Sala señaló que no tenían “demasiada relevancia los argumentos de la actora sobre la "finalidad jocosa" del número suspendido, ni sobre la ausencia de "escándalo público" causado por el mismo, agregando lo siguiente:

“un programa, en efecto, con "finalidad jocosa" puede traspasar los límites exigidos por la moral pública, las buenas costumbres o el respeto a la institución educativa o a la dignidad de la persona o a la disciplina escolar, etc.; y, por otra parte, el "escándalo público", entendido como manifestaciones callejeras, o protestas similares, no se exige para que se configure alguno de los conceptos jurídicos indeterminados que comentamos. Basta que a un sector "sustancial y *responsable*" de la comunidad pueda parecer objetable, lo cual es una medida que se deja a la prudencia del funcionario administrativo o del

juez, para la determinación de los conceptos, similar a la que en Derecho Civil se usa para calificar la culpa ("buen padre de familia"); para que, en consecuencia, no resulte "arbitraria", aunque –como queda dicho– sea "prudencial".

El tema básico en discusión, en todo caso, incidía en el análisis de los conceptos invocados por la Resolución impugnada para ordenar la suspensión del programa, tales como "relatos de hechos poco edificantes" o "incitación a la indisciplina", "patético" "sensación", "sombrío". La Sala constató que en dicho programa de "La Escuelita", resultaba un hecho no discutido, que era que una maestra amenazaba con armas de fuego (aun cuando era de juguete), y con objetos contundentes a sus alumnos, en un salón de clases, mientras éstos hacían alusiones políticas en forma burlesca. De ello observó la Sala, para declarar sin lugar el recurso de nulidad, que ciertamente:

de tales hechos no se desprende que el número [del programa] objeto de la medida de suspensión definitiva fuera de los que producen terror en los niños, ni de los que incitan a la deformación del lenguaje ni al irrespeto a la dignidad personal ni al odio ni a la violencia. En cambio, sí incitaba –estima la Corte– a la indisciplina y presentaba una imagen degradante e irrespetuosa de la institución educativa, sin que sea óbice para ello la naturaleza jocosa del número, pues bien pueden ejecutarse guiones cómicos sin necesidad de agredir la imagen de la institución y, en general, respetando la moral pública, las buenas costumbres, la disciplina y los demás conceptos por los que debe velar la policía de espectáculos.

Como se puede apreciar de estos precedentes jurisprudenciales, el tema de los conceptos jurídicos indeterminados en relación con las regulaciones relativas a los programas de radio y televisión no es nuevo. Se ha planteado y con la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, sin duda, se seguirá planteando.

El tema, en todo caso, también se ha planteado en otras latitudes, además de España, como en Italia, con base en la distinción entre la llamada «discrecionalidad administrativa» y la «discrecionalidad técnica». La discrecionalidad administrativa, en esta forma, se ha definido

«como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido»²¹; en cambio en la «discrecionalidad técnica» no existe tal escogencia; como lo destacó Sandulli, en la discrecionalidad técnica «la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, ya fue realizada a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por el Legislador», por lo que a la Administración sólo le queda realizar una valoración sobre la base de conocimientos (y por lo tanto, de reglas) técnicos, como son aquellos de la medicina, de la ética, de la economía..., como es el caso, por ejemplo, del valor económico de un bien²². La «discrecionalidad técnica» por tanto, en realidad no es discrecionalidad, derivando su denominación de lo que Giannini llamó un error histórico de la doctrina²³.

Por esta razón, por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que «en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica» autorizando al Juez para «controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como sí ejerciera contralor de legalidad» (art. 16).

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo de los conceptos jurídicos indeterminados, (aún cuando sin utilizar el concepto) mediante el desarrollo del control

21 Vid. P. Virga *op. cit.*, p. 19.

22 Vid. Aldo M. Sandulli, *op. cit.*, p. 574.

23 Vid. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, p. 488.

jurisdiccional en cuanto a la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos²⁴.

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914²⁵, en el cual se consideró el poder de un Prefecto, conforme a la Ley de 13 de julio de 1911, para negar el otorgamiento de permisos de construcción en determinadas áreas urbanas de París, cuando el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública no se encontrase acorde a las prescripciones hechas en interés de la seguridad pública, de la salubridad o de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio. El Consejo de Estado, en su decisión, a requerimiento del Sr. Gomel, en particular entró a apreciar si la construcción atentaba contra «la perspectiva monumental existente» como había sido considerado por la Administración, concluyendo que en el caso concreto de la plaza Beauveau de París, en la cual se proyectaba la construcción que podría ser observada en su conjunto como formando una perspectiva monumental, consideró que el Prefecto, al negarse a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se ha considerado como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control por el juez contencioso administrativo, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez debe verificar si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifiquen la decisión tomada²⁶. Es así que el juez con-

24 *Vid.* A. De Laubadère, «Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français», *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pp. 531-549.

25 CE 4 avr. 1914, *Gomel*, Rec. 488. *Vid.* en M. Long P. Weil y G. Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^o ed., París, 1978, p. 124

26 *Vid.* Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 125.

tencioso administrativo ha controlado de una manera constante el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. Guillaume); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. Laurent); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. 133 concl. Donnedieu de Vabres); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault*, Rec. 463; D. 1957, 20, concl. Mosset); o el carácter inmoral de una película (CE 18 déc 1959, *Société Les Films Lutetia*, Rec. 693, concl. Mayras)²⁷.

Pero posteriormente, esta reducción del ámbito de la discrecionalidad, también se ha producido en Francia a través del denominado control jurisdiccional del «error manifiesto de apreciación» y de la aplicación por el juez del principio del «balance-costo-beneficios. En el primer caso, André De Laubadère, se refirió a los casos de “apariencia de control del poder discrecional”, precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales «el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en que casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada»²⁸, o más exactamente, según la expresión de Auby y Drago, «descubre» las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión.²⁹

En el caso del principio “balance-costo-beneficio”³⁰, también ha conducido a la jurisprudencia francesa a descubrir competencias regladas en lo que aparentemente es el ejercicio de poderes discrecional-

27 *Idem*, p. 125.

28 *Vid.* A. De Laubadere, *loc. cit.*, p. 535.

29 *Idem*.

30 *Vid.* Jeanne Lemasurier, «Vers un nouveau principe général du droit. Le principe "bilan-cout-avantages"», *Melanges offerts a Marcel Waline*, Paris, 1974, t. II, pp. 551-562.

les, desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación precisamente, del concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública» .

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional de lo que se creía era poder discrecional se sitúa en el *arrêt* denominado *Ville Nouvelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971³¹, con motivo de la impugnación, por ilegalidad, del acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que declaró de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que implicaba el proyecto, podía evitarse si se disponía de un proyecto distinto al de la autopista programada. El proyecto, se dijo, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada, lo que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar «la utilidad pública de la operación» y considerar que el proyecto sí tenía carácter de tal, estimó:

«que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta»³².

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con el *arrêt Ville Nouvelle*

31. CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»*, Rec. 409, concl. Braibant. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, pp. 561-574.

32. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 563.

lle Est, a propuesta de G. Braibant, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, habida cuenta del balance de las ventajas e inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma sino también su costo social³³. Marcel Waline, al comentar el «considerando» del *arrêt* constató que:

«El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo»³⁴.

En el mismo sentido del *arrêt Ville Nouvelle Est*, el Consejo de Estado se pronunció en el *arrêt Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972³⁵, juzgó sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba el Hospital Psiquiátrico Sainte-Marie, lo que no sólo implicaba oponer el interés general a los intereses particulares, sino que comportaba un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su *arrêt*, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la inconveniencia de la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, que no solo le producía ruido sino que lo privaba de toda posibilidad de expansión futura³⁶.

En todos estos casos, las decisiones del juez no inciden realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admiten una solución justa: o la obra es o no

33. *Idem*, pp. 568-569.

34. M. Waline, «L'appréciation par le juge administratif de l'utilité d'une project», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1973, p. 454; *cit.*, por J. Lemasurier, *loc. cit.*, p. 555.

35. CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

36. *Vid.* en Long, Weil y Braibant, *op. cit.*, p. 569.

es de utilidad pública. El balance costo-beneficios que ha efectuado el Consejo de Estado, es precisamente lo que la Administración está obligada a hacer en cada caso para adoptar la única solución justa que derive de concretizar el concepto jurídico indeterminado de «utilidad pública» en un proyecto de expropiación. El juez contencioso administrativo, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance, lo que controla no es el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, «corrige las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas», como lo indicó Marcel Waline, de los tecnócratas administrativos³⁷.

Como lo destacó indirectamente el Comisario Morisot en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

«La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la pue-

37 Vid. M. Waline, «L'appeciation...» *loc. cit.*, p. 461. El problema se plantea, incluso, en los casos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina y Jorge Ferrario*, 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló «si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y...media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos» (*Fallos* t. 251, pp. 246 ss.). Agustín Gordillo, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: «si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo», Agustín Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 216.

ta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad»³⁸.

Se destacan, en esta forma, los avances que en su momento significó esta jurisprudencia para el control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, basada, sin decirlo, en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que contribuyó a identificar lo que era sólo una apariencia de discrecionalidad.

En todo caso, con una legislación como la venezolana reciente, que ha sufrido una inflación de conceptos jurídicos indeterminados, resulta indispensable para los abogados tener presentes estas técnicas de control judicial, pues tarde o temprano podremos volver a tener una jurisdicción contencioso-administrativa autónoma que pueda realmente juzgar la actuación de la Administración.

Febrero, 2005

38 *Cit. Por A. De Laubadère, loc. cit. p. 540.*